

## ARCHIVO HISTÓRICO



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

# Los efectos jurídicos del fallo del Excelentísimo Tribunal Constitucional sobre la llamada “píldora del día después”

Ángela Vivanco Martíne

\* Profesora de Derecho Constitucional y de Bioética

Facultad de Derecho

Pontificia Universidad Católica de Chile

## Resumen

El tema de la llamada “píldora del día después” o “píldora del día siguiente” se inició en Chile con una serie de acciones ante los tribunales ordinarios con resultados muy contradictorios, tras lo cual el fallo del Tribunal Constitucional de abril de 2008 resultó una importante definición acerca del estatuto del embrión humano, la protección de la vida y el principio precautorio aplicado a ella, aunque no pudo extenderse a todas las materias relacionadas con la PDD por ser la competencia del Tribunal muy acotada. Sin embargo, los efectos de ese fallo se proyectan de modo muy interesante hacia la interpretación constitucional futura y constituyen una clave en la lectura de los derechos fundamentales desde nuestra Constitución de 1980.

**palabras clave:** derecho a la vida; embrión humano; principio precautorio; interpretación constitucional.

## THE LEGAL EFFECTS OF THE RESOLUTION OF CONSTITUTIONAL COURT ABOUT THE MORNING-AFTER PILL

The Constitutional Court ruling on the so-called “the day after pill” or “morning-after pill” has come to settle a long controversy that began in the ordinary tribunals and courts of justice, rather than determinate the drug have antianidatorio effect or not, this means, if prevented or not the zygote can continue development in the womb of the mother. This situation has meant the decision to provide protection to the human embryo at the possibility of damage, which

\* Abogada, Licenciada en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Candidata a Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña (España). Profesora de Derecho Constitucional y de Bioética y Persona de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; docente del Magíster en Bioética de la Facultad de Medicina de la misma Universidad. E mail: avivanm@puc.cl.

imports a precautionary statement around the right to life and it needed the protection of the human being from the moment of the conception.

**Key words:** right to life; human embryo; the precautionary principle, autonomy; conflict of rights.

# I. Antecedentes

La situación jurídica de la llamada “píldora del día después” o “píldora del día siguiente” (PDD en adelante) en Chile se inició con el registro sanitario, por parte del ISP, del fármaco llamado “Postinal”, elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel, mediante la resolución N° 2.141, del 21 de marzo de 2001, lo cual permitía la comercialización de este producto dentro de nuestras fronteras.

Dicho registro y sus efectos, así como el posteriormente concedido al fármaco de idéntica composición llamado “Postinor-2”, generaron una batalla judicial por cerca de cinco años ante los tribunales ordinarios de justicia, a través de acciones de protección y de nulidad de derecho público<sup>1</sup>, en que se discutieron fundamentalmente las siguientes tres materias:

1. El posible efecto antianidatorio del fármaco, es decir, la posibilidad de que, adicionalmente a entorpecer o impedir el tránsito de los espermios a través del canal vaginal de la mujer o de afectar la ovulación de ésta, la droga fuera capaz de actuar en la obstaculización de la implantación natural del embrión producto de la fecundación o cigoto en el útero materno, lo cual transformaba la figura de ser anticonceptiva a directamente ser un mecanismo de eliminación de embriones fecundados, lo que podía hacer considerarla “microabortiva”<sup>2</sup>.

2. Ante eventual efecto, si tal cosa podía entenderse o no un atentado contra la vida humana constitucionalmente protegida por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, considerando que de acuerdo con las pautas de la OMS solo podía entenderse la existencia del embarazo una vez anidado el embrión en el útero materno, por lo cual, ante la imposibilidad de calificar la figura como aborto penal quedaba la duda acerca de si de todos modos podía considerarse un ilícito constitucional y al cigoto protegido en su vida desde antes de la implantación. Con independencia de ello, además, correspondía esclarecer si la protección constitucional a la vida del embrión podía asimilarse a la protección constitucional del nacido, puesto que en el derecho comparado existen interpretaciones diversas de la anterior<sup>3</sup> o se podía estimar como un bien jurídico protegido, lo que sin duda podía importar un tratamiento diverso o más acotado que la plena protección a la vida humana proporcionada por la Carta, fuente en consecuencia de distinciones y de limitaciones en el caso eventual de conflicto de derechos.

3. Finalmente, si ante la duda que generaban las contrapuestas interpretaciones científicas presentadas sobre el punto 1 y ante la decisión que había de tomar respecto de la controversia generada en el punto 2, lo que demandaba interpretar la Constitución de un modo u otro, podía o no el orden público extenderse hasta la prohibición preventiva de comercializar un fármaco que pudiera eventualmente atentar contra la vida humana protegida, aunque esto no constara indubitadamente, bastando en consecuencia que existiera tal posibilidad<sup>4</sup>.

Sin embargo, la acción de los tribunales ordinarios fue poco eficaz en resolver estas controversias, ya que si bien en algunos casos los sentenciadores se pronunciaron a favor

de una amplia e irrestricta protección del embrión humano en torno al derecho a la vida<sup>5</sup>, no se pudo zanjar una decisión unánime acerca de si el peligro de daño de esta que se deducía de la controvertida y contradictoria información científica disponible podía autorizar o no a tomar medidas de precaución impidiendo la comercialización definitiva de fármacos que pudieran afectarla respecto del embrión humano<sup>6</sup>.

