

VERSÃO ORIGINAL**REFLEXIONES SOBRE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL CHILENO QUE DECLARA INCONSTITUCIONAL
LA NORMATIVA QUE PERMITE EL USO DE LA “PÍLDORA
DEL DÍA DESPUÉS”**

Juan E. Blengio^(*)

I. PRECISIONES

La extensa sentencia dictada el 18 de abril de 2008 por el Tribunal Constitucional chileno⁽¹⁾ presenta varios puntos de extraordinario interés. No es sin embargo mi propósito considerarlos todos, sino hacer específica referencia a la llamada cuestión de la “píldora para el día después”. No sólo porque es quizás el aspecto más polémico, sino porque permite plantear cuestiones como las del derecho a la vida y el nacimiento de la personalidad, que son universales, y, por lo tanto, hacen viables reflexiones y conclusiones con un ámbito de vigor que excede el marco de un derecho positivo concreto.

Es por ello, además, que, se hará referencia — de regla — a aquellos de los argumentos que se invocan por la sentencia y por las discordias, así como los que las partes hicieron valer que armonicen con el enfoque universalista que viene de postularse para el presente estudio.

Como viene de señalarse, la cuestión es susceptible de una variedad de enfoques, los cuales, bueno es subrayarlo, inciden en las conclusiones a las que se puede arribar.

(*) Profesor de Derecho Privado II y III (Obligaciones y Contratos) de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. *E-mail*: <mroque@chasque.net>. Recibido em 03.02.09. Aprobado em 03.03.09.

(1) Ver FACULTAD de Derecho. Universidad de Chile. Disponible en: <www.derecho.uchile.cl/cej/actualidad/otro/Sentencia_Constitucional%20Sobre%20la%20Pildora%20del%20Dia..>. El texto de la misma, en esta versión pdf, tiene la no usual extensión de 277 páginas. Es por ello que, para facilitar su conocimiento se dedica un capítulo de la presente nota de jurisprudencia, a sintetizarla transcribiendo sus aspectos medulares. De ese modo, habida cuenta de que dicho fallo identifica con precisión las cuestiones medulares y de que las razones esgrimidas a favor y en contra (por los impugnantes, por la Presidencia, por la mayoría del Tribunal y por los votos de los disidentes), el lector tendrá los elementos esenciales para llegar a sus propias conclusiones.

El primero y seguramente, en la perspectiva de este estudio, especialmente trascendente en cuanto condiciona de alguna manera los restantes, es el relativo al concepto y el alcance de la interpretación y, más específicamente, el de la interpretación constitucional y la naturaleza de la actuación del juez.

Es naturalmente inviable en el marco de un artículo como el presente, intentar siquiera abordar en profundidad la cuestión de la naturaleza y el alcance de la interpretación y especialmente el de la interpretación constitucional. Por lo que me limitaré al respecto a hacer una serie de breves, pero necesarias, reflexiones.

Para quien admite, siguiendo a Kelsen, que la interpretación es un proceso intelectual que invariablemente acompaña la tarea de aplicación del ordenamiento jurídico, que culmina en una decisión mediante la cual se crea una nueva norma, el contenido de ésta, puede ser cualquiera de los que se adecue a los distintos significados posibles de la norma interpretada que se está aplicando, entre los cuales puede elegir libremente, según el caso, el legislador o el juez⁽²⁾.

La elección ya no tendrá igual margen de discrecionalidad en la medida en que se entienda que los valores no son (como sostiene Kelsen) factores situados fuera del campo del derecho, sino que son parte integrante de él. Pero si bien desde esta perspectiva la libertad del juez aparece limitada, su función creadora y las posibilidades de cumplir cabalmente su misión específica, hacer justicia, se ven robustecidos por las características y funciones que cumplen los valores y principios, especialmente para quienes admitimos su carácter normativo y la aplicabilidad directa e indirecta de la Constitución a las relaciones horizontales⁽³⁾.

(2) KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1962. p. 163. Según esta teoría la naturaleza de la actividad del juez es creadora de derecho e implica un acto de voluntad, con un margen de opción legítima que en el caso de las normas constitucionales es particularmente laxo. Por lo cual los factores morales, éticos y científicos, serán simplemente (algunas de las) razones que tendrá en cuenta el legislador (y en su caso el Juez) para optar legítimamente por una entre varias soluciones posibles. En cambio, según la opinión largamente dominante en seno del positivismo clásico, y particularmente para los exégetas, el Juez se limita a aplicar la ley, es meramente *la bouche de la loi*, por lo cual, según esta visión la interpretación conduce, infaliblemente, a una sola significación, la que sería, además, la única aceptable.

(3) Así, entre nosotros, VAN ROMPAEY, Leslie. Reflexiones sobre los principios generales de derecho. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 30, p. 727 y ss. y Hacia una jurisprudencia principialista. *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, v. 6, p. 169 ss., 2004 y BLENGIO, Juan. La autonomía de la voluntad y sus límites: su coordinación con el principio de igualdad. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, p. 395 y ss. 1997 y ss. Véase entre otros: VIGO, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000. DWORKIN, Ronald. *Interpretación constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis; Abeledo-Perrot, 2004. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984. ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004 y *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

En cambio, otra sería la solución en una óptica más restrictiva, rígidamente positivista en el sentido estricto y rígido del término⁽⁴⁾, como la de la llamada teoría de la exégesis, en la que el eje del sistema jurídico es la ley, agotándose el rol del Juez en aplicarla mecánicamente, sin margen alguno para la creación.

A fin de que el lector pueda ponderar el sentido y el alcance de las reflexiones que siguen, se debe señalar que para el autor, la actividad jurisdiccional, que implica interpretar y aplicar el derecho, es una tarea creativa, que se traduce en un acto de voluntad por el que el juez, optando por una de las posibles soluciones que ofrece el marco normativo, crea una norma individual⁽⁵⁾. El autor entiende además que la Constitución es un sistema de valores que tienen una dimensión objetiva y que los principios como enseña Alexy, son mandatos de optimización, que tienden a aplicarse en el mayor grado jurídico y fáctico posible⁽⁶⁾.

Por lo cual, en caso de conflicto entre ellos, como ocurre en la especie, se puede acudir a la teoría de los márgenes de acción y a la ponderación para resolverlos⁽⁷⁾.

Conviene además señalar, que considero que rige la presunción de regularidad o legitimidad de la ley⁽⁸⁾. Por lo cual el *onus probandi* de su inconstitucionalidad corresponderá a quien alegue su contrariedad a las normas y principios constitucionales.

El problema medular a resolver es el de determinar si ciertos fármacos o procedimientos (Levonorgestrel, Yuzpe, dispositivo intra uterino (DIU), a los cuales se circunscribirán las reflexiones que siguen) afectan el derecho a la vida.

Para lo cual habrá que dar respuesta a tres interrogantes:

- a) quienes son titulares del derecho a la vida;
- b) cuando cobra existencia la persona; y

(4) Kelsen es claramente positivista y sin embargo, como se viera sostiene que la sentencia es una decisión que crea una norma, aunque el margen de posibilidades de elección de su contenido queda acotado en el marco de las significaciones identificadas de la norma que se trata de aplicar.

(5) Conviene señalar que por imperio de los artículos 17 y 20 del CC, no todos los métodos interpretativos tienen igual relevancia, sino que debe dársele primacía al método lógico sistemático. En consecuencia, la significación que se le atribuya a la norma como resultado de la aplicación de dicho método debe primar sobre las restantes significaciones posibles, sin perjuicio de que, además, dado que los valores y los principios son parte del sistema será necesario considerar su adecuación a éstos. Sin embargo, puede ocurrir que, al fin de la tarea interpretativa, no se llegue a una sino a varias significaciones posibles de la norma interpretada. Lo cual ocurrirá de regla con las normas de alcance más amplio, como es el caso en general de las constitucionales.

(6) ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 95 y ss.

(7) Id. *Ibid.*, p. 62 y ss.

(8) BLENGIO, Juan. op. cit. y ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 95.

c) si tales fármacos o procedimientos afectan el derecho a la vida de las entidades individualizadas como personas.

Otra importante precisión, es que una vez esclarecidas las interrogantes que vienen de mencionarse, será necesario determinar si los actos que pudieran afectar el derecho a la vida no apuntan al mismo tiempo a la tutela de otros derechos y en tal caso ver como se resuelve el conflicto.

Es importante señalar que en el Uruguay se promulgó la ley n. 18.426, de 1. de diciembre de 2008, que regula los derechos sexuales y reproductivos.

En su versión sancionada por el Parlamento, incluía varios capítulos con previsiones que despenalizaban el aborto aun cuando hubiere sido decidido por una mujer embarazada, sin otra fundamentación que su voluntad, siempre que se practicara dentro de las doce primeras semanas de la gestación.

Sin embargo, dichos capítulos, incluidas tales previsiones, se vetaron por el Presidente Vázquez y dado que no existieron los votos necesarios en la Asamblea General para levantarlo, el veto quedó firme.

Las razones que se invocaron para hacerlo, como habrá de verse, si bien no contemplaron concretamente la situación de la llamada píldora del día después, no por ello dejan de ser aplicables a la especie, aunque no parece haber sido un resultado visualizado como perseguido al ejercitarse el veto. La observación es necesaria, pues en el Uruguay, el uso de tales fármacos está permitido. Y además, porque el uso del DIU, en combinación con su suministro es por cierto frecuente y es una técnica que en sustancia involucraría los mismos problemas que la llamada pastilla del día después.

Por último, es necesario puntualizar, que no es posible, por lo menos en la actualidad (quizás nunca lo ha sido y difícilmente lo será), resolver la cuestión en base al planteo de la misma como una pura cuestión jurídica, pues están involucrados aspectos científicos, morales, éticos y filosóficos que suelen tener un peso decisivo en la adopción de una solución.

Basta, para demostrarlo, con tener presente como se valora la incidencia de un fármaco que provoque o pueda provocar que un óvulo fecundado no pueda anidarse, ya que tal valoración diferirá radicalmente según que esa entidad se considere o no una persona y de la forma en que se resuelva el conflicto entre los derechos que se le reconozcan con otros derechos, principios e intereses (en particular los de la mujer gestante y de la sociedad).

Es obvio señalar que la cuestión resuelta por la sentencia tiene incidencia en una importante variedad de planos que no habrán de considerarse en esta ocasión, como los relativos a la fecundación *in vitro*, a la investigación y la disposición de embriones en diversas situaciones⁽⁹⁾.

(9) Ver LANZIANO, Wáshington. *El aborto y el derecho a la vida*. Montevideo: FCU, 2003. p. 64 y ss.

II. LA SENTENCIA QUE SE COMENTA

1. Introducción

La sentencia por sus características, por la extensa y circunstanciada fundamentación de la decisión del la Tribunal Constitucional de Chile, por la argumentación a la que recurren las partes y las razones que se invocan por los magistrados en discordia, no sólo tiene la posibilidad de convertirse en un *leading case* (en el país trasandino), sino que permite enfocar con carácter general el modo de plantear abordar un tema que, como ocurre en los países sudamericanos que penalizan el aborto, tiene aristas por cierto espinosas y de no fácil solución.

Dado que la sentencia es muy extensa, en las páginas que siguen, a fin de facilitar al lector su conocimiento sin perder la objetividad, se habrá de transcribirla parcialmente de modo de sintetizar sus aspectos esenciales y especialmente aquellos que, por sus características permitan (en la medida de lo posible) extrapolar los diferentes enfoques ensayados y sus razones, más allá del marco del derecho chileno. Luego de esto, se abordará un análisis de esa temática, desde la perspectiva del derecho uruguayo.

2. El planteo de la cuestión en la sentencia comentada

El núcleo de la cuestión que habrá que analizarse se plantea medularmente en un pasaje de la sentencia que hace referencia a las *"RAZONES DE LOS DEMANDANTES DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD."*

Éstos, dice la sentencia *"señalan que la acción de inconstitucionalidad se dirige en contra de las siguientes disposiciones contenidas en las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", que son aprobadas y que forman parte del Decreto Supremo n. 48, de veintiséis de enero del año dos mil siete, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial en su edición del día tres de febrero del mismo año.*

Dichas normas se impugnan, conforme señalan los peticionarios, sólo en cuanto autorizan la distribución y el uso de la denominada "Píldora del Día Después, ya sea a través de la entrega de una sola pastilla de progestina pura, generalmente levonorgestrel al 0,75 mg, o a través de la combinación de píldoras, método denominado "Yuzpe", y "la utilización del dispositivo intrauterino (DIU)". "Este corresponde a uno (sic) de las posibilidades de la llamada anticoncepción con progestágeno solo". Afirman los requirentes que el mecanismo de acción de los métodos individualizados sería idéntico, en cuanto a que producen una alteración endometrial que actúa impidiendo la

anidación del individuo ya concebido y, desde tal perspectiva, indican, serían contrarios a lo preceptuado en los artículos 5º, inciso segundo, 6º, 7º y 19, ns. 1 y 26, de la Carta Fundamental”.

