

UNIVERSIDAD DE CHILE.
FACULTAD DE DERECHO
MEMORIA FORENSE PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES.

“EL TERCER NIVEL DE PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO A LA VIDA”

PROFESOR GUÍA: JUAN BUSTOS RAMÍREZ.
MEMORISTAS:
MARCELA VALENZUELA RODRÍGUEZ.
GONZALO MARKS VEGA.
AÑO 2005.

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN. . . | 1 |
| CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTOS PRELIMINARES. . . | 3 |
| 1) ETAPAS DEL DESARROLLO EMBRIONARIO. . . | 3 |
| 1.1) Primera etapa: Gameto - Fecundación - Cigoto . | 3 |
| 1.2) Segunda etapa: Cigoto - Mórula - Blastocisto - Anidación . | 4 |
| 1.3) Tercera etapa: Anidación - Feto . | 4 |
| 1.4) Cuarta etapa: Feto - Nacimiento . | 4 |
| 2) LOS NIVELES DE PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA HUMANA. . . | 5 |
| 2.1) Cronología del Proceso de Gestación de la Vida Humana. . | 5 |
| 2.2) Niveles de Protección de la Vida Humana. Aspectos Generales. . | 5 |
| 2.3) Fundamentos de Protección penal de la vida del embrión anidado. . | 7 |
| 2.4) Consecuencias de establecer como hito el criterio de la anidación. . | 9 |
| 2.5) Tercer Nivel de protección penal de la vida humana y fecundación asistida. . | 9 |
| 3) COMIENZO DE LA VIDA HUMANA. . . | 10 |
| 3.1) Teorías sobre el comienzo de la vida humana. . . | 10 |
| 3.2) Un debate terminológico: Pre-embrión versus Embrión Pre-implantatorio. . | 12 |
| 3.3) Criterios legales para establecer el comienzo de la vida humana. . | 12 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: ¿SE PROTEGE LA VIDA DEL EMBRIÓN ANTES DE LA ANIDACIÓN? TEMAS DE DISCUSIÓN: MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS, EMBARAZO TUBARIO, MANIPULACIÓN GENÉTICA. . . | 17 |
| 1) PROTECCIÓN DE LA VIDA EN EL TERCER NIVEL. . . | 17 |
| 1.1) Primera Postura: En el tercer nivel del derecho a la vida, hay protección. . | 17 |
| 1.2) Segunda Postura: Licitud de la manipulación del cigoto en este tercer nivel del derecho a la vida o desprotección de la vida en el tercer nivel. . | 18 |
| 2) MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS. . . | 21 |
| 2.1) Introducción. . . | 21 |
| 2.2) Clasificación de los métodos anticonceptivos: . | 21 |

| | |
|--|-----------|
| 2.3) Efectos abortivos de algunos anticonceptivos . . . | 26 |
| 3) EMBARAZO ECTÓPICO . . . | 28 |
| 3.1) Introducción: . . . | 28 |
| 3.2) Concepto. . . | 28 |
| 3.3) Clasificación: . . . | 29 |
| 3.4) Intervención Quirúrgica: . . . | 29 |
| 4) MANIPULACIÓN GENÉTICA. . . | 30 |
| 4.1) La ingeniería genética. . . | 30 |
| 4.2) La Clonación. . . | 30 |
| 4.3) Opiniones a favor y en contra de la clonación humana por parte de la comunidad científica. . . | 31 |
| 4.4) Problemas éticos y bioéticos de la Clonación . . . | 34 |
| 4.5). La opinión de la Iglesia Católica. . . | 35 |
| CAPÍTULO TERCERO: LEGISLACIÓN. . . | 37 |
| 1) NORMATIVA REFERENTE AL ABORTO. . . | 37 |
| 1.1) El aborto en la legislación penal chilena. . . | 37 |
| 1.2) Doctrina. . . | 41 |
| 1.3) En Argentina. . . | 43 |
| 1.4) En Alemania. . . | 45 |
| 1.5) Conferencia Mundial de Derechos Humanos . . . | 45 |
| 1.6) Conferencia Mundial de Población de Bucarest: . . . | 45 |
| 1.8) Chile, Proyecto de Ley BOLETÍN NÚMERO 2608-11 . . . | 46 |
| 2) Normativa referente a la Manipulación Genética: Declaraciones y Normativas Internacionales y Nacionales. . . | 49 |
| 2.1) Normativas Internacionales. . . | 49 |
| 2.2) NORMATIVAS NACIONALES, PROYECTOS DE LEY QUE CONTIENEN NORMAS REFERENTES A MANIPULACIÓN GENÉTICA: . . . | 51 |
| CAPÍTULO CUARTO: DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA . . . | 57 |
| 1.- GENERALIDADES . . . | 57 |
| 2.- CASO ROE CONTRA WADE, ESTADOS UNIDOS. . . | 58 |

| | |
|---|------------|
| 2.1.- Comentario del caso . . . | 62 |
| 3.- JURISPRUDENCIA CHILENA. . . | 63 |
| 3.1.- Caso de la píldora “Postinal” . . . | 64 |
| 3.2.- Caso de la píldora “Postinor 2” . . . | 66 |
| CONCLUSIONES: . | 71 |
| ANEXOS . | 75 |
| ANEXO 1 . . . | 75 |
| ANEXO 2 . . . | 76 |
| ANEXO 3 . | 78 |
| ANEXO 4 . | 82 |
| ANEXO 6 . | 106 |
| ANEXO 7 . | 114 |
| BIBLIOGRAFÍA. . . | 119 |

INTRODUCCIÓN.