## **II. Situación en Chile al momento de conocer el tribunal Constitucional la acción sustantiva relacionada con la pDD**

Esta considerable cantidad de paradojas y contraposiciones de los fallos mencionados produjo en nuestro país una situación paradójica, pues se comercializaba, bajo receta médica, la PDD<sup>7</sup> cuyo registro y autorización de venta no había podido ser impugnada exitosamente, a pesar de estar elaborada con exactamente el mismo compuesto y concentración que el fármaco Postinal, cuya comercialización se había prohibido en sede de protección. Por otra parte, si bien los tribunales superiores habían considerado, en su oportunidad, que el eventual efecto antianidatorio de la PDD representaba un riesgo para la vida del embrión humano, todo ello en virtud del artículo 19 N° 1 de la Constitución, se había luego arribado a la conclusión de que para prohibir un fármaco había de tenerse certeza de lo dañoso que resultara ser, y el peso de la prueba, en tal sentido, recaía sobre quien pretendía retirarlo del comercio y no sobre quien quisiera comercializarlo<sup>8</sup>.

En ese contexto, el Ejecutivo había considerado de tal importancia el uso de la PDD a nivel de la red pública de salud que la había incluido dentro de las prestaciones de salud sexual y reproductiva que se habían considerado dentro de las Normas de Fertilidad y que estaban destinadas no solo a las mujeres adultas, sino también a las adolescentes de 14 años o más, respecto de las cuales se podía entregar la PDD sin autorización ni conocimiento de sus padres. Ante el mismo Tribunal Constitucional se había podido impugnar formalmente la modalidad de resolución exenta de dichas normas, forzando dicha instancia a adoptar respecto de ellas la forma de un decreto reglamentario<sup>9</sup> que se encontraba vigente y que podía ser formalmente cuestionado, pero no se contaba hasta entonces con un pronunciamiento definitivo de los tribunales en torno al fondo de dichas normas.

## **III. Fallo de 18 de abril de 2008 y sus efectos**

Luego de la publicación del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, con fecha 3 de febrero del año 2007, que aprobaba las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, acto que había sido forzado por el fallo formal del Tribunal Constitucional que ya hemos citado, se requirió al Tribunal respecto de dicho Decreto Supremo con fecha 5 de marzo de 2007 por un grupo de parlamentarios, considerando que la repartición libre y masiva de la PDD contemplada como parte del plan de salud sexual y reproductiva contenida en las Normas de Fertilidad resultaría inconstitucional dada la existencia de evidencia científica de que, ciertos casos, su ingesta puede tener el

efecto de interrumpir el desarrollo intrauterino de un óvulo ya fecundado, por lo cual y al considerarse a todos los embriones humanos personas titulares del derecho fundamental a la vida y a la integridad física que garantiza el artículo 19 número 1 de la Constitución Política, solicitan invalidar una política pública que de tal modo vulnera la Carta Fundamental<sup>10</sup>.

El extenso fallo de 18 de abril de 2008, el cual declara inconstitucional parte de las normas del decreto impugnado, tuvo a este respecto diversos efectos:

### *1. Ámbito de aplicación del fallo del Tribunal Constitucional sobre la PDD*

El fallo que nos ocupa se dictó en el ejercicio, por parte del Tribunal Constitucional, de la facultad contemplada en el artículo 93 N° 16 de la Carta Fundamental: “16° Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63”, lo cual es parte de la función propia de la justicia constitucional: “La jurisdicción constitucional, en sentido material, la doctrina la entiende como la actividad estatal encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional y viene a ser la tutela jurisdiccional destinada a corregir actos inconstitucionales de los órganos del Estado, lo que incluye el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas, la solución de los conflictos de competencia y la defensa de los derechos públicos subjetivos constitucionales de los habitantes”<sup>11</sup>.

En consecuencia con ello, el sentenciador no tenía el poder de unificar las sentencias hasta entonces dictadas en materia de PDD ni tampoco de extender su acción al registro y comercialización de fármacos, materia en la que ya se habían dictado sentencias con efecto de cosa juzgada, quedando solo la posibilidad de pronunciarse respecto de la entrega de la PDD que el decreto impugnado permitía incluso respecto de mujeres de 14 años o más<sup>12</sup>. De allí que considerar los resultados del fallo del Tribunal como una presunta inequidad –posibilidad de comprar la PDD en farmacias versus imposibilidad de adquirirla gratuitamente o no en consultorios públicos– no puede imputarse al Tribunal Constitucional sino a nuestro modelo jurisdiccional mixto.