Aclaran que: “la aprobación de métodos y mecanismos que afectan la vida del que está por nacer importa en los hechos una restricción a un derecho fundamental garantizado en la Constitución de un modo no autorizado por la misma”.

Además, “En el caso sub lite, afirman, se está frente a una norma de rango reglamentario que se ha emitido por la autoridad pública sin contar con norma legal habilitante para ello, y que, además, restringe sustantivamente el derecho a la vida garantizado a todas las personas en el artículo 19, n. 1, de la Constitución Política, dentro de las cuales deben entenderse incluidas aquellas que están por nacer, mismas a quienes el constituyente, además, quiso amparar de un modo particular.

Tales fármacos y procedimientos, tendrían “un efecto abortivo que resultaría contrario a los preceptos constitucionales”.

3. Las razones invocadas por los impugnantes

Los Diputados peticionarios hacen hincapié en el estatuto jurídico aplicable al embrión, y, en particular a los siguientes aspectos:

1) “El artículo 19, n. 1, inciso primero, de la Carta Fundamental de 1980, consagra el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas” y que el inciso segundo del mismo precepto se encargó de reconocer expresamente que “la ley protege la vida del que está por nacer”, esto es, “la vida del embrión, nasciturus o concebido y no nacido, confiriéndole a éste, por tanto, la calidad de sujeto de derecho en nuestro ordenamiento jurídico.”

2) Señalan que complementa “la regulación constitucional referida precedentemente ... la suscripción por parte del Estado de Chile de pactos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la que en su artículo 4º, n. 1, señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

3) “Igualmente, la Convención de los Derechos del Niño, que se refiere a estas materias en sus artículos 1º, 3.2. y 6º”.

4) El artículo 75 del Código del ramo dispone la obligación que pesa sobre los tribunales de dar protección jurídica al concebido y no nacido: “la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará,

a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que de algún modo peligre". Por lo cual ... "al reconocerse a aquél como un sujeto digno de protección jurídica, resulta evidente que ello apunta al derecho a la vida, ya que éste es el único "patrimonio" que a esa altura tiene el embrión humano."

5) El artículo 85 del Código Penal, que si bien por derogación de la pena de muerte ha perdido eficacia jurídica, no habría perdido "el valor de persuasión moral" en cuanto dispone que "no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento".

6) Diversos "dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República, en los que se ha reconocido titularidad jurídica del concebido y no nacido, a la luz del ordenamiento jurídico nacional (dictámenes ns. 8 25.403, de 21 de agosto de 1995, y 14.525, de 15 de junio de 1992)".

7) Hacen presente, además, que existen antecedentes que dan cuenta de la manera contradictoria en que la autoridad del sector ha actuado al momento de analizar los efectos que puede producir la "píldora del día después" en el embrión, con lo cual, advierten, "se produciría una vulneración de la doctrina de los actos propios de la Administración, que se vincula con la buena fe que debe orientar la actuación de sus órganos".

8) Se invoca el "principio pro vida", señalándose "que en todo Estado de Derecho existe un principio de ética pública que debe ser aplicado, principalmente cuando es la autoridad pública la que actúa, en el sentido siguiente: ante la posible duda sobre la amenaza de muerte por utilización de una droga, el Estado debe actuar a favor de la vida ... es el órgano administrativo encargado de aprobar un determinado producto farmacéutico o procedimiento anticonceptivo dentro de una política pública, el que frente a la más mínima duda en cuanto a si aquéllos pueden afectar la vida humana, debe abstenerse de actuar. ... Critican los peticionarios, a continuación, el hecho de que la autoridad sanitaria no afirme "el efecto abortivo que tienen estos métodos" y que al mismo tiempo no lo descarte, ya que tal actitud, a su entender, sería inconstitucional en sí misma. Insisten en señalar, en este punto, que "... el onus probandi pesará siempre en quien ejerce la autoridad sanitaria la que deberá acreditar que tales o cuales procedimientos no atentan contra la vida del concebido y no nacido, dado el sello distintivo que posee nuestro ordenamiento jurídico en orden a defender la vida del que esta por nacer, mandato constitucional dado al legislador que se cumple entre otras muchas disposición (sic) de nuestro ordenamiento jurídico con la siguiente (sic): 'No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar el aborto' (Ley 18.826 Modificatoria del Código Sanitario)".

9) En el mismo orden de consideraciones, los requirentes plantean que no debe olvidarse que en materia de Derechos Humanos rige el deno-

minado “principio pro-homine”, el cual ha sido destacado de manera reiterada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, v. g., en la Opinión Consultiva 5/1985, y del cual se derivan dos parámetros fundamentales en materia de hermenéutica constitucional, a saber: I) Que debe estarse siempre a la interpretación más favorable al derecho o libertad del afectado y II) Que debe estarse siempre a la interpretación más favorable para el más débil”.

10) Por otra parte, haciendo referencia a “algunos datos científicos básicos” relacionados con el derecho a la vida del que está por nacer, “los requirentes manifiestan que cuando un espermatozoide fecunda un óvulo se forma un nuevo ser — un embrión —. Al comienzo, acotan, este nuevo ser tiene carácter unicelular, pero esa primera célula ya contendría toda la información constitutiva de aquél. En éste se hallaría el denominado ‘código de la vida’ que la humanidad ha podido descifrar hace no mucho tiempo y que se encuentra tanto en ese ser unicelular como en cualquier ser humano nacido, sea éste niño, joven, adulto o anciano, hombre o mujer. En suma, dicen, si aquella célula es el resultado de la unión de gametos humanos, resulta imposible, entonces, negar que se trata de un ser humano, pues es un ser y es humano, ya que pertenece a la especie humana.”

11) Hacen caudal del “efecto eventualmente abortivo del Levonorgestrel. Exponen que demostrar que éste, administrado oralmente (píldora o píldoras combinadas) o a través del Dispositivo Intrauterino (DIU), incluye un efecto antianidatorio del huevo humano fecundado, no sería un asunto que ofrezca mayor dificultad”.

Agregan que “si dicho compuesto se administra después de que el óvulo ha sido fecundado ya no cabría acción anticonceptiva, puesto que la concepción ya se habría verificado. Por otra parte, señalan que sería “un hecho propio del mecanismo de acción del DIU que éste actúa del modo más eficaz impidiendo la anidación, ya que su destino natural jamás ha sido evitar la ovulación; por el contrario las tasas de ovulación de las usuarias del DIU son del 100%”.

4. Razones en contra de la demanda de inconstitucionalidad aducidas por la Presidencia

1) Se resalta que la “misión del Decreto Supremo n. 48, de 2007, fue continuar con la política de regulación de la fertilidad iniciada en el año 1962 y que estuvo dirigida a “reducir la alta incidencia de abortos inducidos y sus complicaciones, y disminuir el alto costo asociado a su tratamiento ... fundada en los siguientes principios: a) reducir la tasa de mortalidad materna, relacionada en medida importante con el aborto provocado clandestino; b) reducir la tasa de mortalidad infantil, relacionada con el deterioro del nivel de

vida en sectores de población de alta fecundidad; y c) promover el bienestar de la familia, favoreciendo la procreación responsable”.

Por otra parte “se trata de normas que tienen un sólido sustrato ético jurídico”, atendido que el Ministerio de Salud, ... para la definición de sus políticas de regulación de la fertilidad, reconoce que “para lograr el óptimo estado de salud, las personas y parejas deben tener la posibilidad de reproducirse con riesgos mínimos, pudiendo regular su fertilidad, decidir libremente si tener o no hijos, cuantos y cuando, y de disfrutar de una sexualidad placentera y segura”. Siguiendo tales consideraciones, la autoridad dice que “los servicios de regulación de la fertilidad (...) están centrados en las personas y en sus derechos, más que en metas poblacionales o políticas”.

2) El “Principio de autonomía y respeto por las personas, el cual supone, ... apoyar las decisiones libres de las personas con respecto a su sexualidad y reproducción”, el que se “vincula a los derechos ciudadanos, y responde a una aspiración que se instala progresivamente en la población de nuestro país”.

3) Las normas impugnadas “respetan la diversidad valórica de las personas, pues no plantean imponer un método anticonceptivo único, la anti-concepción de emergencia no sería un acto impositivo del Estado, atendido que: a) aquélla opera una vez que se ha realizado un coito no protegido, por eso se la denomina píldora del día después”.

4) “Los estudios científicos que han examinado los mecanismos de acción de la contracepción de emergencia se han concentrado en su acción sobre la ovulación, sobre la fertilización y sobre la implantación, mas no sobre su acción después de la implantación”.

El “debate central entre los científicos se presenta respecto a la duda de si la píldora del día después” afecta o no la implantación del embrión. Dicha controversia científica se ha dado, indica, porque una serie de investigaciones han encontrado efectos sobre la estructura y/o función del endometrio y otros, en cambio, no los han hallado”.

5) Se dice por la Presidencia, haciendo pie en diversos estudios, que “la comunidad científica está conteste en el hecho de que no hay técnicas que permitan comprobar la existencia de un embarazo antes de la implantación”.

6) El Ejecutivo observa asimismo que “la definición de embarazo que entrega la Organización Mundial de la Salud (OMS) sería reflejo de la mencionada realidad, pues aquél se entiende como el período comprendido entre la anidación del embrión en el útero y el parto. Lo anterior es relevante, ... considerando que la prueba del aborto supone la comprobación de un embarazo”.

7) Coherentemente, “la doctrina penal más autorizada, entre la que destaca la mayoría de la doctrina española, sostiene que el bien jurídico

protegido por el delito de aborto sólo existiría desde la anidación del óvulo fecundado, porque antes no se podría saber si hay embarazo o no.”

8) Se menciona la existencia de *“antecedentes científicos que llevarían a sostener que el embrión antes de la anidación en el endometrio tiene una alta probabilidad de sufrir alteraciones que pueden hacer imposible la expresión de su individualidad”, elemento éste que, según señala, sería esencial para protegerlo.*

9) La *“Comisión Interamericana, refiriéndose al artículo 4.1 del Tratado, en su Resolución n. 23/81, caso 2141, Estados Unidos de América, de 6 de marzo de 1981, señaló que es equivocada una interpretación de la Convención en el sentido de que otorga una protección absoluta a la vida desde la concepción”.*

10) Tampoco la Convención sobre los Derechos del Niño, *“sería útil para resolver el problema de cuándo comienza a otorgar su protección al derecho a la vida”.* Así, señala, en su artículo 1º dicho tratado internacional 32, establece: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.* En su criterio, dicha Convención tiene por objetivo definir *“hasta cuando”* y no *“desde cuando”* se reconocen derechos a sujetos en cuanto niños.

5. Las razones en que se fundó la mayoría para adoptar el acuerdo y dictar la sentencia

Para la mayoría que finalmente dictó la sentencia, prevalecen las razones que llevan a considerar inconstitucional el decreto impugnado.

1) Para el Tribunal, la protección Constitucional del derecho a la vida alcanza al *nasciturus*, quien, a su juicio, es una persona desde la concepción.

Hace hincapié decisivo en que *“el informe presentado por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de la Santísima Concepción y firmado por los doctores Juan F. Stecher Miranda y Augusto Rivera Javea, sostiene 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 cambian sus genes ni se le agrega otra información (...) desde el punto de vista embriológico, es erróneo el concepto de preembrión, porque antes del embrión solo existía el espermatozoide y el óvulo.