El siguiente trabajo trata sobre el tercer nivel de protección del derecho a la vida, esto es, la discusión doctrinaria sobre si el legislador debe o no dar protección al cigoto desde el día uno, contado desde el momento de la fecundación, hasta el día catorce en que se produce la anidación, y en caso de que sea afirmativo, basándose en qué normas y en qué principios.

Para adentrarnos en el estudio del tema, daremos algunas nociones acerca de la doctrina que divide la protección del derecho a la vida en niveles, doctrina en la cual nos basamos para esta memoria y que distingue entre el primer nivel de protección del derecho a la vida, que dice relación con la vida de las personas que tienen existencia real y que positivamente se protege a través de las distintas figuras del delito de homicidio; el segundo nivel de protección del derecho a la vida, que protege la vida del que está por nacer (que en nuestro país tiene consagración constitucional) y que se protege a través de las distintas hipótesis de aborto; y por último, el tercer nivel de protección del derecho a la vida, nivel más discutido y en tela de juicio sobre si existe o no como nivel de protección independiente, y que dicho sea de paso da nombre a nuestra memoria.

Posteriormente daremos ciertas nociones biológicas de las distintas etapas embrionarias, adentrándonos necesariamente en el campo de la bioética a través de interrogantes como ¿cuándo comienza la vida humana?, tratando de responder a esa interrogante tanto desde un punto de vista científico como legal, incluyendo las normas civiles que circulan al respecto; y extendiéndonos a los procesos que ocurren incluso antes del nacimiento, como los límites entre las distintas fases del desarrollo embrionario

y el comienzo de la existencia natural.

Ya teniendo claro ciertos conceptos preliminares tratados en el capítulo primero, daremos a conocer las dos principales corrientes de pensamiento en relación a si se debe o no proteger el derecho a la vida en este tercer nivel, en virtud de la existencia de un bien jurídico tutelable, planteando los argumentos jurídico-penales y político-criminales a favor de una y otra teoría.

El estudio de esta materia no estaría del todo completo si no analizamos situaciones reales que se vean afectadas por el llamado tercer nivel de protección del derecho a la vida y sus eventuales sanciones en caso de infracción, en especial los casos de embarazo tubario, métodos anticonceptivos antianidatorios, fecundación in vitro, manipulación genética y la píldora del día después, deteniéndonos en este punto debido a la contingencia que tiene este método en la actualidad, discusión vigente tanto en el campo jurídico como en el científico, religioso e incluso en cuanto a las políticas públicas aplicables.

Ambos temas serán tratados en el segundo capítulo de este trabajo.

En el capítulo tercero revisaremos la legislación aplicable para estos casos, tanto en Chile como en derecho comparado y los conflictos que se producen por la no coincidencia entre las distintas normas, dividiendo el análisis en la legislación referente al aborto y deteniéndonos especialmente en la legislación (o proyectos de legislación) relativas a la manipulación genética.

En el cuarto capítulo analizaremos cómo ha resuelto la jurisprudencia las distintas opiniones que existen al respecto, limitándonos solamente a los casos relacionados con la píldora del día después y el aborto, puesto que para los casos de manipulación genética, no contamos con jurisprudencia.

Para finalizar hemos dejado un capítulo de conclusiones, que más que tratar de dar respuesta a preguntas desentrañables y a debates históricos que carecen de soluciones absolutas, propondremos aún más cuestionamientos teniendo en cuenta que son éstos los que, en definitiva, sustentan el campo del conocimiento.

CAPÍTULO PRIMERO: CONCEPTOS PRELIMINARES.

1) ETAPAS DEL DESARROLLO EMBRIONARIO.

El ciclo biológico embrionario comienza con la fecundación del espermatozoide con el óvulo, esta célula única formada por la fusión de estos dos gametos se denomina cigoto. Este cigoto después de desarrollarse y de dar lugar a un individuo adulto alcanzará a su vez madurez sexual produciendo gametos, dando otra vez origen al ciclo de la reproducción humana. En este proceso de gestación se diferencian cuatro etapas que al ser embriológica y genéticamente diferentes entre sí, generan cuestiones ético-jurídicas dignas de discusión. Las etapas o fases a que nos referimos son las siguientes:

1.1) Primera etapa: Gameto - Fecundación - Cigoto

En esta primera fase se produce el primer cambio estructural, ya que de dos realidades y unidades distintas (gametos masculino y femenino) se constituye una realidad nueva (el cigoto). Aún cuando existe esta mutación es importante precisar que todo proceso biológico es continuo y, por lo tanto, no se puede hablar con propiedad de un antes y un

después, es más, todas estas fases responden más bien a divisiones de carácter pedagógico. La corriente que piensa que el comienzo de la vida es posterior a la fecundación se basa en que este momento es imposible de determinar, ya que no puede precisarse cuando exactamente existe el cigoto, pues la fecundación constituye un largo y complejo proceso desde que después de traspasar la zona pelúcida que cubre al ovocito, entra el espermatozoide en el citoplasma de la célula femenina liberando en él su núcleo haploide, hasta que se fusionan los dos pronúcleos.