Ello, por supuesto, no impide considerar este fallo como una fuente de interpretación constitucional a la que habrán de someterse los tribunales ordinarios de justicia en sus resoluciones futuras en esta u otras materias relacionadas: “Debe tenerse muy en cuenta que el Tribunal Constitucional es el intérprete oficial y supremo de la Constitución. Ello permite que por la vía de la hermenéutica la Constitución perdure y se proyecte, es decir, que no quede anticuada en la medida que los conceptos abstractos que contiene pueden ser definidos aplicándolos o adaptándolos a la realidad de cada día./ La doctrina y la jurisprudencia comparada y del propio Tribunal Constitucional han precisado con mucha claridad que la interpretación de la Constitución se rige por principios diferentes a los de la interpretación de la ley en general... Mas, el límite de la interpretación, como lo señala el Tribunal español, está en que el Tribunal Constitucional no puede hacer decir a

los textos sometidos a su conocimiento lo que no dicen, ya que ello implicaría legislar y no interpretar./ Es por este motivo que el primer límite al intérprete constitucional se encuentra en la propia Constitución, pues su labor no puede encaminarse a la creación de preceptos constitucionales./ Al interpretar la normativa constitucional, la jurisprudencia de este Tribunal colabora en la modernización de la preceptiva de orden público básica adaptando sus disposiciones a situaciones o eventualidades no precisadas ni estrictamente previstas en ella”<sup>13</sup>.

*2. El Tribunal reconoce que la evidencia científica aportada es contradictoria y fija en su voto de mayoría la imposibilidad de determinar cuál prueba es la definitiva.*

Dice el sentenciador: “Esta Magistratura solo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuzpe, 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 (considerando trigésimo noveno), por lo cual se le llamaba a optar –como lo hicieron los tribunales ordinarios– por tomar medidas sobre la base del riesgo que representaba la PDD o actuar exigiendo certeza de daño respecto del referido fármaco”.

Sin duda el sentenciador constitucional no se encuentra en posición de determinar qué equipo científico o qué experimentos dan con mayor fe muestra de que el fármaco cuestionado produce o no un efecto antianidatorio<sup>14</sup>, no solo no cuenta con las capacidades científicas para ello sino que su campo de juzgamiento es otro: “La valoración de la prueba constitucional es la más compleja de todas las parcelas procesales en sede nacional y continental. No existen en ella testigos, ni pericia, ni declaración de parte. Mucho menos, inspección judicial. Son solo dos. Uno frente al otro. El juez y la prueba documental. Un juez legal debe realizar la valoración de la prueba constitucional a partir de una norma distinta: política en su origen y con abundancia de vacíos y lagunas que la ley y la jurisprudencia deben integrar. Le dicen Constitución”<sup>15</sup>.

Tal reconocimiento no solo importa para el caso de la PDD sino que fuerza a la instancia constitucional a tomar la postura que veremos en los puntos siguientes, en relación con los derechos fundamentales que pueden verse afectados en situaciones difícilmente zanjables científicamente: Ha de resolverse si se exige en tales casos que primero se dilucide la diferencia y se goce de certeza sobre el eventual daño o se opta, por el contrario, por el principio precautorio de protección de derechos tales como la vida, la salud y el medio ambiente<sup>16</sup>. Curioso es que si bien este último ha sido internacionalmente acogido, la aplicación del principio precautorio respecto del derecho a la vida del embrión humano sea sin embargo más cuestionada, aunque entendemos que más bien se trata de un cuestionamiento a la protección del embrión humano como titular de derechos equiparables al nacido.

### 3. El Tribunal estima, ante la duda científica, aplicar el principio precautorio y resguardar el derecho a la vida del embrión humano ante la posibilidad de daño

“...a pesar del valor que se asigna a las certezas en el mundo contemporáneo y, en particular, en el ámbito de las normas jurídicas, existen situaciones en que, inevitablemente, se configura una duda razonable<sup>17</sup>. Así, pese a todo el esfuerzo jurisdiccional, se dan casos, como el de la especie, en que el juez no puede formarse convicción, puesto que las alegaciones y probanzas efectuadas durante el proceso se muestran equivalentes en los hechos, aunque diferentes en cuanto a su impacto constitucional” (considerando 65). En tal sentido, “parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana 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 más favorable a la persona humana**” (Opinión Consultiva 5, 1985)”<sup>18</sup>. Lo anterior lleva a los sentenciadores de mayoría a resolver “Que de todo lo expuesto solo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuyente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud./ En consecuencia, este Tribunal solo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 Nº 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del D.S. Nº 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”. Asimismo, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”.

Esta opinión del Tribunal, asociada con lo ya expresado en el punto anterior, introduce claramente la referencia al derecho a la vida del embrión humano dentro de las aplicaciones del principio precautorio que pueden hacerse en el ordenamiento chileno, lo cual resulta compatible no solo con la redacción del precepto constitucional del artículo 19 Nº 1 de la Carta Fundamental, sino con lo previsto en los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 20.120 sobre Investigación científica en el ser humano, su genoma y que prohíbe la clonación humana, los cuales disponen como finalidad de la ley “proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”, estableciendo como límites de la investigación científica biomédica en seres humanos “el respeto a los derechos y libertades esenciales

que emanan de la naturaleza humana, reconocidos tanto por la Constitución Política de la República como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”, considerando que de la investigación científica pueden generarse riesgos respecto de la vida o de la integridad del ser humano, los que se busca evitar aunque no conste que van a suceder.

De este modo, aquellas conductas que deriven en eventuales riesgos en aquellas situaciones que no son posibles de resolver científicamente dada la información contradictoria que sobre ellas conste, el peso de la prueba u *onus probandi* se traspasará al interesado en ejecutar dichas acciones: “El acercamiento precautorio sugiere que la carga de prueba es mejor que la carga de persuasión y responsabilidad. Esto reconoce que el defensor de una actividad tiene una obligación creciente de explicar la seguridad de la actividad y tomar la responsabilidad de impactos adversos que pueden resultar de ello”<sup>19</sup>.