(Pág. 2). Para aquellos que quieren argumentar que el no nacido, particularmente durante el primer trimestre de gestación, no es ser humano integralmente porque no posee las características de autoconciencia, intuición, pensamiento, memoria, imaginación, y por tanto no merece de los derechos y protecciones que se dan al nacido, hay que decir que aunque tales características no están todavía desarrolladas en el cigoto, están presentes los genes para el desarrollo del cerebro, donde estas capacidades se encuentran. (...). Después de la fecundación no hay experimento científico que pueda desarrollarse con la intención de determinar cuando el no nacido sería humano; cualquier momento que se usara como línea divisoria para señalar el comienzo de una 'humanidad integral' (...) representa un momento arbitrario sujeto a discusión'. (Revista Chilena de Derecho. Vol. 28, n. 2, 2001, p. 263-254);'

Es así como, para algunos especialistas, la implantación se refiere sólo a una 'célula' que, surgida como consecuencia de la fecundación y en la medida que se desarrolle, puede llegar a constituir un embrión, mientras que, para otros, lo que se implanta es más que una célula: es un ser humano plenamente identificable y distinguible de sus padres por su conformación cromosómica y que ha surgido, precisamente, como consecuencia de la fecundación ...".

Para el Tribunal Constitucional, "la singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irreplicable 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;"

2) Se agrega que "en la misma línea argumental, debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos — tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente — señala, en su artículo 4.1...: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

3) Los informes científicos disponibles, no son contestes en cuanto a los efectos de los fármacos cuestionados y dejan abierta la posibilidad de que incidan sobre el óvulo fecundado impidiendo su anidación. Así el "Informe sobre los Aspectos Científicos y Éticos del Uso del Levonorgestrel como Anticonceptivo de Emergencia", presentado "por el Rector Subrogante de la Universidad Católica de Chile, indica que: el Informe evacuado por la Uni-

versidad Católica de Chile y acompañado por el Rector Subrogante de esa Casa de Estudios a esta causa, afirma que 'el término anticoncepción de emergencia es inexacto e induce a error, ya que éstos pueden actuar no solo como anticonceptivos sino que también **interfiriendo con la implantación del embrión, es decir provocando un aborto precoz**' (p. 2 y 3)".

4) Para Tribunal aunque pudiera sostenerse que "las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de que 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", sin embargo "existe un elemento que, a juicio de estos sentenciadores, neutraliza tal equivalencia y que tiene que ver con el 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 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 — que una eventual vulneración de la Carta Fundamental"

En consecuencia, "para dilucidar el conflicto constitucional planteado y ante la evidencia de estar estos jueces frente a una duda razonable, ha de acudir a aquellos criterios hermenéuticos 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 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)".

5) Se entiende decisiva para el juicio de constitucionalidad la consideración de la circunstancia de "si los efectos de la anticoncepción pueden llegar a afectar al "embrión", ello resultará determinante que este Tribunal debe realizar".

Y en ese sentido, se pone de relieve que "los especialistas coinciden en que los mecanismos de acción de los aludidos regímenes de anticoncepción 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". En: Selección de temas de Ginecoobstetricia II. Capítulo 27 105 (eds.) E. Guzmán, A. B. Lalonde. Editorial Publimpacto, Santiago, 2007, pág. 833, e Informe de la Universidad Católica de Chile, pág. 3)."

De todos modos, no deja de reconocer, que "existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación".

6) La circunstancia de que "el derecho a la vida es, sin duda alguna, el derecho fundante de todos los demás, pues sin vida, difícilmente tiene sentido referirse a otros derechos fundamentales. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su Observación 131 General sobre el artículo 6º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el derecho a la vida es 'el derecho supremo respecto del cual no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones que pongan en peligro la vida de la nación'. Ha agregado, asimismo, que "el derecho a la vida es el más esencial de estos derechos".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, por su parte, que "el derecho a la vida es ampliamente reconocido como el derecho supremo del ser humano y conditio sine qua non para el goce de todos los demás derechos".

Se pone también de relieve que "La relación entre la vida y la libertad, empero, ha sido no sólo objeto de las controversias relativas al aborto, sino que han dado sustento para explicaciones de alto nivel en la teoría jurídica, como lo destaca uno de los grandes exponentes contemporáneos en materia de derechos fundamentales: 'La vida humana tiene un peso superior a la libertad general de hacer y de no hacer lo que se quiera. Entonces, la importancia que tenga la protección de la vida en una situación determinada puede determinarse a la vez según el peso abstracto de la vida y según su riesgo en el caso concreto' (Robert Alexy: "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en: Revista Española de Derecho Constitucional, año 22, n. 66, 2002, p.38)."

7) Los “antecedentes relacionados con la forma en que se informa a las usuarias de píldoras anticonceptivas (PAE) de los posibles efectos de la ingesta de dichos fármacos... Así, por ejemplo, la información francesa del fármaco NORLEVO, desarrollado por el Laboratorio HRA-Pharma, comercializado por Laboratorios Besins-Iscovesco, en Francia, y que se distribuye en alrededor de 50 países del mundo... que ‘este medicamento es un anticonceptivo de urgencia’ además que ‘la anticoncepción de urgencia es un método de reparación que busca evitar la ovulación o **la implantación de un huevo fecundado** en caso de relación sexual sin protección”.

8) El derecho a la vida es inherente a la dignidad humana. Así lo ha consagrado lo más reputado de la doctrina jurídica universal: “El concepto de humanidad ha trascendido al campo del Derecho en tres puntos del orden jurídico: 1) En lo tocante a los Derechos Humanos, como garantía de la libertad exterior indispensable para el cumplimiento del deber y, por ende, para la salvaguardia de la dignidad humana” (Gustav Radbruch: Introducción a la Filosofía del Derecho, FCE, México, 1978, 3a. reimpression, pág.154).

Se trata de la dignidad humana, que abarca la dignidad de la persona consagrada en el artículo 1º de nuestra Constitución, pero que la excede en su significado jurídico, tanto positivo como natural. La dignidad, como lo sostuvo Kant ‘no tiene equivalente’ y, por ello, es tan compleja de definirla como simple de entenderla.

La dignidad humana es propiedad de la civilización, no lo es de ninguna convicción religiosa, ni política ni cultural. Se trata de un rasgo esencial e indiscutible de un estadio de civilización al cual la humanidad ha llegado a aspirar. La dimensión jurídica de la dignidad se encuentra en la consagración positiva de los derechos fundamentales y, entre ellos, del derecho a la vida que ocupa a esta Magistratura en la causa de autos.

De lo dicho se desprende la gravedad que encierra la vulneración de la dignidad humana inmersa en la vida, especialmente cuando ella es accionada por el Estado en la variedad de las naciones del Mundo, hoy es posible encontrar sistemas jurídicos que castigan cualquier forma de aborto; otros que no castigan ninguna, por considerar que el derecho de la mujer a decidir su maternidad es absoluto, y aquellos que han diseñado diversas fórmulas para resolver eventuales conflictos de intereses entre los derechos de la mujer y los del hijo no nacido que lleva en su vientre, fundamentando dichas fórmulas en consideraciones de distinta naturaleza, como la indicación médica por peligrar la vida de la madre o la violación, por ejemplo.

Por las mismas razones .. la anticoncepción de emergencia es inconciliable con la Constitución, pues la única justificación para su implantación es ‘disminuir los embarazos no deseados y sus consecuencias’ (pág. 78); y basta para tener acceso a ellas ‘no desear’ el embarazo o, lo que es lo mismo, ‘desear’ utilizarla.”

9) *“La tesis médico-obstétrica abrazada por el Poder Ejecutivo, que postula que la vida del que está por nacer adquiere relevancia jurídica y puede ser víctima de aborto sólo una vez que se ha implantado en el útero materno, puede ser muy respetable y hasta llegar a imponerse en el futuro, pero no tiene hoy la capacidad de interpretar la Constitución de forma obligatoria ni, menos, de modificarla”.*

6. Los fundamentos de los votos disidentes

6.a. Del ministro señor Juan Colombo Campbell

1) De acuerdo al estudio *“MECANISMO DE ACCIÓN DEL LEVONOR-GESTREL COMO ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA, publicado en la Revista del Centro de Estudios Públicos n. 95, año 2004, en orden a que el embarazo sólo estaría afianzado con la implantación del cigoto en el endometrio, lo que ocurriría alrededor de 14 días después de la concepción”* por lo que *“al alegar un ‘efecto abortivo’ los requirentes están aludiendo a un hecho que, de ser efectivo, se encontraría contemplado como típico por el Código Penal, lo cual hace que sea aún mucho más relevante el cumplimiento del onus probandi por su parte, más aún cuando el aborto en la legislación chilena está penado y estamos en presencia de un acto de autoridad, específicamente un decreto firmado por la Presidenta de la República y la Ministra de Salud que, a juicio de los requirentes, promovería la distribución de medicamentos de efectos abortivos.”*

2) El *“inicio exacto de la vida humana e incluso, en determinadas condiciones, el momento de la muerte, es un tema en el cual no hay consenso, dentro del cual la moral, las ciencias y las distintas profesiones de fe plantean sus tesis, tema que, por ende, no se encuentra ni puede estar resuelto completamente por el derecho, al enmarcarse entonces en el plano del ejercicio de la libertad de conciencia, reconocida por la propia Carta Fundamental, y por otra parte también en el plano de la investigación científica de la biología, a menos que por sentencia se niegue tal derecho fundamental, se imponga con efecto de cosa juzgada una determinada concepción excluyente de las otras”.*

Lo cual no sería adecuado al ordenamiento porque *“a la jurisdicción sólo le corresponde resolver conflictos de derecho, definidos como aquellos en los cuales el parámetro de juzgamiento esté constituido por normas jurídicas, en este caso de rango constitucional. En el caso sub lite, los requirentes sustentan además su pretensión en normas de orden moral y en algunas de las corrientes de la ciencia médica, más allá de las normas constitucionales invocadas.”* Por lo cual *“el conflicto sometido a la resolución de esta Magistratura no se encuentra regulado por el sistema jurídico, siendo un tema que*

se desarrolla dentro del marco de la libertad de conciencia y de creencias, no existiendo, como ya se dijera, consenso científico respecto de los hechos relativos al mismo” y por esa razón no estaríamos “en presencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica constitucional de aquellos que deban dar origen al ejercicio de la función jurisdiccional, y la consecuente dictación de una sentencia que lo resuelva, por parte de este Tribunal”.

6.b. Voto disidente del ministro señor Hernán Vodanovic Schnake

1) Señala que lo que se discute es “sobre dos asuntos de capital importancia: 1) La existencia, rango y entidad de los derechos del embrión preimplantacional, y 2) El eventual conflicto entre un interés constitucionalmente protegido y otros derechos fundamentales, como los de orden reproductivo y sexual”.

Y llega a la conclusión de que “el nasciturus no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los mencionados derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante — si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional — recae en los derechos fundamentales de la mujer”.

2) Parte de la idea de “que los derechos fundamentales pueden ser conceptualizados en forma amplia, como lo hace Luigi Ferrajoli”, señalando que son “aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas.

Desde esta perspectiva, la titularidad de los denominados derechos fundamentales está radicada en la persona o en grupos determinables de personas.”

3) Señala además que los “derechos, en cuanto valores sustantivos y autónomos, emanados de la dignidad del ser humano, deben ser diferenciados claramente de las denominadas garantías, que en tanto instituciones jurídicas de carácter adjetivo, técnicas o herramientas, procuran el aseguramiento de los derechos”.

4) Para él son distinguibles “dos valores: la vida humana consolidada y plena, amparada por el derecho a la vida, por ser persona y sujeto de derecho el titular de ella, y, por otra parte, la denominada ‘vida por nacer’, que no está reconocida como persona, y que puede llegar a tener un cierto estatuto jurídico de protección y de titularidad de derechos eventuales, condicionados al nacimiento.

En este sentido, si el derecho a la vida aparece como un derecho fundamental y, por ende, de carácter subjetivo y de titularidad de la persona,

la protección de la vida por nacer no parece ser una garantía del derecho a la vida, pues opera en un espacio temporal en el cual no existe el derecho que sería objeto de tal garantía”.

De igual manera, el derecho a la vida de que gozan las personas se entiende universalmente como el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella, norma recogida, por ejemplo, en el Pacto de San José de Costa Rica. Ello se traduce en la existencia de causales de justificación, como el estado de necesidad y la legítima defensa.

Puede afirmarse entonces que no existe fundamento para sostener, como lo hacen los requirentes, que el aborto goza de una proscripción constitucional, más aún si de la propia Carta Fundamental la misma no se desprende de ninguna norma, lo que es especialmente relevante teniendo en cuenta el principio de autonomía del legislador, la reserva legal en materia penal y la tipificación del aborto en el Código Penal, cuerpo de rango legislativo”.