1.2) Segunda etapa: Cigoto - Mórula - Blastocisto - Anidación

En esta segunda etapa, el huevo fecundado en la parte superior de las trompas de Falopio inicia su tránsito hacia el útero a la vez que se va dividiendo. Al cabo de tres o cuatro días llega a éste. A la semana de la fecundación, el embrión, ya en etapa de blastocisto, se empieza a fijar en las paredes del útero, demorando una semana aproximadamente en terminar de anidarse. Se ha concluido por los expertos que, en general, la anidación concluye unas dos semanas (catorce días) después de la fecundación. La anidación dentro del proceso biológico, es de tal importancia que, debido al gran porcentaje de embriones fecundados que no llegan a esta fase, no sería posible el diagnóstico clínico de un embarazo antes de ésta. Es también importante en relación al estatuto del embrión, puesto que se discute la individualización de un nuevo ser, ya que hasta esta etapa se permiten técnicas de manipulación de embriones, reproducción asistida y la utilización de métodos anticonceptivos interceptivos que trataremos en el segundo capítulo de este trabajo.

1.3) Tercera etapa: Anidación - Feto

Al comienzo de esta etapa se produce la gástrula (del día quince al dieciocho), distinguiéndose las tres capas germinales primitivas (ectodermo, mesodermo y endodermo) de las que derivarán los tejidos y órganos del futuro organismo. Durante la gastrulación, el ectodermo da lugar al tejido de la placa neural que más tarde se repliega para formar la cuerda espinal y el cerebro. Continúa el desarrollo del embrión de tal manera que, *al final de la cuarta semana se puede afirmar que ya ha adquirido las características del nuevo ser, pues representa un sistema en el que empieza a estar definido, aunque sea de forma inicial, el término: el ser nacido. Al final de la octava semana la diferenciación del “sistema como sistema” ha terminado, dando lugar al desarrollo fetal: el embrión es reconocible como ser humano*¹.

1.4) Cuarta etapa: Feto - Nacimiento

A partir de la tercera y cuarta fase se produce el desarrollo fetal, desde el tercer al noveno

¹ Carlos Alonso Bedate, La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas. Federación Internacional de Universidades Católicas, Univ. Pontif. Comillas, Madrid, páginas 57-81, 1989. En www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/index.html

mes que es cuando, la mayoría de las veces, se produce el nacimiento del nuevo ser.

El tema del que trata este trabajo nos sitúa en la segunda etapa descrita anteriormente hasta antes de la anidación y los distintos problemas que surgen al respecto.

2) LOS NIVELES DE PROTECCIÓN PENAL DE LA VIDA HUMANA.

2.1) Cronología del Proceso de Gestación de la Vida Humana.

Teniendo claro las etapas del desarrollo embrionario, es necesario identificar la ocurrencia de ciertos hitos de importancia que ocurren en dichas etapas, ya que cada nivel de protección del derecho a la vida que analizaremos más adelante, incide en una etapa distinta de ese proceso.

El tiempo cero de esta cronología corresponde a la concepción o fecundación, sin que se pueda precisar el momento en que ésta ocurre, ya que como dijimos se trata de un proceso complejo que puede darse al fusionarse las membranas de los gametos, o bien al momento de la fusión de los núcleos (alrededor de veinticuatro horas más tarde). A partir de aquí, tenemos como criterios cronológicos relevantes los siguientes:

La individuación: evolución del cigoto a un ser con unidad y unicidad que se produce cuando aparece la hendidura neural, ya que es aquí donde se provoca la especificación celular.

La anidación: también es un proceso complejo y se produce cuando se implanta el embrión en el útero. Esto sucede en el transcurso de la segunda semana, este proceso se ha fijado convencionalmente en el día catorce, después de la fecundación.

Surgimiento de la actividad cardíaca y funcionamiento del sistema circulatorio: que se produce entre la tercera y cuarta semana.

Funcionamiento del sistema nervioso y aparición de actividad cerebral: esto se produce con la llegada del tercer mes y el embrión pasa a denominarse feto.

El parto o nacimiento: Que representa la culminación de un proceso individual de gestación.

2.2) Niveles de Protección de la Vida Humana. Aspectos Generales.

Doctrinariamente se han distinguido distintos niveles de protección penal de la vida humana, así existe un primer nivel que empieza con el nacimiento. Para esto, debemos establecer cuándo se produce el paso de la vida dependiente (tutelada por el delito de aborto, consagrado en los artículos 342 y siguientes del Código Penal Chileno) a la vida

de la persona independiente (tutelada por el delito de homicidio, consagrado en los artículos 390 y siguientes del Código Penal Chileno), que en el derecho penal está determinado por el parto, ya que después de este fenómeno fisiológico encontramos la figura delictiva del infanticidio (uno de los tipos de homicidio) como resultado de atentar contra la vida de una persona en su primer nivel de protección. Siguiendo con este razonamiento, llegamos a la conclusión que el primer nivel de protección empieza con el parto y a su vez, éste constituye el límite máximo del segundo nivel de protección, ya que el ataque a la criatura antes o durante el parto sería sancionado con el delito de aborto, lo que se explicará más adelante. Sin embargo, lo más complicado es fijar el umbral mínimo del segundo nivel de protección del derecho a la vida, no existiendo coincidencia en este límite, ya que para algunos autores, el único límite mínimo de protección sería el momento de la fecundación, por lo que no cabría distinguir este tercer nivel de protección del derecho a la vida, el que quedaría incluido por el segundo, aplicando las mismas sanciones a los atentados que se cometan contra el producto de la concepción, en cualquiera de sus etapas, reservando este nivel de protección para castigar manipulaciones genéticas; pero para otros autores, que admiten la existencia del tercer nivel de protección, dicho límite sería el momento de la implantación o anidación del huevo en el útero, que antiguamente demarcaba el ámbito de lo punible, pero que hoy en día, a raíz del surgimiento de un nuevo nivel de protección en virtud de la aparición de la legislación especial sobre protección del embrión, ha pasado a demarcar los ámbitos de protección entre el segundo y el tercer nivel, estableciendo que este tercer nivel de protección comprende el tiempo que va entre la fecundación hasta la anidación, no siendo susceptible este nivel de tutela jurídica debido a diversas consideraciones que trataremos con más profundidad en el siguiente capítulo.