#### *4. El Tribunal interpreta la Constitución considerando la protección del embrión humano como titular del derecho a la vida*

El embrión humano cuenta desde la fecundación “con una potencialidad propia y autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. La implantación uterina no determina, en ese sentido, el comienzo de la vida humana”<sup>20</sup>.

En ese contexto, el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, al declarar, utilizando la misma frase que el Código Civil, que “la ley protege la vida del que está por nacer”, podría zanjar absolutamente toda duda respecto de la protección del embrión humano. Sin embargo, son muchos los elementos que conspiran contra ello, los que podemos sintetizar como sigue:

a) El extendido planteamiento tendiente a la diferenciación entre embriones implantados o anidados y, en consecuencia, capaces de continuar su desarrollo y quienes aún no están en esa etapa, a los que se ha llegado a llamar eufemísticamente “preembriones”<sup>21</sup>, lo cual es plenamente aplicable a nuestro caso, pues los que corrían el riesgo de ser destruidos eran precisamente embriones aún no implantados, los que se estimarían con inferior derecho o en una situación de bien jurídico protegido pero no de titularidad de derechos, como ya se ha explicado.

b) La referencia a la “la ley” como instancia inferior a la Constitución y, en consecuencia, capaz de proteger limitadamente o de establecer excepciones a dicha protección, considerando, por ejemplo, que la vida del embrión no puede necesariamente prevalecer ante otros intereses en conflicto: “La protección de la vida humana prenatal entra inevitablemente en conflicto con otros intereses de relevancia constitucional, merecedores de respeto y protección. Cualquiera sea el estatus jurídico del embrión y del interés en su supervivencia, no cabe sacrificar unilateralmente en su favor los intereses que se encuentran en conflicto. Lo que se impone es una solución de optimización”<sup>22</sup> y

c) La resistencia a considerar que los argumentos y explicaciones dados en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución puedan considerarse historia fidedigna de la Carta Fundamental o aun servir para darle algún tipo de interpretación, la cual debe ser desvinculada del autor, actas en las que se reconoce la protección de la persona humana desde la concepción<sup>23</sup>, lo que sin duda no impide que se pueda llegar a las mismas conclusiones en virtud de otros criterios interpretativos, como es el caso del principio pro homine<sup>24</sup> citado por el Tribunal en el epígrafe anterior.

Dice en la materia el sentenciador: “La doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción” (considerando 49), lo cual se fundamenta en el hecho de que “...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 completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, 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 ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona*”<sup>25</sup>, postura compatible con lo expresado en las actas del proceso de reforma constitucional contenido en la Ley N° 19.611, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 1999.

Si bien compartimos el criterio del Tribunal, pues nos parece la correcta interpretación de nuestra Carta Fundamental precisamente favorable a la persona humana, consideramos que el no tratar detalladamente las posturas de esos otros académicos aludidos, explicando por qué no se consideraban las adecuadas, tendió sobre el fallo un innecesario manto de duda, que bien pudo ser superado por los propios criterios interpretativos aludidos. Tal cosa no es menor, pues la posición sentada por el Tribunal en orden a la definición de un estatuto de protección amplia del embrión humano, lo que ha de considerarse fundamental para la interpretación futura de la Carta, no puede ser objeto de controversias posteriores sobre la base de la existencia de argumentos no contrarrestados o de una especie de escisión entre el texto de la Carta y la interpretación que sus autores, o ahora la propia justicia constitucional, hacen de ella.

##### *5. El Tribunal evita pronunciarse acerca de un aparente o real conflicto de derechos*

En la misma postura anterior, una de las críticas que se han hecho a este fallo es el no haber abordado el conflicto aparente o real que se suscitaba con una medida precautoria de protección a la vida del embrión humano ante otros derechos protegidos constitucionalmente, particularmente en consideración a que las Normas de fertilidad se asociaban a una consagración de derechos sexuales y reproductivos contemplada en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, como es el caso del artículo 16 de la Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación a la Mujer, que reconoce el “derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el

intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, educación, y los medios que les permitan ejercer estos derechos” y en el acápite 16.1 del mismo se prescribe que “Los Estados partes asegurarán los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que permitan ejercer esos derechos”.

La verdad es que, sin pretender ahondar aquí sobre las diversas tesis sobre conflictos de derechos, a nuestro juicio el Tribunal Constitucional gozaba de las herramientas jurídicas necesarias para clarificar que, en la materia, no se ha suscitado un real conflicto de derechos, pues si se analiza en su esencia el contenido de tales garantías asociadas con la salud sexual y reproductiva, se descubrirá que éstas no se extienden ni admiten a considerar entre ellas el aborto o el microaborto, esto es, la aceptación aun eventual de destrucción del embrión humano. No solo en relación con la prohibición de todo tipo de aborto que efectúa el Código Sanitario en su artículo 119 sino al hecho de que la Carta de 1980 debe considerarse como un todo integrado, que no establece rangos entre los derechos ni está dispuesta a sacrificar unos en favor de otros, sino que exige y demanda su armonización en torno a los principios de la dignidad humana, la igualdad, la libertad y la servicialidad del Estado, principios presentes en las Bases de la Institucionalidad que exigen interpretar la Carta Fundamental de un modo coherente.