5) Hace hincapié también en el alcance del “*Pacto de San José de Costa Rica, que protege el derecho a la vida ‘en general, a partir del momento de la concepción’*”.

El alcance de dicha frase se encuentra en los trabajos preparatorios de dicho tratado, de cuyas actas consta que en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, las delegaciones de Estados Unidos y Brasil consignaron la siguiente declaración: ‘Estados Unidos y Brasil interpretan el texto del párrafo 1 del artículo 4 en el sentido de que deja a la discreción de los Estados Parte el contenido de la legislación a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares’ (Conferencia Especializada Americana sobre Derechos Humanos, Acta de la segunda sesión plenaria, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. ó).

De igual manera, en las sesiones de preparación del texto en San José se reconoció que la frase ‘en general, a partir del momento de la concepción’ dejaba abierta la posibilidad de que los Estados Partes en una futura Convención incluyeran en su legislación nacional ‘los casos más diversos de aborto’. (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 159”.

6) Lo antes expuesto fue reafirmado por la Comisión Interamericana en el caso conocido como “Baby-boy vs. Estados Unidos”, mediante la resolución 23/81, de 6 de marzo de 1981.”

7) Incidiría en la solución del problema, un conjunto de derechos que comprende “*la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada, conjunto de derechos que atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente.*

En este sentido, el uso de anticonceptivos y el derecho a disponer de la maternidad por parte de la mujer es un tema antiguo y ya zanjado en el derecho constitucional comparado en el tercer tercio del siglo XX.

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 las máximas 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.”

8) “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”.

9) Entiende asimismo que incluso “prescindiendo de lo razonado precedentemente, procede concluir que en 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.”

10) “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 con 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.” Y se debería asimismo tener en cuenta que “el primer efecto del supuesto derecho es la obligación de la mujer de soportar el estado de embarazo, hipótesis que tampoco es absoluta, pues al colisionar 197 derechos fundamentales, en este caso debe ponderarse la finalidad, medios utilizados e idoneidad de la protección de la vida por nacer; es decir, los medios empleados deben ser proporcionales al resto del ordenamiento constitucional, aptos y proporcionados a la entidad y relevancia de la vida por nacer y al ejercicio de los derechos de la mujer embarazada. Resulta de toda obviedad que en embarazos inviables, en situaciones de riesgo de la vida e integridad de la mujer y, en general, frente a la afectación de otros derechos

fundamentales relevantes, la protección absoluta de la vida por nacer en desmedro de ellos resulta desproporcionada e incluso puede llegar a ser ineficaz.

La exigibilidad de los derechos fundamentales de la mujer y la eventual exigibilidad de los derechos supuestos de un indeterminado titular denominado 'vida por nacer', aparecen evidente y claramente diferenciados. Resulta manifiesto que la exigibilidad de los derechos de la mujer es inmediata, concreta y definida, no ocurriendo lo mismo en el caso del nasciturus, por la indeterminación de su estatuto, por no ser reconocido ni reconocible como persona y, por ende, no ser identificable persona alguna como titular de dicha protección, en términos que goce de legitimidad activa para reclamarla."

11) Dice, además, que *"no caerá en la tentación de pretender zanjar por la vía de la jurisdicción el debate ético científico acerca del inicio de la vida, cuestión que debiera estar claro que no corresponde al derecho dirimir, a pesar de la pretensión de los requirentes.*

Indica en tal sentido que *"la Corte Suprema Federal, en relación a la posibilidad de establecer en sede jurisdiccional el momento del inicio de la vida, señaló que 'si los médicos, los teólogos o los filósofos son incapaces de ponerse de acuerdo al respecto, los tribunales no están en condiciones de especular con la respuesta' ("LAS SENTENCIAS BÁSICAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS ESTADOS UNIDOS", BELTRAN DE FELIPE, MIGUEL, BOE, MADRID, AÑO 2006, P. 419")."*

Por lo cual *"resolver sobre las diferentes concepciones acerca del inicio de la vida, no es una materia propia de esta sentencia"* especialmente teniendo en cuenta que *"nuestro régimen constitucional proclama la libertad de conciencia y de creencias"*. Lo contrario, *"implicaría abdicar de la laicidad y la neutralidad de los órganos y los espacios públicos, que deben abstraerse de invadir dicho campo, más aún en un régimen republicano como el que proclama el artículo 4º de la Constitución."*

Agrega que el *"efecto real de la declaración de inconstitucionalidad impetrada es lesivo de la esencial función de administrar el Estado, que incumbe al Ejecutivo, perturbando gravemente la formulación y ejecución de políticas públicas de salud"* y que representa *"también, una incoherencia atribuir riesgos abortivos a medidas de anticoncepción reconocidas universalmente, cuyo empleo — en un tiempo muy próximo al de la relación sexual— tiene por una de sus finalidades esenciales precaver la ocurrencia efectiva de abortos en una etapa avanzada de la gestación."*

6.c. Voto disidente de los ministros señores Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes

1) Para estos ministros, *"los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia que se contienen en la sección 3.3 del Decreto aludido, no atentan en contra de la vida del que está por nacer ni contra la dignidad humana"*.

2) Resulta decisiva la circunstancia de que *“la evidencia invocada por los requirentes y la acumulada o mencionada en este proceso no permite sostener siquiera una duda razonable acerca de que los dos métodos de anticoncepción hormonal de emergencia contenidos en la sección 3.3 del Decreto Supremo impugnado sean capaces de impedir el desarrollo de un embrión humano. No negamos que los científicos sostengan una polémica respecto de los efectos del sistema anticonceptivo hormonal de emergencia, pero la existencia de tal polémica no es suficiente para sostener que exista una duda razonable acerca de los efectos antianidatorios o impeditivos del desarrollo del embrión humano. Tampoco lo son las leyendas o rotulaciones de los respectivos productos.”*

4) Señalan que *“El debate entre las partes y la información disponible en el proceso permiten tener por establecidos algunos hechos no discutidos, cuales son:*

a) que tanto la píldora del día después como el Yuzpe son anticonceptivos eficaces. En efecto, y según se justificará más adelante, no existe debate entre las partes ni entre los expertos que expusieron en el Tribunal, en el sentido de que estos fármacos tienen capacidad anticonceptiva, en cuanto dificultan la ovulación.

b) que estos fármacos no afectan la vida del embrión una vez implantado o, al menos, que no existe evidencia alguna de ello.”

Lo que las partes controvierten es el efecto que la píldora y el Yuzpe producen o pueden producir sobre el embrión en la etapa previa a su anidación. Los requirentes y varios expertos sostienen que estos medicamentos, además de efectos anticonceptivos, tienen la capacidad de dar muerte al embrión antes de su implantación o de evitar su anidación o adherencia al cuerpo de la mujer, lo que impide su desarrollo y produce su muerte o, que, a lo menos, existe una duda razonable acerca de tal efecto. La parte del gobierno y otros expertos sostienen que no existe antecedente alguno que permita sostener que la píldora, además del efecto anticonceptivo, tenga capacidad de afectar al embrión entre que éste surge, con la fecundación, y el momento de su anidación.

Los requirentes argumentan que, en este caso, basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda. Señalan que, tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida. Agregan que tratándose del hecho que debe probarse, la prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido. En este sentido, ha de concedérseles la razón, particularmente porque tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles. En consecuencia, a juicio de estos disidentes, bastaría con que la prueba produzca

una duda razonable de que el fármaco autorizado pueda producir la muerte de un titular del derecho a la vida (lo que también está debatido en autos en el sentido de que el cigoto lo sea). En consecuencia, mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada.”

El análisis de la evidencia científica disponible, “es indiciaria de que la píldora del día después no tiene efecto alguno después de producirse la ovulación y, por ende, carece de aptitud para afectar el desarrollo del huevo fecundado. Si bien se ha discutido, con razones no despreciables, que esta evidencia no es concluyente en el sentido indicado, lo importante, para los efectos de resolver la cuestión que nos ocupa, es que la prueba no establece la duda razonable de los efectos mortíferos de la píldora sobre el embrión que pretenden los requirentes” pues... “indica que los fármacos empleados en la anticoncepción de emergencia a que alude el Decreto Supremo no producen efectos sobre el endometrio que disminuyan su capacidad de anidar al embrión.

Lo que es decisivo para la presente causa... (es que) la evidencia científica presentada no permite dar sustento a la duda contraria; esto es, a que efectivamente el levonorgestrel tenga capacidad de impedir la anidación del embrión. No existe evidencia alguna invocada ante el Tribunal que así lo sustente para el levonorgestrel puro (píldora del día después) y la única que le da sustento en el caso del o combinación de levonorgestrel con etinil estradiol, es con dosis muy superiores a aquella que el Decreto impugnado ordena aconsejar.

La evidencia científica analizada acredita que los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia son eficaces para prevenir embarazos. También acreditan que ello se debe, en todo o parte, según se discute, a su capacidad de impedir la ovulación en la mujer. También existe evidencia indiciaria de que dificultan el viaje de los espermios al óvulo, aunque ello se discute y no está plenamente acreditado. Ninguno de los dos efectos antes mencionados podría considerarse contrario a la Constitución, pues no lo es prevenir la fecundación. Se discute si los fármacos podrían interferir con el embrión y es difícil una prueba cierta y definitiva por los problemas que conlleva experimentar con embriones. La experiencia con animales conduce a concluir que no hay tales efectos contrarios al desarrollo del embrión, pero se discute si tales conclusiones pueden extrapolarse a humanos. La evidencia que ha medido el efecto del levonorgestrel en otras condiciones del aparato reproductor femenino es indiciaria de que no tiene capacidad de alterar su desarrollo o anidación. Lo mismo puede decirse del Yuzpe, salvo en cuanto se emplee con dosis de levonorgestrel muy superiores a aquella que recomiendan las normas impugnadas.

En consecuencia, en esta causa no se ha acreditado la existencia de una duda razonable de que ni uno ni otro de los métodos que la norma cuestionada ordena aconsejar, ni la píldora de levonorgestrel puro que ordena distribuir, son capaces de impedir la anidación de un embrión humano, de impedir su desarrollo o de darle muerte por cualquier otra vía.

Por su parte, la rotulación voluntaria u obligada del producto, si bien deja constancia de que se ha sostenido u sugerido que puede tener efecto sobre el embrión, no afirma que ello sea un hecho cierto o una duda razonable.

Dejar constancia de que se ha sostenido un hecho no constituye evidencia alguna acerca de la probabilidad de su certeza y, a nuestro juicio, no puede fundar su prohibición por un tribunal, máxime en una materia de esta trascendencia.”

4) Se señala también que “*al concluirse de este modo, se coincide con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia que, en fallo de fecha 28 de noviembre de 2005, rechazó una acción de nulidad de derecho público en contra del registro de la misma píldora que el Decreto ahora impugnado ordena aconsejar y distribuir.*

Habiéndose llegado a la conclusión de que la prueba presentada en esta causa no permite afirmar que la píldora del día después tenga efectos mortales sobre el embrión, ni que sobre ello exista una duda suficientemente razonable, no resulta necesario continuar con el análisis para rechazar el requerimiento.

Redactaron la sentencia los Ministros señores José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y señora Marisol Peña Torres. La prevención, los votos concurrentes y las disidencias las redactaron sus autores. La que suscriben conjuntamente los Ministros señores Correa Sutil y Fernández Fredes, el primero de ellos.”

III. ANÁLISIS DE LAS POSICIONES EN JUEGO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO URUGUAYO

1. El planteo del problema

El examen de la sentencia y de los argumentos a favor y en contra con relación a la cuestión de la constitucionalidad de una norma que admite y permite la comercialización de fármacos y procedimientos que pueden tener por efecto impedir la anidación de un óvulo fecundado (a la cual por comodidad de hipótesis vamos a suponer de base o fundamento legal, a fin de que las conclusiones admitan un mayor grado de generalización y sean extrapolables a otros ordenamientos jurídicos), gira sustancialmente alrededor de tres ejes:

- a) el alcance de la protección constitucional del derecho a la vida;
- b) cuando se adquiere la calidad de persona;
- c) el efecto de los fármacos y procedimientos cuestionados sobre el ser que tiene esa calidad.