Coincidente con esto, para la corriente que establece que el segundo nivel de protección del derecho a la vida empieza con el proceso de la fecundación, desde esta etapa existiría objeto jurídico susceptible de ser protegido con la figura típica del aborto, y por ende, métodos anticonceptivos antianidatorios serían abortivos, y por lo tanto, la utilización de ellos, una conducta punible.

2.2.1) Primer Nivel de Protección del Derecho a la Vida: ²

Se extiende desde el parto hasta la muerte, que corresponde a los delitos de homicidio caracterizados como ataques a la vida humana independiente, el límite entre el primer y segundo nivel se encuentra en el parto, que es el proceso fisiológico de expulsión de la criatura. La importancia de este nivel radica en que corresponde al nivel más intenso de protección, por cuanto a él pertenecen las sanciones más elevadas (cinco años y un día a quince años para los delitos de infanticidio y homicidio simple y hasta presidio perpetuo para el caso del parricidio), desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva, este nivel admite sanciones a ataques imprudentes (culposos) y es el único nivel que además de

² En esta parte de la investigación, nos basamos en separata de estudios de la Cátedra de Derecho Penal, parte especial del Profesor de la Universidad de Chile, Antonio Bascañán Rodríguez, quien en esta parte a su vez, cita a Hans Luttger, Medicina y Derecho Penal, *La nueva distinción entre anticonceptivos y aborto desde el punto de vista biológico y jurídico-penal*, Madrid, 1984.

proteger la vida, protege la integridad personal del ser humano (distintos supuestos del delito de lesiones)

2.2.2) Segundo Nivel de Protección del Derecho a la Vida:

Para la mayoría de la doctrina, se extiende desde la anidación hasta el parto, y es protegido con los distintos supuestos del delito de aborto, que es el atentado a la vida humana dependiente. En Chile, la protección del derecho a la vida en este nivel es absoluta, no existiendo autorización para provocar aborto bajo ninguna circunstancia luego de la derogación del aborto terapéutico como indicación existente en nuestra legislación que consagraba el antiguo artículo 119 del Código Sanitario Chileno. De esta absolutez de protección, que emana del mandato constitucional, deriva el pensamiento de la doctrina que rechaza el uso de anticonceptivos antianidatorios.

2.2.3) Tercer Nivel de Protección del Derecho a la Vida:

Se extiende desde la fecundación hasta la anidación o implantación en el útero de la mujer. Desde el punto de vista de la vida humana, los ataques en este nivel no son sancionados, cuestión que plantea una fanática resistencia por parte de algún sector de la doctrina. La falta de sanción en estos casos, se debe principalmente a la imposibilidad de aplicar sanciones a eventuales ilícitos que hasta la fecha y de acuerdo al actual estado del conocimiento científico, no pueden ser probados como delitos, lo que desde el punto de vista del derecho penal, y aplicando principios penales como el de última ratio, certeza, in dubio pro reo, tornan injustificado cualquier tipo de represión estatal ante estos eventuales ataques al derecho a la vida. Sin embargo, la importancia de la creación de este tercer nivel de protección del derecho a la vida, radica en la aparición de los delitos surgidos de la regulación de la fecundación asistida y eventuales modificaciones genéticas ilícitas.

2.3) Fundamentos de Protección penal de la vida del embrión anidado.

Como hemos señalado anteriormente, se ha fijado convencionalmente el día catorce contado desde la gestación el hito de la anidación y, que, a su vez constituye el límite entre el tercer y el segundo nivel de protección del derecho a la vida. Este proceso de anidación o implantación del embrión en el útero de la mujer (siempre y cuando el embrión se encuentre dentro del útero de la mujer) marca para la doctrina mayoritaria, el umbral mínimo de protección del derecho penal, ya que se brinda protección a la vida humana anidada y no se otorga en el tiempo que media entre la concepción y la anidación, esto es desde el día cero hasta el día catorce del proceso gestacional. Para comprender este hecho, se han dado diversos fundamentos que obedecen principalmente a tres órdenes de respuestas, que a continuación se explican:

2.3.1) Argumento Hermenéutico:

Este fundamento se basa en el principio de legalidad, que es un principio fundante del derecho penal y, a su vez un límite del ius puniendi estatal. Se debe constatar un embarazo para la regulación del aborto, *en el Código Penal Chileno se hace manifiesto este principio ya que el aborto cometido por un tercero puede serlo con o sin el consentimiento de la mujer embarazada, o bien realizado mediante violencias en la persona embarazada, pero siempre presupone la existencia de un embarazo, de una simbiosis más o menos estable del cuerpo de la mujer y el cuerpo del producto de la concepción, y puesto que, esta relación más o menos estable se produce con la anidación del embrión en el útero de la mujer, es que la anidación constituye un presupuesto del delito de aborto.*³

2.3.2) Argumento Ontológico.