Por esta razón, aun considerando el Tribunal la inexistencia de un real conflicto de derechos, hubiera sido particularmente deseable establecer también una interpretación en la materia, en el sentido de que la esencia de los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva comprende aquellas decisiones y planificaciones que el sujeto, en su privacidad y libertad de decisión, implementa para determinar cómo será su familia, su descendencia y el modo de organizar su situación a este respecto, pero no alcanza ni puede alcanzar la extensión respecto de la vida constitucionalmente protegida, cuyo es el caso del embrión humano, lo que no constituye una vulneración de la autonomía ni la imposición de una maternidad indeseada, sino el establecimiento constitucional del sentido y el alcance de una determinada garantía respecto de otra.

## *6. Proyecciones del fallo*

Como se ha explicado y sin perjuicio que el fallo del Tribunal Constitucional se haya dictado en sede de inaplicabilidad constitucional, consideramos que sus proyecciones son importantísimas hacia el futuro. En efecto:

1. El Tribunal ha sido claro en considerar que, frente a la duda razonable asociada a la eventualidad de daño de la vida humana, corresponde “privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de la persona a la
2. vida frente a cualquier otra interpretación que suponga canular este derecho” (considerando 67), lo cual obviamente se proyecta a las decisiones presentes y futuras de los entes públicos y también de los particulares, por imperar la Constitución sobre todos en virtud de lo

dispuesto en su propio artículo 6º, como además se confirma lo preceptuado en el considerando 70 del mismo.

2. Desde ese punto de vista, la estimación del principio precautorio como una regla de interpretación en relación con el derecho a la vida importa una especial consideración a las situaciones de duda y de riesgo, pues ante ellas cabe optar por impedir aquellas acciones o conductas que puedan afectar la vida humana, sin detenerse a esperar que la duda o riesgo haya de convertirse en certeza de daño. Este modo de considerar las cosas obviamente resultará vinculante para las instancias en las que los tribunales ordinarios hayan de tomar decisión sobre la materia.
3. Finalmente, debe tenerse presente que las normas impugnadas por el fallo no solo se refieren a la distribución gratuita de la PDD, sino a toda distribución que de acuerdo con ellas pueda efectuar la Red Pública de Salud, ya que constituirían un todo integrado para dicho efecto. De ese modo, los alcances del fallo no se extienden a la comercialización privada de la PDD por lo ya explicado, pero sí alcanzan y obligan a toda la Red de Salud Pública en torno a esa entrega, aun si optaran por adquirir el producto, ya que la objeción radica en sus posibles efectos y no en el modo de su adquisición.

La razón de tal objeción es precisamente que, dentro de la esfera de atribuciones del Tribunal, ha considerado que el peligro que el fármaco cuestionado representa para la vida del embrión humano justifica y amerita considerar impugnabile de constitucionalidad la norma administrativa que admite su distribución y entrega en la Red Pública de Salud.

## Citas

<sup>1</sup> El detalle y comentario de cada una de esas acciones puede encontrarse en el trabajo de la autora titulado “La píldora del día después. Sentencia de tribunal constitucional de 11 de enero de 2007” publicado en Revista Chilena de Derecho vol. 35 N° 3 (Septiembre/Diciembre 2008) pág. 543-577.

<sup>2</sup> El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina que prohíbe la comercialización del fármaco “Imediat”, de idéntica composición a los comercializados en Chile como PDD (producido por el laboratorio Gador en la Argentina desde 1996, que contiene 0,75 mg de levonorgestrel) con fecha 5 de marzo de 2002, señala: “9º) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco “Imediat” tiene los siguientes modos de acción: “a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación –conejos– se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del

endometrio que lleva a inhibir la implantación” (conf. fs. 112) (El texto completo del fallo se encuentra en [http://www.aica.org/aica/documentos\\_files/Otros\\_Documentos/doc\\_Otros\\_Sentencia.htm](http://www.aica.org/aica/documentos_files/Otros_Documentos/doc_Otros_Sentencia.htm), sitio consultado en agosto de 2003). Por su parte, el Vicedecano de la Facultad de Medicina de la UBA, criticando el fallo, reconoce sin embargo que “La ingesta de una pastilla que estimula un rápido crecimiento de la mucosa, seguido de un descamado de esa mucosa en las 72 a 96 horas posteriores, lleva a que cuando el óvulo fecundado busca anidarse en esa “esponja” que debería encontrar en el útero, se encuentra con una superficie lisa como una pared, como una piedra. Al no poder penetrar en el endometrio, es arrastrado por el descamado sanguíneo que está sucediendo”: Vid. “La prohibición de la píldora del día después: La Corte tuvo un gesto de omnipotencia”, entrevista al doctor Sergio Luís Provenzano de fecha 10 de marzo de 2002, en <http://www.healthig.com/fertilidad/fertilidad15.html>, sitio consultado en agosto de 2003. Contrario sensu, la OMS asegura: “Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona, cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto” (<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es>, sitio consultado en enero de 2009).