Si bien los señalados son los elementos medulares, no hay dudas de que juegan otros que tienen también roles importantes y aún decisivos para resolver el espinoso problema que se estudia.

El primero, es el relativo al grado de certidumbre que se pueda constatar acerca de los efectos antianidatorios de los referidos fármacos y procedimientos. No es por cierto igual la situación si existe certeza o cuasi certeza de que tal efecto se verifica o si, en cambio — en las antípodas — se llega a la convicción de que el mismo no se produce.

Entre los dos extremos luminosos de certeza puede haber una zona gris de incertidumbre (y de hecho tal parece ser el caso de la especie analizada) que puede variar desde una simple duda a una duda razonable.

El segundo, es el relativo al *onus probandi*, punto de especial relevancia en el marco de la zona gris.

El tercero, es el referente al conflicto entre el derecho a la vida y otros derechos, como el relativo a la libre determinación de la mujer y en particular la referida a sus derechos sexuales y reproductivos. En este caso, el planteo y la solución pueden ser diferentes según exista o no certidumbre respecto de los efectos de los fármacos y procedimientos citados.

El cuarto, dice relación con la interferencia de la cuestión que se analiza, con los fines y políticas de salud pública.

El quinto, se vincula, como al principio se señalara, con el método de interpretación que se considere adecuado y la concepción del ordenamiento jurídico.

Quiero señalar también, que el análisis de las referidas cuestiones se hará desde la perspectiva del derecho uruguayo, aunque, dadas las razones que están en juego, las conclusiones a las que se llegue podrán ser, en general, aplicables a otros ordenamientos que tengan constituciones que consagran una carta de derechos ordenamientos jurídicos similares a la nuestra (que en cuanto al derecho a la vida son prácticamente todas).

Y además, dado que buena parte de los argumentos y de las razones referentes a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una normativa que admita la utilización de fármacos como el lenovorgestrel, han sido expuestos en la sentencia comentada, sin perjuicio de hacer referencia a ellos, no se ha de volver a realizar una exposición y análisis detallados de los mismos⁽¹⁰⁾.

(10) Basta en efecto con examinar algunos de los estudios que se han hecho de la cuestión para constatarlo. En tal sentido es recomendable ver el citado *opus* de LANZIANO, WASHINGTON, p. 13 y ss. y el estudio pluridisciplinario ABORTO en debate. Dilemas y desafíos del Uruguay democrático. Disponible en: <www.leyaborto.org/esp/publicaciones/libros.php>.

2. Alcance de la protección constitucional del derecho a la vida

2.a. Los artículos 7º y 72 de la Constitución

Los artículos 7º⁽¹¹⁾ y 72 de la Constitución uruguaya⁽¹²⁾, son las dos normas medulares, para plantear y resolver la cuestión.

La primera establece a) el derecho al **goce de la vida y de los otros derechos que menciona; y b) que nadie puede ser privado de esos derechos, sino por una ley fundada en razones de interés general.**

El texto constitucional suscita dos problemas: a) el de si contempla o no el derecho a la vida; y b) en caso afirmativo, quien sería su titular.

Si bien para algunos el significado que corresponde asignarle a la disposición, es el de que es una norma que regula estrictamente (y de conformidad a la literalidad del texto), el derecho al **goce** de la vida, ello no es sin embargo de una importancia decisiva, pues aún quienes tienen esta postura, consideran que el derecho a la vida, está implícitamente previsto por dicha norma, ya que necesariamente el derecho al goce de la vida lo presupone, o bien lo infieren del art. 72⁽¹³⁾.

Éste, como lo ha puesto de relieve nuestra mejor doctrina⁽¹⁴⁾ viene a positivizar el llamado iusnaturalismo clásico, y consagraría (para algunos sería más preciso decir, declarararía), inequívocamente, en tanto es inherente a la personalidad, el derecho a la vida (que preexistiría al texto constitucional que se limitaría a reconocerlo).

2.b. El derecho a la vida se encuentra reconocido en la Constitución. Limitabilidad por leyes dictadas por razones de interés general

Para una tesis el derecho a la vida no es susceptible de limitación por la ley.

(11) Artículo 7º Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

(12) Artículo 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

(13) Así, MANZONI RUBIO, Luis B. Constitución y aborto. *Revista de Derecho Público*, n. 26, p. 85, quien señala que dada la clara inherencia a la personalidad humana del derecho a la vida "siempre se le consideró implícito en el art. 72, y así debe ser desde que a nadie se le ocurriría lo contrario".

(14) Ver por todos, RAMÓN REAL, Alberto. *Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya*: vigencia de la estimativa iusnaturalista. Montevideo: Ed. Librería Juan A. Peri, 1958.

Los argumentos centrales de esta posición radican en considerar que el derecho a la vida no sólo tiene reconocimiento constitucional, sino que lo único que es susceptible de limitación, de acuerdo al art. 7º, es el derecho a su goce. Por lo cual, toda ley que admitiera la posibilidad de que se limitara o privara del derecho a la vida a su titular, sería inconstitucional.

En esta línea de pensamiento, *Risso Ferrand*⁽¹⁵⁾ sostiene que la vida es un derecho que el art. 7º de la Constitución viene a reconocer como preexistente, siendo un bien jurídico que no puede ser objeto de ninguna limitación o privación. Sólo el derecho a ser protegido en su goce puede ser objeto de modificación por el legislador. Para ejemplificar su pensamiento, menciona el caso de una norma legal que obligara a los ciudadanos de un Estado a defenderlo en el caso de un conflicto bélico, que implicaría una clara restricción al derecho al goce de la vida.

Argumentos contrarios a la tesis de la ilimitabilidad

El punto no deja de ser discutible por cuanto el hecho de que el constituyente no haya previsto en forma expresa, la posibilidad de su limitación, no implica necesariamente que el derecho a la vida no sea limitable, por cuanto de ser así ninguno de los derechos inherentes a la personalidad que no hubieren sido previstos expresamente (pero que tendrían fundamento en el art. 72) sería susceptible de limitación lo cual parece por cierto difícil de admitir.

Por otra parte, la admisibilidad de tal premisa podría llevar a conclusiones inaceptables, como por ejemplo, la inviabilidad de regular la legítima defensa y el estado de necesidad como causales de justificación que excluyen la antijuricidad del homicidio cuando están en juego. Y no explicaría coherentemente por qué el constituyente sintió la necesidad de dictar una norma que prohíbe la pena de muerte (art. 26)⁽¹⁶⁾.

Si bien Risso no se pronuncia claramente sobre la constitucionalidad de una ley que legalice el aborto, parece inclinarse por la negativa, haciendo referencia a que el art. 7º de la Constitución debe interpretarse armónicamente con el Art. 42 que protege la maternidad y teniendo presente el Pacto de San José de Costa Rica, (ratificado como se dijo por Uruguay) que reconoce el derecho al respeto de la vida desde la concepción.

(15) RISSO FERRAND, Martín. Síntesis de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en el Uruguay. *Revista de Derecho Constitucional y Político*, t. 12, n. 67/71, p. 652-653, jun. 1995, mar. 1996.

(16) Esta regla como señala Risso (op. cit. p. 652), no admite excepciones. Además, debe tenerse en cuenta que Uruguay por la Ley N. 16.461 del 31 de diciembre de 1993, aprobó el Protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa a la abolición de la pena de muerte. Ver en sentido similar, GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. El derecho a la vida, su protección constitucional. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. 11, n. 62, p. 157-159, ago./set. 1994.

En la solución del problema incidirán en alto grado, como hubo ocasión de señalarlo en las precisiones iniciales, las concepciones que se acepten en punto a la naturaleza y el alcance de la interpretación. Así, habiéndose determinado que en el marco de referencia de la norma o conjunto de normas a interpretarse (en la especie, fundamentalmente, los arts. 7 y 72 de la Constitución), se pueden individualizar varios significados posibles, será el legislador (o en su caso el Juez), quien libremente, por razones de política legislativa, ética o moral (que para Kelsen son metajurídicas) ha de decidir por cual optar.

Distinta será la postura de quien no acepte este enfoque o admitiéndolo lo hiciera con variantes que incidan en la solución del problema, por ejemplo, acotando las posibilidades de elección en función de los valores que forman parte del sistema.

2.c. La titularidad del derecho a la vida

Hay tres puntos sobre los cuales es fácil ponerse de acuerdo y que por su evidencia (al menos en la actualidad) no requieren que se abunde en su demostración:

- d) el titular del derecho a la vida es la persona, a la cual es inherente;
- e) todo ser humano es persona⁽¹⁷⁾; y
- f) se tiene la calidad de ser humano y de persona desde el nacimiento⁽¹⁸⁾.

Lo que está en tela de juicio es si esa doble calidad de ser humano y de persona existe antes del nacimiento y en todo caso, desde qué momento.

3. El embrión⁽¹⁹⁾ y el derecho a la vida

La cuestión de si el embrión tiene derecho a la vida ha sido objeto de una multiplicidad de teorías (lo cual es particularmente evidente si se la

(17) Ya hace más de medio siglo, Quintín Alfonsín, sostenía que "actualmente ha cobrado vigencia una norma material de derecho privado internacional, según la cual todo ser humano es persona", con la consiguiente ilegitimidad de situaciones admitidas en el pasado, como la esclavitud y la muerte civil (QUINTÍN, Alfonsín. Sobre la existencia de las personas en derecho privado internacional. In: *Estudios jurídicos en memoria de Juan José de Amézaga*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1958. p. 13). Si bien hoy el principio de que todo hombre es persona es un dato de la realidad a que nadie se le ocurriría cuestionar, en el pasado no siempre fue así, bastando con recordar para ejemplificarlo, que era jurídicamente admisible la esclavitud (y la consiguiente cosificación del hombre).

(18) Más allá de que en algún caso, la legislación exija algún requisito complementario, como por ej. los arts. 216 y 835 de nuestro CC, respecto de cuyo alcance ver los estudios mencionados en la nota número 20.

(19) En sentido amplio, abarcativo de sus diversas manifestaciones a partir del cigoto.

examina en su perspectiva histórica), la mayoría de la cuales no habrán de examinarse en este estudio, entre ellas la de la identidad o mismidad genética, la de la autoconciencia, la de la actividad cerebral, etc.

Sólo han de verse, la tesis negativa, examinada desde la óptica de la falta de independencia del feto, la teoría de la concepción (en sus grandes líneas, pues presenta múltiples variantes) y la de la anidación, que son las que tienen más incidencia en el caso que se comenta.

4. La tesis negativa. El planteo desde la perspectiva de la independencia del ser

Uno de los planteos de la cuestión, a mi juicio desacertado, se construye sobre el eje de la dependencia o independencia del ser humano que se considere.

Por lo cual, considerándose como uno de los rasgos identificatorios de la personalidad la característica mencionada en segundo lugar, el feto no dejaría de ser tal sino desde el momento del nacimiento y recién entonces sería persona (aun cuando se entienda que su situación hasta que cambia de *status* debe ser contemplada mediante normas tuitivas, como casi siempre se ha hecho a lo largo de la historia por distintos ordenamientos jurídicos)⁽²⁰⁾.

Un enfoque de este tipo fue realizado entre nosotros por Abadie Santos, para quien el "feto no tiene personalidad. Calificamos de sofisticos los argumentos de índole jurídica organizados al efecto de parificar el homicidio y la supresión del germen humano... Antes de que un ser distinto aparezca libre del álveo materno ¿puede hablarse de un derecho distinto del derecho del ser al que está subordinado? Ontológicamente puede sostenerse la proposición, desde luego, frente a terceros no autorizados; más discutible en el caso en que la vida del embrión se perfila en relación de fatal incompatibilidad con el porvenir de la madre"⁽²¹⁾.

En un sentido similar, se ha sostenido que "el goce de los bienes humanos fundamentales presupone, al menos, la independencia biológica que el embrión no tiene, sin la cual no es concebible aquel goce"⁽²²⁾.

(20) Esta tesis, prevaleció hasta la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica (ver GAMARRA, Jorge; BLENGIO Juan E. *Tratado de derecho civil Uruguayo*. Montevideo: FCU, 2000. t. 10, p. 47-48). La misma, se fundamenta básicamente en los arts. 21, 216, 3º, del Código Civil y entendiendo que aunque ciertas normas como los arts. 1617, 216 inc. 3º y 835 del mismo Código contemplan lo derechos del concebido, lo hacen en previsión a su nacimiento. Así DEL CAMPO, Francisco. *Personas*. Montevideo: Medina, 1962. p. 14 y ss, aunque para autores como CESTAU, Saúl. *D. civil: primer curso*. Apuntes de clase, 1966. p. 93 y GATTI, Hugo E. *Personas*. Montevideo: Acali, 1977. t. 1, p. 36 y ss. se requeriría, además, la viabilidad y vivir 24 horas naturales.