Este es el argumento más controvertido biológica y metafísicamente. Conforme a este argumento, la protección penal de la vida humana requiere una relación con un ser humano individual, ya que el derecho no protege la vida como fenómeno sino como atributo o propiedad de un individuo de la especie humana y, desde este punto de vista, el objeto protegible o tutelable por el Derecho Penal debe ser la vida de un ser humano vivo e individualizable. La individualidad del ser humano no se produce con la constitución de un nuevo código genético, sino que debe existir una especificación, una expresión de este fenómeno no se producirá antes del día catorce, ya que es en este momento cuando el cigoto no se dividirá ni se fusionará más y, en definitiva, se puede conocer el número de seres humanos que se originarán. Hay quienes sostienen que la diferencia metafísica no necesariamente va de la mano con una diferenciación biológica, ya que el ser humano en una etapa primigenia comparte propiedades con otras especies y esto no significa que no sea un ser que pertenece a la especie humana.

2.3.3) Argumentos Político-criminales.

Antes de la anidación la vida es incierta, puesto que sólo la mitad de los cigotos concebidos llega a esta fase, el resto es eliminado corporalmente. *Un juicio de imputación objetiva a la acción deliberada encaminada a expulsar el cigoto es inviable, ya que no se puede comprobar la existencia de un cigoto no anidado, debido a dicha incertidumbre y a las dificultades probatorias para aseverar la existencia del cigoto se llegaría a la absolución, o a lo más a calificar de una tentativa idónea, en virtud de la aplicación del principio indubio pro reo y una infracción manifiesta de la prohibición de exceso que se deduce del principio de proporcionalidad.*⁴

Por lo dicho anteriormente, para la doctrina alemana el hito de la anidación corresponde al umbral mínimo del segundo nivel de protección penal de la vida y, éste se protege a través de la figura del aborto, este criterio recibió, debido al consenso que se

³ Separata “Introducción a los delitos contra la vida humana”, Cátedra de Derecho Penal II, parte especial, Universidad de Chile, profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, año 1999, página 43.

⁴ Separata “Introducción a los delitos contra la vida humana”, Cátedra de Derecho Penal II, parte especial, Universidad de Chile, profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, año 2004, página 56.

produjo, consagración legal positiva en dicho país. En España, si bien no existe norma que consagre la anidación como cesura de este nivel de protección, también la doctrina está conteste en torno a este hecho. En Chile doctrinariamente se puede afirmar que, al igual que en España, se fija la implantación del huevo en el útero de la mujer como hito de nacimiento al segundo nivel de protección, pero la doctrina otorga protección al cigoto que se encuentra dentro del cuerpo de la mujer y no al cigoto localizado fuera de éste y que es producto de técnicas de reproducción asistida.

2.4) Consecuencias de establecer como hito el criterio de la anidación.

La importancia de fijar el corte del segundo nivel en el día catorce después de la fecundación, tiene grandes consecuencias para la ciencia médica, ya que incide en :

Casos de anidación ectópica (embarazo tubario) no serían un atentado a la vida dependiente, puesto que no existe embarazo en el sentido del delito de aborto y, al no ser así se puede interrumpir sin causal de justificación.

Los métodos anticonceptivos que impiden la anidación no son, por definición abortivos y, por lo tanto no se encuentran prohibidos.

2.5) Tercer Nivel de protección penal de la vida humana y fecundación asistida.

El tercer nivel de protección penal de la vida es un concepto reciente nacido en Alemania, y que surge debido a los avances tecnológicos en materia de fecundación asistida y a lo que se denomina derecho embrionario, que viene a regular las nuevas técnicas de reproducción humana. El 27 de Julio de 1978, en Cambridge nace Louise Joy Brown, primera persona concebida mediante la técnica de fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria (FIV/TE)

La FIV es una Técnica de Reproducción Asistida mediante la cual son puestos en contacto “ in Vitro” los óvulos y espermatozoides. Este método se utiliza principalmente cuando existe una causa mecánica que imposibilite la unión de los gametos como por ejemplo cuando los espermatozoides son deficientes para atravesar las barreras y llegar al útero o cuando existe ausencia u obstrucción de las trompas, endometriosis, etc.

La fertilización y los primeros estadios del desarrollo del embrión se efectúan en un medio de cultivo o cápsula acondicionada para ello (lugar específico, a 37° C, durante dos días).Luego son transferidos al útero materno para una fertilización natural y continuar con el desarrollo embrionario. Sabido es que, el derecho debe ir de la mano con la dinámica social y, desde este punto de vista, crear un marco regulatorio en torno a las técnicas de reproducción asistida se hace indispensable para fijar los límites de utilización de embriones humanos extracorporales y la experimentación con gametos o cigotos. Así ha nacido el denominado “Derecho Embrionario” encargado de regular los conflictos en torno a este tema y que veremos con más detalle en el tercer capítulo de esta memoria.

3) COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.

Teniendo claro los conceptos biológicos revisados anteriormente, y los lineamientos generales de la doctrina de los niveles de protección del derecho a la vida, nos adentraremos en el campo de la bioética, planteando la clásica y relevante pregunta acerca del momento en que comienza la vida humana, pregunta para la cual no hay sólo una respuesta, lo que da origen al primer debate, que a su vez nos adentrará en las distintas posturas relacionadas al tercer nivel de protección del derecho a la vida humana.