<sup>3</sup> V.g. el Tribunal constitucional español ha considerado en su sentencia 212/1996, de 19 de diciembre de 1996: El art. 15 C.E., en efecto, reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, **sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri**: Así, “los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al nasciturus le corresponda también la titularidad del derecho a la vida” (fundamento jurídico 7)... Es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado, **en el caso de la vida del nasciturus, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 C.E.** De ahí que no quepa invocar una garantía normativa, la del contenido esencial, que la Constitución reserva precisamente a los derechos y libertades mismos, reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 C.E.). No cabe por tanto, en rigor, hablar de un contenido esencial de un bien jurídico constitucionalmente protegido en el sentido del art. 53.2 C.E., todo ello con independencia de lo que a continuación se diga... Con independencia y sin perjuicio de la afirmación según la cual dentro del derecho fundamental de todos a la vida no cabe comprender, como titulares del mismo, a los nascituri, la STC 53/1985 ha declarado repetidamente que “el nasciturus está protegido por el art. 15 de la Constitución” (fundamento jurídico 5.º); “la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta Sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental” (fundamento jurídico 7.º); “esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus” (ibid.). En este contexto se sitúa, en buena medida, la Ley 42/1988, en cuanto regula determinados extremos relativos a embriones y fetos humanos que, en algunos casos, pueden o han podido tener una oportunidad de nacer, es decir, que han podido incorporar a un **nasciturus, por tanto, a un ser que en su día**

**puede llegar a ser titular del derecho a la vida, al igual que de los restantes derechos humanos...** La propia STC 53/1985 se ocupaba ya de especificar en qué puede consistir la protección constitucional de la vida del nasciturus: “Partiendo de las consideraciones efectuadas en el fundamento jurídico 4, esta protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado con carácter general dos obligaciones:

**la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”.** En conclusión, del art. 15 C.E. se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, deber que en este caso se proyecta sobre los nascituri”: BOE n. 19 de 22/1/1997, las negritas son nuestras.

<sup>4</sup> A ello se refiere el llamado principio precautorio (PP) a favor de la vida, cuyas condiciones pueden sintetizarse del modo que sigue: “El PP se aplica cuando existe una apreciable incertidumbre científica acerca de la causalidad, la magnitud, la probabilidad y la naturaleza del daño; una cierta forma de análisis científico es obligatoria; la mera fantasía o la especulación simplista no son suficientes para poner en marcha el PP. Los motivos de preocupación que puede desencadenar el PP se limitan a los que son plausibles o científicamente defendibles (o sea, no fácilmente refutables)... La aplicación del PP se limita a los peligros que resultan inaceptables... emplean términos que se inspiran en escalas de valores y por ende expresan un juicio moral acerca de la admisibilidad del daño; se requieren intervenciones antes de que sobrevenga el posible daño, o antes de que pueda tenerse certeza de que el daño se producirá (o sea, se descarta la estrategia de permanecer a la expectativa); las intervenciones deberán ser proporcionales al nivel de protección y a la magnitud del posible daño...”: Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología, Naciones Unidas, Informe del Grupo de Expertos sobre Principio Precautorio, París, 25 de marzo de 2005, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf>, sitio consultado en enero de 2009.

<sup>5</sup> *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, reproducida en la Revista *Ius Publicum* N° 7, pág. 159-169, considerandos 9° y 17°: “9°. La ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga levonorgestrel radica en que en uno de sus variados efectos, amenaza la vida del que está por nacer, y además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto; 17°. El que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal, pues la norma constitucional no distingue– tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”. En el mismo sentido, fallo de la señora jueza suplente del vigésimo juzgado civil de Santiago de fecha 30 de junio de 2004 en juicio ordinario de declaración de nulidad del acto administrativo: “a juicio de este sentenciador, al otorgarse el registro cuya nulidad se solicita, no solo se han infringido los artículos 5°, 6

y 7º de nuestra Carta Fundamental; además el Decreto Ley 2.763; Decreto Supremo 1.876; y artículo 94 del Código Sanitario; por cuanto ha existido una desviación de poder, al atender dicho órgano a una finalidad distinta a la querida por el legislador cual es la de proteger la vida del que está por nacer no efectuándose distinciones arbitrarias acerca de si el embrión se encuentra o no anidado; atentándose además al derecho de la igualdad; esto respecto del nasciturus. En cuanto a la madre cuyo fármaco puede producir un aborto, es menester señalar que no existe constancia en autos de nuevos antecedentes aportados a la Institución demandada, para desestimar las prevenciones tenidas en consideración en relación con el Postinal, fármaco que cuya venta y comercialización fue prohibida mediante sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, y que según se señaló indicó en el considerando quincuagésimo, podría tener efectos “microabortivos”.