(21) ABADIE SANTOS, Horacio. *La impunidad del aborto consensual*. Montevideo: Ed. Larre & Cía., 1935. p. 53.

(22) MANZONI RUBIO, Luis B. op. cit., p. 84. Ver asimismo CASSINELLI MUÑOZ, H. Protección en el goce de bienes fundamentales y acción de amparo. *Revista Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 36, nov. 1993.

Se ha dicho también que el art. 7 al referir la titularidad del derecho al goce de la vida a los habitantes, excluiría de su ámbito al feto “por clara inadecuación de su situación intrauterina con la de habitante que es geográfico jurídica⁽²³⁾. En un sentido similar, Lanziano (quien por otras consideraciones sostiene la posición de que el concebido es titular del derecho a la vida), afirma que: “los seres humanos antes de nacer no son habitantes-ni se les tiene en cuenta en los censos de población”⁽²⁴⁾.

Además, ciertas normas, específicamente preordenadas a la tutela del derecho a la vida, como el art. 26 de la Constitución, que dispone que “a nadie se le aplicará la pena de muerte”, son “claramente inadecuadas para la protección de la vida humana embrionaria”⁽²⁵⁾.

Manzoni, considera que en base a la referida argumentación, se podría llegar a la conclusión de que no existe en nuestra Constitución, ninguna norma que de manera explícita “proteja la vida del feto”⁽²⁶⁾. Por lo cual, si de tal tipo de previsión dependiera la solución de la cuestión, habría que concluir que el legislador tendría libertad para establecer la solución que quisiera en punto al aborto⁽²⁷⁾. Sostiene además, que es necesario separar el derecho a la vida “de un posible y más concreto derecho de protección de la vida del feto, ya que “además de la diferente configuración ontológica de cada uno, no parece posible extender la titularidad del primero más allá de las personas físicas nacidas”⁽²⁸⁾. Sin embargo, en base a una interpretación según la cual el art. 72, responde, más que a una concepción emparentada con el jusnaturalismo, a otra de tipo sociológico, concluye que “la limitabilidad o no legislativa del derecho recepcionado por el 72, quedaría definida también por la convicción colectiva en su validez y limitabilidad o ilimitabilidad”⁽²⁹⁾.

En base a ello entiende que de existir “una convicción normativa o pre-normativa sobre el aborto, el derecho que aparejaría la ilicitud del aborto, aunque no necesariamente su penalización, sería un derecho subjetivo de todos los habitantes, sin perjuicio del reconocimiento de titularidades especiales, a que no se extinga voluntariamente la vida del feto, salvo para salvaguardar la de la gestante.”⁽³⁰⁾ Naturalmente, es bueno subrayarlo especialmente, la conclusión, aún en el marco de esta posición doctrinaria, podría ser muy diversa, en el caso de que se demostrara que la convicción colectiva fuera otra.

(23) MANZONI RUBIO, Luis B. op. cit., p. 84.

(24) LANZIANO, Wáshington. op. cit., p. 129.

(25) MANZONI RUBIO, Luis B. op. cit., p. 84.

(26) Id., loc. cit.

(27) Id., loc. cit.

(28) Id. Ibid., p. 85.

(29) Id. Ibid., p. 92.

(30) Id. Ibid., p. 96.

A mi juicio, enfocar la cuestión del nacimiento de la personalidad, desde la perspectiva que viene de verse, y en particular centrándola en la independencia del ser⁽³¹⁾ a quien se le reconoce la titularidad del derecho a la vida, no es compartible pues deja en la oscuridad el elemento central de la figura: su individualidad.

Lo que realmente importa es determinar cuándo se está en presencia de un ser dotado de individualidad, de rasgos identificatorios que lo hacen alguien único, un ser distinto de la madre en cuyo vientre se gesta⁽³²⁾.

Por otra parte hacer pie en una suerte de sociologismo para de algún modo sustituir un fundamento iusnaturalista (especialmente con relación al art. 72), es por lo menos cuestionable, pero el análisis del punto excede notoriamente al objeto de este estudio.

5. La personalidad antes del nacimiento. El momento en que surge la individualidad genética como punto de comienzo de la personalidad **La tesis de la concepción**

El enfoque de la cuestión desde la perspectiva indicada en el título, tiene como elemento central, la constatación de que, con la concepción, surge un nuevo ser dotado de una individualidad específica, que lo hacen un ser único, distinto de su madre y de su padre y de todos los demás seres, como lo han demostrado los estudios sobre el genoma humano⁽³³⁾.

Este enfoque fue precisamente el de la Presidencia de la República al vetar la ley que despenalizaba el aborto: "La legislación no puede desconocer la realidad de la existencia de vida humana en su etapa de gestación, tal como de manera evidente lo revela la ciencia. La biología ha evolucionado mucho. Descubrimientos revolucionarios, como la fecundación *in vitro*, y el

(31) Ver sobre el punto, LANZIANO, Washington. op. cit., p. 111.

(32) Ver en igual sentido, DELPIAZZO, Carlos E. *Dignidad humana y derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001. p. 28. No me resulta por tanto compartible la posición de FERRAJOLI, Luigi. La questione del embrione tra diritto e morale. *Politeia*, n. 65, p. 20, 2002, quien entiende que la tesis de que el embrión es una persona, no es empírica, sino una tesis moral, que, como tal, no es ni verdadera ni falsa, la que si bien puede ser compartida por muchos, no lo ha de ser ciertamente por todos. Por lo cual, sostiene, imponerla jurídicamente aún a quienes no la comparten estaría en contraste con el liberalismo y la laicidad del derecho. No puedo por cierto detenerme en la consideración de la tesis del gran autor italiano, me limitaré a señalar que existe un fundamento científico, sobre todo a partir de los estudios sobre el ADN y el genoma humano, para individualizar plenamente la existencia de ser único, de un individuo distinto de todos, que mantendrá su identidad a lo largo de toda su existencia. Por lo cual si el ordenamiento jurídico prescribe la personalidad del ser humano y su dignidad como tal, y como una de sus expresiones fundamentales, el derecho a la vida, no se ve razón para limitar ese derecho a una sola etapa del ciclo vital excluyendo otra, conclusión que tendría un fundamento pues vendría impuesta por los valores y principios consagrados en la Carta Magna (y en particular en el art. 72, que recepciona, positiviza, el iusnaturalismo clásico).

(33) Ver sobre el punto, el LANZIANO, Washington. op. cit., p. 49 y ss.

ADN con la secuenciación del genoma humano, dejan en evidencia que desde el momento de la concepción hay allí una vida humana nueva, un nuevo ser. Tanto es así que en los modernos sistemas jurídicos — incluido el nuestro — el ADN se ha transformado en la “prueba reina” para determinar la identidad de las personas, independientemente de su edad, e incluso, en hipótesis de devastación, cuando prácticamente ya no queda nada del ser humano, aun luego de mucho tiempo.”

En el mismo sentido, Varela ha señalado que “los conocimientos sobre la aparición del nuevo ser humano, están hoy apoyados sólidamente en bases biológicas, embriológicas, genéticas e incluso médicas que pertenecen al acervo científico común. Cada individuo tiene un comienzo... que es el de la concepción..., pues la genética ha permitido conocer que el óvulo fecundado posee íntegramente la identidad de otro ser”⁽³⁴⁾.

Esta tesis es la que tiende a prevalecer entre nosotros⁽³⁵⁾ y es la que se sustenta también, por la sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, según hubo ocasión de ver.

(34) Varela, VARELA, Juan Alberto. *Derecho de familia y genética*. Montevideo: FCU, 1990. p. 7-8.

(35) Esta tesis tiene hoy un gran número de seguidores y respaldos normativos importantes, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica, ha sido la sostenida por el Presidente de la República para vetar las disposiciones de la ley que despenalizaban el aborto. De acuerdo con ella las disposiciones del CC referentes al concebido, podrían entenderse, como parece hacerlo Vaz Ferreira (VAZ FERREIRA, Carlos. *Tratado de las sucesiones*. Montevideo, 1988. t. 1, v. 2, p. 346 y ss.), no ya como confirmatorias de las reglas generales sobre capacidad jurídica, sino en el sentido de que establecerían requisitos adicionales a la personalidad para su configuración, como el nacimiento y la viabilidad por el término establecido por la ley, los cuales se explicarían por las necesidades del tráfico jurídico con relación a los derechos patrimoniales. En esta línea se encuentra también ORDOQUI, Gustavo. Protección de los derechos del concebido. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, p. 137 y ss. Según Sánchez Fontáns (SÁNCHEZ FONTÁNS. *Capacidad y legitimación*. Montevideo, 1953. p. 3, 17 en nota 12) el concebido, no sólo es capaz para recibir por donación o testamento, sino que puede ser parte en otros contratos, p. ej., en un contrato de venta, si fuera necesario vender el bien adquirido, porque corre peligro de deteriorarse o para pagar una deuda de la herencia, y “las normas legales relativas a la capacidad en el contrato de donación se limitan a confirmar igualmente los principios generales” (10, 40). Ver asimismo sobre el punto: AREZO PÍRIZ, Enrique. El comienzo de la personalidad en el derecho positivo Uruguayo. *Revista Jurídica Estudiantil*, p. 102, 1993; YGLESIAS PEROLO, Arturo. Sobre la personalidad, su inicio y su fin. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n. 10, p. 83 y ss., y en la edición actualizada por él con la colaboración de Díaz Sierra, Ma. Del Carmen. *Personas*, de *Cestau*, Saúl D. 4. ed. Montevideo: FCU, 1997. v. 3, aunque distingue según la naturaleza de los derechos en juego y considera que en materia de derechos patrimoniales la norma rectora sigue siendo el art. 835 del CC. Ver también LANZIANO, Washington. *Derechos humanos*. Montevideo, 1998. esp. p. 177 y ss. y especialmente *El aborto y el derecho a la vida*, cit., p. 112 y ss. donde realiza una muy extensa y fundada exposición del tema. Este autor si bien no deja de reconocer que la tesis de la anidación resuelve de un modo pragmático, una pluralidad de problemas, se inclina por la tesis de la concepción, por razones que, en general, son las mismas que se hicieron valer para fundar el referido veto presidencial.

La sentencia n. 134/99, de fecha 28/7/99, del Tribunal de apelaciones de Familia de 1^{er} Turno (caso 13.821 de La Justicia Uruguaya, t. 120, ps. 284 y ss.) es particularmente interesante porque luego de considerar las distintas posiciones en juego, toma partido por la concepción como momento del surgimiento de la personalidad.

5.a. Las distintas significaciones de la concepción

Conviene precisar que no existe una significación única del término concepción; pues si bien el núcleo de las distintas maneras de entenderlo radica en considerar que la misma coincide con la fecundación del óvulo, no hay acuerdo en cuanto al momento del proceso que se debe tener en consideración. Lo cual no es indiferente, habida cuenta de que puede durar varias horas desde que comienza con la penetración del espermatozoide en la capa externa del óvulo hasta la singamia, cuando los cromosomas de ambas células se funden, creando un contenido genético único, distinto al de los componentes materno y paterno.

A mi juicio, es razonable entender que la concepción se produce con la singamia pues es en ese momento que surge un nuevo ser con identidad propia.

El otro problema que se plantea, es el de si la concepción a tener en cuenta es sólo la que se verifica en el álveo materno (*in corpore*) o si también debe serlo la que se produce fuera de él o *in vitro*. Este tema está lejos de ser meramente teórico, sino que tiene grandes repercusiones prácticas que no es del caso analizar en esta ocasión⁽³⁶⁾.

Ahora bien, aun cuando pudiera considerarse que el problema estuviera resuelto desde el punto de vista científico (y vimos que aún en éste hay aspectos discutibles), ello no significa que la cuestión jurídica también lo esté, pues como se señalara, la historia nos revela que no siempre las nociones de ser humano y persona han ido juntas.⁽³⁷⁾

Considero, sin embargo, que en el momento actual y a la luz del artículo 72 de nuestra Constitución tales nociones son inseparables.