3.1) Teorías sobre el comienzo de la vida humana.

3.1.1) Teoría Concepcional:

Fundamento Metafísico: La concepción da origen al ser humano en cuanto persona, si bien esta característica es potencial y se desarrollará a lo largo del tiempo. La Iglesia Católica ha abandonado la observación sobre el momento de la animación, prefiriendo hablar de hominización y declarando que *el óvulo fecundado muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será el ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas*⁵

La unión de los gametos no predetermina necesariamente la formación de un nuevo ser, ya que como hemos explicado a lo largo de este trabajo, una parte importante (aproximadamente el cincuenta por ciento) de los cigotos son expulsados sin llegar a anidarse. Debido a esto, nos encontramos en la imposibilidad de determinar si se ha producido la concepción, la que sólo se podrá determinar posteriormente cuando se detecten los signos de un embarazo viable, *así podemos establecer que toda concepción viable tiene como presupuesto la constitución de un cigoto pero este fenómeno no es suficiente, ya que se requieren además otros elementos complementarios para la continuación de la gestación. Hay quienes afirman que la vida humana empieza en plenitud ontológica en el momento de la concepción*⁶.

La Potencialidad: *La potencialidad puede tener dos significados: la potencialidad general, que es el conjunto de posibilidades que se encuentran en la multiplicidad de los objetos eternos, y la potencialidad real, que está condicionada por los datos que provee el mundo actual*⁷.

⁵ Dans d' embryos. Le Comité National français d' ethique a donné son avis sur les das d'embryos. Medicine et Hygiene 1990; 1841: 1569-1573.

⁶ Marco Bach J: Fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVET) Cuadernos de Bioética 1990; 1: 25-39. En http://idd0073h.eresmas.net/public/artic07/texbio_1.html

⁷ The Ethics Comniteee: The Biologic characteristics of the preembryo. Fertility and Sterility 1986; 46: 26s-27s

*La potencialidad sólo puede ser razonablemente predicada de un ente realmente existente, es una causa eficiente real así como una causa final también real de llegar a ser aquello que se anuncia como potencial*⁸.

El ente potencial no tiene en sí valor sino en la medida que alberga la promesa de llegar a ser valioso. *Con frecuencia se ha rechazado la equivalencia de lo potencial con lo actual, señalando que si algo es potencialmente valioso, significa que actualmente aún no es ese algo valioso y por lo tanto no puede asumir el valor que aún no realiza*⁹. Tienen valor porque potencialmente pueden llegar a tenerlo, pero ese valor potencial no posee el mismo status axiológico que aquello en que eventualmente devendrá.

El concepto de persona: Si persona y ser humano fuesen sinónimos, el concepto de persona sería redundante (*todo individuo de la especie humana....*). lo que provocaría contradicciones con definiciones históricas que toman como concepto genético al ser humano y como distinción específica su racionalidad.

Biológicamente la formación del cigoto no permite establecer necesariamente una vida humana nueva ni es posible afirmar que persona es todo ente genéticamente humano, aún cuando sea unicelular. Es por esto que la teoría concepcional se apoya más que nada en una concepción metafísica. *La fundamentación del status moral pleno de todo conceptus humano se basa en un uso rígido y muy ad hoc de la argumentación desde lo potencial, que requiere ser modificada para reconocer un respeto ético menos robusto por el embrión que el correspondiente a todo ser humano*¹⁰

En Chile, el Doctor Horacio B. Croxatto, Presidente del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, en un informe en Marzo de 2001, sobre el comienzo de un nuevo individuo, establece que tanto en la especie humana como en otras especies animales cada nuevo individuo se forma por la fecundación (unión del espermatozoide con un óvulo). De esta unión se forma una célula única llamada cigoto. Si se parte de la base que el espermatozoide y el óvulo que se unieron eran humanos (ambos gametos), el cigoto resultante también lo es y la pregunta de ¿cuándo comienza la vida humana? no es pertinente, pues la vida humana no comienza, sólo continúa y sería más idóneo preguntarse ¿cuándo se puede decir que ya hay un nuevo individuo? . Si respondemos de manera simple, el individuo nuevo se inicia cuando ocurre la fecundación, y siguiendo con esta línea de razonamiento la pregunta siguiente es ¿cuándo ocurre la fecundación después de un coito? Durante aproximadamente seis días posteriores al coito los espermios pueden permanecer en el interior de la mujer en un estado capaz de fecundar. Si el coito ocurre cinco días antes de la ovulación, la fecundación ocurrirá al sexto día después del coito y si el coito ocurre el día de la ovulación, la fecundación puede ocurrir dentro de las siguientes veinticuatro horas, o sea, la fecundación puede ocurrir cualquier día comprendido entre el primero y el sexto día después del coito. Por lo

⁸ Suárez A: L'embryon est une personne si l'adult qui dort est une personne. *Medicine et Hygiene* 1990; 1864: 3458-3462.

⁹ López García G: Comienzo de la vida del ser humano. *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra* 1985, 2: 227-232

¹⁰ Marcuello AC, Torrents R, Barco MJ, López G, De la fuente F. Diferenciación Sexual y Reproducción III (fertilización y embriogénesis) *Acta Ginecológica* 1990, XLVIII, 79-82. 329

tanto, no todos los individuos inician su existencia al día siguiente de un coito.