<sup>6</sup> Vid. fallo de la Corte de Apelaciones de 10 de diciembre de 2004 (Novena Sala), que considera que la aspiración de defender la vida del que está por nacer requiere de una certeza científica previa “fundamental, cual es conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo”. Al respecto, sostiene que “la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y es aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas”, por lo cual “esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta solo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión”. Sobre el mismo tema agrega que “tanto el momento en que ocurre la concepción, así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad”. Tal criterio se reitera en el fallo de la Corte Suprema de fecha 8 de noviembre del año 2005: “En este contexto resulta básico entonces, demostrar por quien afirma los efectos nocivos de la droga objetada, que ese mal necesariamente se produce con la ingestión del fármaco aludido, toda vez, que constituye un principio general probatorio, que le incumbe al actor la prueba de los hechos en que se funda su demanda. En el recurso, se sostiene que la sentencia, frente a la cuestión de hecho determinante para decidir la cuestión controvertida, no sobrepasó el estado de la duda, lo que es sostener que no se alcanzó la convicción a través de la prueba rendida, del carácter abortivo de la sustancia Postinor-2 y, como en el presente caso no se ha alegado en estricto rigor procesal que a la demandante, sobre este crucial elemento de hecho, le asistiera algún beneficio de presunción, resulta de manera irredargüible que, en la especie de que se trata, no se ha podido producir ningún quebrantamiento al artículo 1.698 del Código Civil que el recurso denuncia como infringido, por lo que este capítulo deberá ser desestimado” (considerando 28); “...no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, *en grado de certeza*, un peligro de la vida del que

está por nacer, de tal manera, que el organismo público encargado por la ley, para autorizar el registro de un producto para su venta, dentro de su competencia estaba habilitado, precisamente por las funciones que la ley encomienda para efectuar dicho acto administrativo, según aparece de lo previsto en el artículo 1° del D.L. N° 2.763, en cuanto encarga al Ministerio de Salud y a los demás organismos competentes ejercer la tarea que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma...” (considerando 34).

<sup>7</sup> Se entregaba en los consultorios públicos “POSTINOR-2” (Registro Sanitario del mes de agosto del año 2001, N° F-8527/01, del Instituto de Salud Pública, que fue cancelado por petición del titular -Laboratorio Grünenthal- a principios del año 2007), y b) “TACE”, con Registro Sanitario vigente del mismo Instituto, a favor del Laboratorio Recalcine.

<sup>8</sup> Cf. de la autora: “La píldora del día después. Sentencia de Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007” (citado).

<sup>9</sup> El fallo de 11 de enero de 2007 plantea que “dentro del marco normativo constitucional y la doctrina recopilada debe decidirse si está dentro de la competencia del Tribunal Constitucional el recalificar los actos administrativos como una forma de atraerlos a la esfera de su competencia, o si, por el contrario, el sistema contempla otras vías constitucionales que logren dicho propósito. Entre éstas podría citarse el artículo 52 de la Carta Fundamental, y además el artículo 20, que establece el amparo de garantías constitucionales” (considerando 10°), a lo cual responde: “Una resolución que contiene materias propias de un reglamento, *cualquiera que sea el nombre que se le coloque*, es de competencia privativa del Presidente de la República, y así deberá declararlo esta Magistratura” (considerando 13°), razón por la cual considera a la Resolución impugnada “desde un punto de vista material, esto en cuanto a su contenido, como señala la doctrina italiana, una *“falsa resolución”* o más propiamente una *“resolución de carácter reglamentaria*.”

<sup>10</sup> Vid. Zapata P. El Fallo Píldora del Día Después, Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, 2008, en impresión.

<sup>11</sup> Colombo Campbell J. La Justicia Constitucional, en Revista de Derecho, Vol. XIV, julio 2003, pág. 259-28.

<sup>12</sup> “Las técnicas a través de las cuales puede buscarse ese efecto unificador de la interpretación constitucional son diversas. Cabe destacar dos; por una parte, que el ordenamiento otorgue efectos especiales a las decisiones del tribunal constitucional. La segunda es la de articular de una manera u otra y con mayor o menor amplitud la posibilidad de que el tribunal constitucional “revise” las decisiones de los jueces y tribunales ordinarios”: Pablo Pérez Tremps, “La Justicia constitucional en la actualidad” en [http://www.uantof.cl/cs\\_juridicas/anuario2002/pereztremps.pdf](http://www.uantof.cl/cs_juridicas/anuario2002/pereztremps.pdf), sitio consultado enero de 2009. Sin embargo, en Chile el poder interpretativo del Tribunal Constitucional

no alcanza a modificar la cosa juzgada de acciones cautelares ya resueltas por los tribunales ordinarios ni hay una posibilidad constitucional de revisar los fallos de éstos, por lo cual la interpretación de la Carta ha de guardarse para una instancia sobreviniente y no para corregir lo ya sentenciado.

<sup>13</sup> Colombo Campbell J. Óp. cit.

<sup>14</sup> Lo que sin embargo fue controvertido en el voto de minoría de los ministros Fernández (Francisco) y Correa, quienes sí hicieron este ensayo.

<sup>15</sup> Águila Grados G. La imprevisibilidad de la valoración de la prueba en los procesos constitucionales de La Libertad o el Matrimonio del Príncipe de La Cenicienta con Blanca Nieves, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista 2008, [http://www.egacal.com/upload/2008\\_AguilaGuido.pdf](http://www.egacal.com/upload/2008_AguilaGuido.pdf), sitio consultado en enero de 2008.