Por lo tanto, dado que todos los elementos que individualizan a un nuevo ser (y que lo seguirán haciendo a lo largo de toda su existencia, y aún después), se encuentran presentes desde el momento de la concepción (especialmente si se considera la fase de singamia), habría que llegar a la conclusión de que el surgimiento de la personalidad se produce con la fecundación del óvulo.

Existen por otra parte, varias disposiciones constitucionales y legales que apoyan esta tesis⁽³⁸⁾ y en particular lo hace el llamado Pacto de San José

(36) Ver GARCÍA DÍAZ, Fernando. Concepción e inicio del individuo humano. *Bioética & Debat*. Disponible en: <<http://www.bioetica-debat.org/modules/news/articles>>. (enviado el 25.9.2007). LANZIANO, Wáshington. *El abortoy el derecho a la vida*, cit., p. 64 y ss.

(37) Entre otras razones por las circunstancias de que están en juego nociones que pertenecen a mundos diversos (el del ser y el del deber ser, el hombre y la persona, el derecho y la moral, la ciencia y el derecho), como señala KELSEN, Hans. op. cit., p. 126. Las relaciones entre la moral, la ciencia y el derecho no siempre se entienden de la misma manera, como lo pone de relieve FERRAJOLI, Luigi. op. cit.

(38) Ver LANZIANO, Wáshington. *El aborto y el derecho a la vida*, cit., p. 123 y ss.

de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos)⁽³⁹⁾ aprobado por la ley 15.737 del 8 de marzo de 1985, que determinó la consolidación de la consideración del momento de la concepción, como punto de surgimiento de la personalidad⁽⁴⁰⁾.

6. La tesis de la anidación

No obstante la conclusión a la que viene de arribarse, es necesario hacer referencia a otra tesis, la de la anidación según la cual, el comienzo de la personalidad, se produciría en un momento posterior a la concepción, el de la anidación del óvulo fecundado⁽⁴¹⁾. Para algunos incluso, es sólo entonces que puede hablarse de concepción, ya que es recién en ese momento que la mujer queda embarazada⁽⁴²⁾.

Esta teoría cuenta con importantes respaldos de instituciones como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG).

Uno de sus fundamentos centrales es el de que es la que mejor satisface las necesidades de certeza y seguridad jurídicas, que son indispensables para un estado de derecho.

En ese sentido, dice Buompadre, que en "tanto no se produzca la fijación del huevo fecundado en la matriz, no podría afirmarse inequívocamente la existencia de un embarazo cuya interrupción sea abortiva. La protección penal antes de la anidación se asentaría en gran parte en lo imaginario."⁽⁴³⁾

Se ha señalado también, que durante el proceso previo a la anidación, el cigoto puede fisionarse (y en vez de uno ser dos o tres, por eje), fusionarse (dos o tres juntarse en uno) o puede ser expulsado, por lo que aún no habría una expectativa plena y segura de vida individualizada.

La tesis de la anidación tiene pues la ventaja no desdeñable de marcar con razonable precisión el momento en que se produce el embarazo y el comienzo de una etapa en la que el desarrollo normal del feto desembocará en su nacimiento y consiguiente independización de la madre.

(39) El art. 4. de la Convención, dice que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

(40) Ver AREZO PÍRIZ, Enrique. op. cit. y ORDOQUI, Gustavo y otros, *Derecho de familia y genética, ciclo de conferencias*, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1990, p. 60-61.

(41) Existen discusiones también respecto a donde debe producirse la anidación. Mientras que para algunos es indiferente, para otros sólo debe considerarse la producida en el endometrio, dejando fuera la anidación ectópica (embarazo tubario).

(42) Ver García Díaz. op.cit. n. 3

(43) BUOMPADRE, Jorge. *Derecho penal: parte especial*. Buenos Aires: Ed. Mario A. Viera, 2000. t. 1, p. 180-181.

Por otra parte, permite resolver espinosos temas como el de la fecundación *in vitro* y el de la situación del embrión antes de su implantación en el útero y tiene importantes consecuencias en punto a la constitucionalidad de normas que permitan el uso de fármacos y procedimientos que, comprobadamente, no tengan efecto sobre el embrión luego de anidado.

7. La incidencia de la aceptación de una u otra tesis en la cuestión resuelta por la sentencia que se comenta

Antes de considerar cual es la referida incidencia, debe hacerse una breve, sintética pero necesaria referencia a los efectos de los fármacos cuestionados.

7.a. Los efectos comprobados de la píldora del día después

En primer lugar, debe señalarse que la evidencia científica disponible no permite demostrar con razonable certidumbre que los fármacos y procedimientos referidos afectan al concebido, impidiendo su implantación.

Es también claro, por otra parte, que si bien no existe la indicada certidumbre, no lo es menos que hay una posibilidad de que tal situación se produzca.

Es por lo tanto necesario, a mi juicio, concluir que el efecto que tales fármacos y procedimientos producen, es una suerte de pérdida de una chance (de implantación, en la especie)⁽⁴⁴⁾.

Por lo cual, si se constatará que en determinadas circunstancias en que se hubieren utilizado los fármacos cuestionados, la concepción no culminó en implantación, aunque no existiera una demostración de la relación de causalidad entre tal utilización y el indicado resultado, no hay dudas en el estado actual del conocimiento científico del tema, de que al menos habría una posibilidad de que tal cosa hubiere ocurrido, por lo que podría afirmarse que el concebido por efecto de tales fármacos habría perdido una chance de implantación.

Y en segundo lugar, que la evidencia científica actual, permite afirmar que el levonorgestrel no afecta al embrión luego de implantado.

La aceptación de la tesis de la concepción o la de la anidación, tiene pues una gran importancia para la solución del tema del acápite.

(44) Ver sobre la cuestión de la pérdida de una chance como daño indemnizable pero también — y es lo que en el caso más interesa — su incidencia en al prueba de la relación de causalidad, GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad civil médica*. 2. ed. Montevideo: FCU, 2001. p. 300 y ss.

Ya que, si como se ha señalado reiteradamente, los fármacos y mecanismos cuestionados, no afectan al embrión una vez implantado, entonces para quienes sostienen la tesis de la anidación, los mismos no producirían en ningún caso efectos abortivos, por cuanto el nacimiento de la personalidad recién se verificaría en el momento de la implantación.

En cambio las cosas ocurren diversamente para los partidarios de la tesis de la concepción, pues, como se viera, para algunos existe por lo menos una posibilidad de que el efecto de tales fármacos y procedimientos, sea el de impedir la anidación de un óvulo fecundado, el cual, en este marco conceptual, debería calificarse como abortivo.

Que es precisamente lo que viene a sostener la sentencia del Tribunal Constitucional chileno que se comenta.

7.b. Balance provisorio

A modo de balance provisorio, en punto a las tesis de la concepción y de la anidación que vienen de verse y su incidencia en el tema en análisis, es conveniente hacer algunas precisiones.

En primer lugar, que aún cuando desde el punto de vista científico parezca claro que el momento que marca el surgimiento de un nuevo ser dotado de individualidad propia, es el de la concepción (sobre todo si se la refiere a la singamia), el legislador para satisfacer indispensables necesidades de seguridad jurídica, puede fijar otro momento, por ejemplo, el de la anidación, para regular determinadas situaciones como la penalización de ciertas conductas. Lo cual será sin dudas admisible para quienes sostienen que el derecho a la vida puede ser regulado mediante una ley fundada en razones de interés general.

En segundo lugar, que incluso partiendo de la base de la aceptación de la tesis de la concepción, de todos modos ello no sería suficiente para resolver la cuestión planteada. Pues solo si se sostiene a rajatabla que basta que haya una posibilidad, aún remota, de que se impida la anidación y que no es necesario tener en cuenta si existen o no otros derechos en juego que pudieran ser afectados, se podrá postular, como lo hace la sentencia del Tribunal Constitucional chileno, la inadmisibilidad constitucional de normas que permitan el uso de los fármacos del día después.

Por mi parte, entiendo que (y muy especialmente en este caso) no puede prescindirse de considerar la circunstancia de que la cuestión en análisis se suscita en el marco de un conflicto entre el derecho a la vida con otros principios y derechos.

Punto que se tratará a continuación.

8. El conflicto con otros derechos. El derecho prevalente. La ponderación

Si el problema del derecho a la vida del embrión se planteara de una manera aislada, seguramente sería de más fácil solución, pero ocurre que el mismo se encuentra en conflicto con otros principios y derechos, como el de la libertad (especialmente la sexual y reproductiva) de la mujer y a una vida digna y saludable; y con el valor de la protección de la vida de la mujer en una pluralidad de casos, en los que, como se sabe, corre serios riesgos, al acudir al aborto clandestino.

También están en juego otros valores e intereses, como los relativos a la salud pública.

Naturalmente, para quienes sostienen que el derecho a la vida (que comprendería el derecho a nacer) es absoluto y prevalente frente a cualesquier otro derecho, plantear el conflicto, no pasa de una mera, intrascendente ilustración, pues el mismo ya está resuelto de antemano: necesariamente debe prevalecer el derecho a la vida.⁽⁴⁵⁾

En esta tesitura, se encuentra como se viera, el Tribunal Constitucional chileno, que haciendo valer el principio *pro vida* sostiene que basta con que exista una duda, que haya una posibilidad de que cierto fármaco o procedimiento sea abortivo, aunque no sea de probable verificación, para que quien sostenga que es legítimo emplearlo tenga sobre sí la carga de demostrar que el mismo no tiene el indicado efecto⁽⁴⁶⁾.

En cambio, para quienes piensan que están en juego otros valores que se encuentran en conflicto con el derecho a la vida y que el grado de afectación de éste es meramente hipotético, dependiendo de factores que no sólo no son susceptibles de demostración, sino también de la tesis que se considere admisible en punto al nacimiento de la personalidad, se verán inclinados por una solución de signo opuesto y sostendrán que mientras no exista una duda razonable acerca del efecto abortivo de ciertos fármacos y procedimientos, debe admitirse la legitimidad y constitucionalidad de las normas que permiten su uso. Y que, por consiguiente, son quienes afirman la existencia de ese efecto abortivo los deben demostrarlo. Especialmente si está involucrada una conducta tipificada como delictiva.

A lo cual puede agregarse el principio de legitimidad (legalidad o constitucionalidad) *prima facie* de las normas⁽⁴⁷⁾.

(45) De algún modo se está aplicando la tesis del peso específico de los principios y su jerarquización. Ver sobre el punto. Por una visión crítica de la tesis de la jerarquía de los principios, FINLANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ, 2002. p. 556 y ss. y la indicadas obras de Vigo.

(46) Ver p. 6 (II 3, n. 8).

(47) Ver nota 8.

8.a. La solución del conflicto mediante la ponderación

La solución del conflicto, requiere, a mi juicio, de la técnica de la ponderación⁽⁴⁸⁾, que se traduce, en definitiva, en hacer un balance entre las ventajas e inconvenientes que cierta normativa tiene en relación a los derechos en conflicto.

Como enseña Alexy⁽⁴⁹⁾, el “núcleo de la ponderación está constituido por una relación que, cuando se trata de derechos fundamentales... puede ser descripta como el nexo “entre la intensidad de la intervención y el peso de las razones que la justifican”.

La fórmula sería del tipo “cuanto mayor... tanto mayor”, la cual comprendería tanto los derechos de defensa con los de protección y que según el autor alemán podría enunciarse así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Para ello, será necesario considerar una escala, que si bien puede tener cualquier número de rangos, con un mínimo de dos (leve y grave), Alexy sugiere, que sea de tres rangos: leve, medio y grave, por su practicidad y por ser la que, a su juicio, “se acompasa bien con el quehacer cotidiano de las instituciones y de la práctica jurídica”⁽⁵⁰⁾.

8.b. La ponderación en el caso concreto

En el caso concreto la cuestión se plantea básicamente en estos términos: en qué medida, la protección, la tutela de los derechos de la mujer, como la libertad y en particular la libertad sexual, el derecho a decidir sobre la procreación y genéricamente, el derecho a decidir acerca de su propio proyecto de vida así como las razones de salud pública resultarían afectados por una medida que impidiera el uso de fármacos como el levonorgestrel o el DIU (utilizando esa droga); y si el grado de insatis-

(48) Reconozco de todos modos, que no resulta fácil mantenerse dentro del ámbito del razonamiento en este tipo de problemas como lo confesaba nuestro gran filósofo Vaz Ferreira en ocasión de discutirse sobre el aborto en el parlamento: “yo no puedo razonar ni discutir razones sobre nada que afecte la vida humana”. VAZ FERREIRA, Carlos. *Incidentalmente: algunas cartas, discursos y notas*. Montevideo: Cámara de Representantes de a República Oriental del Uruguay, 1957. t. 18, p. 55.