En cuanto al criterio de la anidación, es en este momento en que el cuerpo de la mujer reconoce un nuevo individuo en desarrollo y reacciona frente a esta presencia. La Organización Mundial de la Salud considera que el embarazo comienza con la implantación y que es una condición de la mujer y no del ser en desarrollo, ya que las células que dan origen a la placenta secretan la hormona gonadotrofina coriónica humana que pasa a la sangre de la madre y actúa sobre el ovario impidiendo la menstruación.

Es necesario precisar que el criterio de la anidación como punto de partida de la vida humana se debe más que a una razón científica a un tema de certeza y dificultad probatoria.

3.1.2) Teorías Evolutivas.

Al igual que la noción concepcional, estas teorías fijan el inicio de la vida humana en la aparición de algún rasgo morfológico o evolutivo del embrión, o en un momento determinado del proceso de gestación, es decir, se concluyen valoraciones morales basándose en datos biológicos seleccionados arbitrariamente, tanto es así que se pueden establecer diferencias de status moral entre antes y después de la etapa de gestación que se trate. La teoría concepcional equipara un cigoto con una persona y la evolutiva otorga arbitrariamente status moral a las distintas etapas del desarrollo embrionario. Así surge el principal debate que es el dar superior valor moral que a seres de racionalidad deficiente.

3.2) Un debate terminológico: Pre-embrión versus Embrión Pre-implantatorio.

La distinta valoración del embrión a lo largo del desarrollo gestacional nos lleva indefectiblemente a establecer bajo que denominación se identificará al embrión antes de la anidación y que, como veremos más adelante, tiene trascendencia en cuestiones ético-jurídicas.

Una parte de la doctrina denomina pre-embrión al producto de la fecundación que no ha sido implantado o anidado. Así, a primera vista, se estaría dando una valoración distinta con respecto al embrión postimplantatorio y se estaría prejuzgando la licitud de su manipulación y eventual eliminación. Para otro sector de la doctrina, la terminología de embrión es común, independientemente de ocurrida la anidación, así se habla de embrión de dos células, de dieciséis células, etcétera; con ello se estaría presuponiendo la ilicitud de su manipulación y eliminación. Dependerá entonces de la doctrina que se siga, la denominación que se utilice para la designación del cigoto antes de la implantación.

3.3) Criterios legales para establecer el comienzo de la vida humana.

Se ha discutido en la doctrina extranjera el límite entre la vida incipiente y la vida humana propiamente tal, como asimismo los atentados contra dichos bienes jurídicos. En derecho comparado, el infanticidio se comete no sólo después del parto sino en o durante el parto (El Código Penal de la R.D.A. castiga el homicidio doloso de una persona si...N° 2 : *“una mujer mata a su hijo en o inmediatamente después del parto”*; el Código Penal de la R.F.A. relativo al infanticidio, sanciona a la madre que *“da muerte dolosamente a su hijo ilegítimo en o inmediatamente después del parto”*. El Código Penal italiano castiga al que *“causa la muerte de un recién nacido inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto”*. El Código Penal brasileño *“matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después”*. El Código Penal argentino *“matarse a su hijo durante el nacimiento”*¹¹).

En nuestro país, la demarcación de la vida dependiente y la independiente se soluciona mediante el tipo del infanticidio definido en el artículo 394 del Código Penal como *“Cometen Infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”*. Este ilícito es una de las hipótesis del homicidio y en su descripción establece “el momento después del parto” como aquel a partir del cual éste se comete. Así, el momento inicial para que se produzca el homicidio es “el momento después del parto”, y marcaría el comienzo de la vida humana independiente. No obstante lo anterior, esta expresión no está exenta de controversia para la cual se han dado distintas soluciones.

3.3.1) Solución Civilista.

El título preliminar del Código Civil nos otorga un concepto de nacimiento al establecer en su artículo 74 que *“la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.”*, por lo que algunos autores han entendido que sólo es persona la criatura nacida en el sentido del mencionado artículo, lo que se produciría con el corte del cordón umbilical o con la expulsión natural de la placenta y sus anexos, lo que trae como conclusión que la persona está parida en su sentido fisiológico, pero no nacida en su sentido legal. *El parto representaría la simple expulsión de la criatura del claustro materno, que puede permanecer unida a la madre por el cordón umbilical, por lo que una criatura puede perfectamente estar parida y no nacida*¹² .

Por otra parte, el artículo 55 del Código Civil establece que *“son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”*, este concepto se centra en la “individualidad humana”, lo que se relaciona a su vez con distintos derechos y atributos, como la autonomía de vida, la libertad ambulatoria, etcétera, derechos todos que serían consustanciales a la persona humana. El feto, al no tener vida propia independiente, no puede ser sujeto pasivo del delito de homicidio ya que no es coherente con la noción de persona o individuo independizado de su madre.

¹¹ Sergio Politoff, Francisco Grisolia, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 45.

¹² Raimundo del Río. Derecho Penal (1935), III, página 369.