<sup>16</sup> “...Entre ellos y como principal principio diferencial, el de precaución ya que en materia ambiental existen unos riesgos ciertos e incertidumbre científica sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo. El principio de precaución exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se eviten la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño, científicamente no comprobado todavía, no llegue a producirse ...el principio de precaución en materia ambiental fue formulado por la doctrina alemana (Vorsorgeprinzip), sobre la base de la falta de certeza científica de la inocuidad de algunas actividades o productos desarrollados por la especie humana” (Conf. 3 Demetrio Loperenta Rota, **los principios del Derecho Ambiental**, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 93/93).- “PRECAUCIÓN: Este principio está definido por el Principio 15: de la Convención de Río: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Muchas de las enfermedades que puede padecer el ser humano se descubrieron recién luego de muchos años de que se inició el proceso de las mismas. Por ejemplo, no sabemos los efectos que tendrá sobre la salud humana la manipulación genética (Conf. Zlata Drnas de Clément, El “Principio de precaución” en materia ambiental - nuevas tendencias, pág. 7, en Humanismo Ambiental - terceras jornadas de reflexión - autores varios-, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Soc. de Córdoba, Volumen XXVI, Córdoba, Rep. Argentina, 2001), tanto en vegetales como animales en el largo plazo; sabemos asimismo que la utilización de harinas de origen animal originó el denominado “mal de las vacas locas”, cuyos alcances aún se desconocen: Acción de amparo ambiental, Cámara Civil y Comercial de la Ciudad de Corrientes - Sala IV (Res. del 05.10.2005).

<sup>17</sup> Señala el informe de CEDAP UC citado en el fallo: “Frente a un riesgo directo, esto es, aquel efecto necesario e inmediato que se sigue de la actividad realizada, no cabe alegar ignorancia: son siempre previsibles. Así, mientras subsisten peligros que pueden ser eliminados, no es razonable ni justo exponer la vida o la salud a ellos, menos la de un

tercero inocente e indefenso que el ordenamiento jurídico a (sic) querido proteger de modo especialísimo. El deber jurídico que se impone, sobre todo al juez, y máxime tratándose de la vida del que está por nacer, es quitar la causa, eliminar la actividad. La decisión justa y razonable es una: prohibir el Levonorgestrel 0,75 mg por ser contrario al ordenamiento constitucional vigente en nuestro país” (pág. 53 de este).

<sup>18</sup> Considerando 67, la negrita es del original.

<sup>19</sup> La Historia del principio de precaución, en <http://socdeconoc.blogspot.com/2007/07/la-historia-del-principio-de-precaucin.html>, sitio consultado enero de 2009.

<sup>20</sup> Femenía López P. J. Status jurídico del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro (Madrid, McGraw-Hill, 1999) pág. 10.

<sup>21</sup> Vid. Eduardo, Rodríguez Y.: “El Estatuto del Preembrión”, en *ARS Medica. Revista de Estudios Médicos Humanísticos* Volumen 1, Nº 2 - 1999 (Santiago, Facultad de Medicina Pontificia Universidad Católica de Chile, 1999, 1ª edición) pág. 99-108. Debe tenerse presente que esta diferenciación no corresponde a realidad biológica alguna, sino más bien a las distinciones convencionales entre situaciones o grados de desarrollo que permiten y admiten que embriones humanos sean destruidos o sean objeto de experimentación: “Según el planteamiento de estas legislaciones en las que se observa un menor nivel de protección de la dignidad humana del embrión, como las distintas fases del desarrollo humano son embriológicamente diferenciables, su valoración ética y su protección jurídica también deberá serlo. Sin embargo, ya en aquella época de los ochenta los términos “preembrión” o “conceptus”, además de no contar con una completa aceptación entre la doctrina científica, se consideran eufemismos de “cosmética o de maquillaje jurídico”, que también fueron definidos como una subdivisión arbitraria de la vida prenatal acuñada por razones de política pública”. A pesar de todo ello, la sentencia Nº 116/1999 (Publicada en el BOE de 08-07-1999, con Nº de registro 376/1989) del Tribunal Constitucional español, que declara inconstitucionales algunas disposiciones de la Ley 35/88, señala que los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución o a la dignidad humana que recoge el art. 10.1 (Fundamentos jurídicos nn. 5 y 11), y que los preembriones in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno (Fundamento jurídico Nº 12)”: Juan José Puerto, “La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida”, *Acta Bioethica* 2000; 6(1).

<sup>22</sup> Bascuñán Rodríguez A. Después de la píldora, en *Anuario de Derechos Humanos* 2006, págs. 235-244. Vid. también del autor, Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado, en *Revista de Derecho Público*, 63 (2001), I, pág. 209 ss., esp. pág. 212-223.

<sup>23</sup> La verdad es que la totalidad del contexto y de los valores citados a propósito de la creación de la Carta de 1980 son meridianamente claros en cuanto a que para la

Constitución la vida es tan valiosa, defendible y digna, cuando se trata de una criatura en gestación como cuando estamos en presencia de un ser humano ya nacido, y si bien los comisionados esgrimieron opiniones diversas respecto de las situaciones excepcionales cuya despenalización podía considerarse posible, jamás estimaron como una instancia legal la figura del aborto y menos que el niño por nacer no fuera digno de protección constitucional en términos amplios y equiparables al nacido.

<sup>24</sup> Principio *pro homine*, el cual tiene dos variantes principales: A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los subprincipios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera) y B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Miguel Carbonell, Recesión a *La Interpretación de los derechos fundamentales* de Edgar Caspio, Revista Ius et Praxis Año 10 N° 1: 409-417, 2004.

<sup>25</sup> Considerando 50, las cursivas son nuestras.