(49) ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 65. La ponderación, que se expone en los términos más básicos, plantea no pocos problemas que naturalmente no es posible considerar en este estudio. Sobre ella existen numerosos *opus* (algunos de los cuales tienen un sentido crítico) entre los cuales puede mencionarse el enjundioso estudio de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, el cual (aunque no siempre sean compartibles sus ideas) tiene una interesante bibliografía sobre el tema y en particular hace extensa mención de la brasileña.

(50) ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 65 y ss.

facción de esos derechos e intereses es mayor o menor que el de la utilidad que la misma tiene para tutelar el derecho a la vida del embrión.

Pues bien, no es cuestionable que la medida indicada en menor grado que otras más radicales (como las que penalizan el aborto), afecta los referidos derechos, principios e intereses de la mujer y de la sociedad.

En cuanto al grado de la afectación, se la puede calificar de media (sin perjuicio que, más de una vez, en el caso concreto, será seguramente alta).

Por otro lado, se trata de determinar cuál es el grado de satisfacción del derecho a la vida del embrión que la medida tiene, o lo que es la otra cara de la misma moneda qué grado de afectación sufriría ese derecho si la medida no se adoptara.

Para quienes sostienen que la personalidad se adquiere con la concepción (entendida como singamia) y consideran que hay un alto grado de posibilidad de que los fármacos y procedimientos referidos produzcan efectos antianidatorios, la afectación será alta.

Por lo cual la conclusión a la que habrán de llegar es la de que, en este caso, deberán considerarse inaceptables (en la especie, inconstitucionales) las normas que permitan su uso.

En las antípodas, para quienes la personalidad surge con la anidación (y con más razón todavía para los afirman que nace en un momento ulterior), no hay afectación del derecho a la vida de la persona y por lo tanto no habría obstáculos constitucionales para normas que admitan su empleo.

En una situación intermedia, de más difícil solución, se encuentra la posición de quienes sostienen, como ocurre con la primera hipótesis, que la personalidad surge en el momento de la concepción pero que (y en esto radica la diferencia con la segunda) entienden que no está demostrado (y ni siquiera es probable) que el empleo del levonorgestrel, solo o combinado con el etinil-estradiol (método de Yuzpe) o del DIU (con suministro de fármacos de ese tipo), pueda tener efectos antianidatorios.

En esta hipótesis, lo que ocurre, como se señalara, es que en ausencia de demostración de la existencia de nexo causal, entre el uso de dichos fármacos y el efecto antianidatorio, a lo más podrá hablarse de pérdida de una chance.

Y para algunos, incluso, siendo el grado de probabilidad muy escaso, esa pérdida de chance tendrá una entidad aún menor.

Por lo cual, en la especie, puede sostenerse que el grado de afectación de las normas permisivas sobre el derecho a la vida del embrión, luego de la fecundación y antes de la anidación, es de leve a media.

En cuyo caso, aunque ya no de una manera tan clara, la balanza podría inclinarse por la admisibilidad de las normas permisivas de los fármacos y procedimientos cuestionados.

Esta es seguramente la tesis del Ministerio de Salud Pública uruguayo. Para confirmarlo, basta con señalar: a) Ha publicado una guía para la salud sexual de la mujer, en el año 2005, en la que se hace específica referencia al levonorgestrel ya sea solo o combinado con el etinil-estradiol, ubicándolos entre los métodos anticonceptivos de emergencia, y excluyendo específicamente que puedan tener efectos abortivos: *“Se puede afirmar que las PAE no alteran el endometrio ni impiden la implantación. Esto se ha podido confirmar a través de estudios sobre el estado del endometrio en mujeres y hembras de animales sometidas a las PAE y además porque aproximadamente uno de cada 10 embarazos que se espera que ocurran después de un coito no protegido en el periodo fértil, ocurren a pesar del uso de la PAE. Por esto se puede afirmar que: Las PAE no interrumpen un embarazo establecido ni causan un aborto.”* Complementariamente, el 3 de marzo de 2008, dicho Ministerio (en su página web) informa que uno de sus logros importantes ha sido **“La posibilidad de colocación gratuita del dispositivo intrauterino (DIU) en centros de salud públicos y privados”** pues, **“pone al alcance de todas las mujeres del país una alternativa anticonceptiva. Constituye un paso más hacia la igualdad de derechos y oportunidades para la mujer y también, la posibilidad de decidir acerca de su maternidad. El lanzamiento de la campaña para la colocación gratuita del DIU (dispositivo intra uterino) constituye un paso más hacia la igualdad de derechos y oportunidades, en lo relativo a la salud sexual y reproductiva de las mujeres.”**

Quizás pueda objetarse la falta de una referencia más detallada a la información relativa a la posición científica contraria, especialmente si se considera la situación de las personas para las cuales el uso de los fármacos y procedimientos cuestionados y sus efectos, involucran cuestiones morales y religiosas (como ocurriría para las que profesan la religión católica, ya que es por cierto ampliamente reconocida la posición de la Iglesia contraria a la llamada píldora del día después).

9. La consideración global del tema. Síntesis

A manera de síntesis, pueden relevarse las siguientes constataciones:

- a) En primer lugar, no se sabe con certeza si fármacos como el levonorgestrel tienen un efecto antianidatorio.
- b) La cuestión del comienzo de la personalidad sigue estando en debate y quienes sostienen que se inicia con la implantación no dejan de tener importantes razones (que se ven sobre todo en el funcionamiento práctico de esta teoría como hubo ocasión de ver) y todo indica que el levonorgestrel no tiene ninguna incidencia sobre el concebido después de su implantación.
- c) En tercer lugar, no sólo no está probado que tal fármaco incide impidiendo la implantación, sino que su finalidad (y su eficacia) es funda-

mental (y para algunos) exclusivamente, anticonceptiva. Y el efecto de impedir la concepción, claramente, no es abortivo, ya que antes de ese momento (y en esto no parece razonable ninguna discusión científica), no hay todavía un nuevo ser, un individuo distinto a su madre y a los demás.

d) Si las consideraciones que preceden son exactas, la cuestión de la pérdida de una chance de implantación (que no es, además, de mayor probabilidad de realización), no parece razonable plantearla del mismo modo y con el mismo alcance que la del aborto, que supone la privación del derecho a nacer, o, más crudamente, la eliminación de un ser, el concebido, que tiene todos los elementos necesarios para identificarlo como un ser humano dotado de su propia identidad genética .

Tanto no lo es que incluso en países como el nuestro en los que se penaliza el aborto, se admite la legitimidad del uso de los fármacos y procedimientos cuestionados.

e) Tal cuestión se plantea en el marco de un conflicto entre el derecho a la vida del concebido y ciertos derechos de la mujer (como el de la libertad sexual y de decidir sobre la procreación) y de la sociedad (como lo son los intereses de la salud pública).

f) El adecuado planteo del problema en análisis lleva a decidir la cuestión utilizando, como sucede cada vez que se encuentran en conflicto derechos fundamentales y principios (entendidos según dice Alexy, como mandatos de optimización), la técnica de la ponderación.

g) Finalmente, puede ocurrir que, aún recurriendo a la ponderación, no se obtenga como resultado una solución incontrovertible desde el punto de vista jurídico. Lo cual no es sorprendente, pues como lo demostrara *Kelsen*, la interpretación de una norma, no conduce siempre a un único resultado.

Y será en ese caso el juez (como ocurrió en la especie estudiada) quien, mediante un acto de voluntad elegirá la que considere la mejor solución⁽⁵¹⁾.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADIE SANTOS, Horacio. *La impunidad del aborto consensual*. Montevideo: Larre & Cía, 1935.

ABORTO en debate. Dilemas y desafíos del Uruguay democrático. Disponible en: <www.leyaborto.org/esp/publicaciones/libros.php>.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

(51) Es la misma solución a la que llega Alexy para el caso de empate, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit., p. 72.

_____. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AREZO PÍRIZ, Enrique. El comienzo de la personalidad en el derecho positivo Uruguayo. *Revista Jurídica Estudiantil*, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdiccional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BLENGIO, Juan. La autonomía de la voluntad y sus límites: su coordinación con el principio de igualdad. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 27, 1997.

BUOMPADRE, Jorge. *Derecho penal: parte especial*. Buenos Aires: Ed. Mario A. Viera, 2000. t. 1.

CASSINELLI MUÑOZ, H. Protección en el goce de bienes fundamentales y acción de amparo. *Revista Colegio de Abogados del Uruguay*, t. 36, nov. 1993.

CESTAU, Saúl. *D. civil: primer curso*. Apuntes de clase, 1966.

DEL CAMPO, Francisco. *Personas*. Montevideo: Medina, 1962.

DELPIAZZO, Carlos E. *Dignidad humana y derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2001.

DÍAZ SIERRA, Ma. Del Carmen. *Personas*, de Cestau, Saúl D. 4. ed. Montevideo: FCU, 1997. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Interpretación constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis; Abeledo-Perrot, 2004.

_____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

FACULTAD de Derecho. Universidad de Chile. Disponible en: <www.derecho.uchile.cl/cej/actualidad/otro/Sentencia_Constitucional%20Sobre%20la%20Pildora%20del%20Dia..>.

FERRAJOLI, Luigi. La questione del embrione tra diritto e morale. *Politeia*, n. 65, 2002.

FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ, 2002.

GAMARRA, Jorge. *Responsabilidad civil médica*. 2. ed. Montevideo: FCU, 2001.

GAMARRA, Jorge; BLENGIO Juan E. *Tratado de derecho civil Uruguayo*. Montevideo: FCU, 2000. t. 10.

GARCÍA DÍAZ, Fernando. Concepción e inicio del individuo humano. *Bioética & Debat*. Disponible en: <<http://www.bioetica-debat.org/modules/news/articles>>.

GATTI, Hugo E. *Personas*. Montevideo: Acali, 1977. t. 1.

- GOROSITO ZULUAGA, Ricardo. El derecho a la vida, su protección constitucional. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. 11, n. 62, ago./set. 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 5. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1962.
- LANZIANO, Wáshington. *Derechos humanos*. Montevideo, 1998.
- _____. *El aborto y el derecho a la vida*. Montevideo: FCU, 2003.
- MANZONI RUBIO, Luis B. Constitución y aborto. *Revista de Derecho Público*, Año 13, n. 26, 2004, p. 81e ss.
- ORDOQUI, Gustavo. Protección de los derechos del concebido. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia, Tomo 5*, 1990, p. 137 e ss.
- ORDOQUI, Gustavo y otros. Derecho de familia y genética, ciclo de conferencias", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1990.
- QUINTÍN, Alfonsín. Sobre la existencia de las personas en derecho privado internacional. In: *Estudios Jurídicos en memoria de Juan José de Amézaga*. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1958.
- RAMÓN REAL, Alberto. *Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya: vigencia de la estimativa iusnaturalista*. Montevideo: Ed. Librería Juan A. Peri, 1958.
- RISSO FERRAND, Martín. Síntesis de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en el Uruguay. *Revista de Derecho Constitucional y Político*, t. 12, n. 67/71, jun. 1995, mar. 1996.
- SÁNCHEZ FONTÁNS. *Capacidad y legitimación*. Montevideo, 1953.
- VAN ROMPAEY, Leslie. Hacia una jurisprudencia principialista. *Revista de Derecho de la Universidad Católica*, v. 6, 2004.
- _____. Reflexiones sobre los principios generales de derecho. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. 30, año 2000.
- VARELA, Juan Alberto. *Derecho de familia y genética*. Montevideo: FCU, 1990.
- VAZ FERREIRA, Carlos. *Incidentalmente: algunas cartas, discursos y notas*. Montevideo: Cámara de Representantes de a República Oriental del Uruguay, 1957. t. 18.
- _____. *Tratado de las sucesiones*. Montevideo, 1988. t. 1, v. 2.
- VIGO, Rodolfo. *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- YGLESIAS PEROLO, Arturo. Sobre la personalidad, su inicio y su fin. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, n. 10, 1995.