Por mucho tiempo, la doctrina civilista siguió el criterio de que la persona nacía al separarse completamente de su madre (corte del cordón umbilical), pero hoy, lo importante no es una separación espacial, sino en cuanto a las funciones vitales, lo importante es la autonomía o independencia de estas funciones vitales, a saber, la existencia de las funciones respiratoria y circulatoria independientes de la madre, por lo que la separación completa de la madre sería equivalente a los conceptos fisiológicos de vidas separadas o de “independencia biológica” referida a las dos funciones anteriormente señaladas¹³. Antes de esto, si se mataba a un recién nacido que aún no se le cortaba el cordón umbilical no se penaba por el delito de homicidio, ya que no estábamos en presencia de una persona. Agrega Etcheberry que el artículo 74 del Código Civil no puede ser aplicado en estricto rigor a la legislación penal, puesto que su inciso segundo reputa no existida jamás a la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de la madre¹⁴, lo que en el ámbito penal conduciría a la impunidad del aborto.

3.3.2) Doctrina Penal.

Para la doctrina penal, el límite entre el aborto y el homicidio se encuentra en la autonomía de vida del producto de la concepción, ya que es aquí donde dicho producto adquiere la calidad de persona, así tenemos que la vida humana se protege siempre. Sin embargo, hace algún tiempo no todas las situaciones estaban contempladas, es más, se daba una situación de atipicidad en cuanto a una criatura parida pero no nacida y que, por ende, no era persona, ya que se sustentaba la teoría de que el comienzo de la vida humana se producía al momento de la separación total material entre el producto de la concepción y su madre y, mientras no se cortara el cordón de la criatura parida no había vida independiente protegible mediante el homicidio, pero tampoco se le podía aplicar el aborto por no darse los requisitos para ello, lo que se traducía en una situación de atipicidad. La Corte de Apelaciones de Valparaíso absolvió a una mujer que amputó un brazo a su hijo que estaba pariendo en ese momento y cuya amputación le causó la muerte, aduciendo que al no estar completa y totalmente separado de la madre, todavía no nacía y por lo tanto no era persona, y tampoco había aborto pues no había interrupción maliciosa de la preñez, porque al estar pariendo esa interrupción era natural. Al no haber tipo penal aplicable no había sanción, finalizando en una absolución de la mujer.¹⁵ *La muerte de la criatura humana dependiente es siempre aborto y en el sentido del sistema penal vigente el parto termina cuando hay vida humana independiente. A partir de dicho momento el sujeto pasivo lo será de homicidio.*¹⁶

3.3.3) Viabilidad.

¹³ Alfredo Etcheberry, derecho Penal III, página 30, citado en Sergio Politoff, Francisco Grisollá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 46.

¹⁴ “La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás” Artículo 74 inciso 2° Código Civil Chileno.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935, GT, 1935-II, 123-414.

*Consiste en las condiciones mínimas (orgánicas) que debe reunir el feto nacido para sobrevivir*¹⁷, no es un presupuesto de tutela penal de la vida, no se discute que la persona que carece de capacidad para sobrevivir, pero que todavía sobrevive, sea sujeto pasivo de homicidio, pero se señala este argumento para el estudio del problema de los monstruos, se señalaba que la muerte dada a un monstruo no constituía homicidio, hoy en día la opinión es contraria y la discusión se encuentra zanjada, rechazando toda discriminación que pudiese abrir la puerta a exterminios por motivos eugenésicos, que no es el caso de desarrollos patológicos del producto de la concepción.

El sistema de la viabilidad se opone al de vitalidad y autonomía de vida, en que basta que el hijo nazca vivo, fundado en un hecho real (respiración, circulación) y no en un pronóstico, como pretende el sistema de la viabilidad.

3.3.4) Existencia Natural.

Hasta el momento hemos aclarado el concepto que nuestra legislación civil tiene de persona y de nacimiento, lo que marcaría el comienzo de la llamada *existencia legal de la persona* (aunque como vimos la doctrina no está conteste en lo que quiere decir la frase “separación completa de la madre”), cuestión que pone el límite entre el segundo y primer nivel de protección del derecho a la vida. Sin embargo, y para abarcar todos los temas que este trabajo requiere acotar, debemos referirnos necesariamente a lo que la doctrina civil ha llamado la existencia natural de la persona, cuyo inicio está marcado por el momento de la concepción. *El concebido y aún no nacido, tiene existencia fisiológica, pero dicha existencia no le atribuye personalidad, es más, antes del nacimiento el producto del cuerpo humano no es todavía persona, sino que parte de las vísceras maternas*¹⁸, aunque el Derecho Canónico admite que el feto puede ser considerado persona antes del nacimiento, aún cuando no estén contestes en el momento preciso en que el alma entra al cuerpo del feto, cuestión que incluso para esa rama del derecho es un tanto indiferente teniendo en cuenta que la vida jurídica comienza con el bautizo.

Sin embargo, la legislación civil no nos servirá para descifrar la mayor interrogante existente en materia penal en cuanto al comienzo de la vida humana dependiente, ya que *la existencia natural está constituida por el período que media entre la concepción y el nacimiento, esto es, entre dos sucesos, uno de los cuales es un hecho comprobable por medios directos y que ocurre en una fecha cierta y evidente y en que, el otro, la concepción, es un fenómeno que, consistiendo en la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino, se verifica rodeado de un apacible misterio y se produce en un instante preciso que aún la propia madre ignora.*¹⁹ A mayor abundamiento, el artículo 76 del Código Civil²⁰ recoge una presunción de derecho en virtud de la cual se fija la

¹⁶ Sergio Politoff, Francisco Grisolfá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 48, adhiriendo a la hipótesis de “autonomía de vida”.

¹⁷ Antolisei, Manuale I. página 36, citado en Sergio Politoff, Francisco Grisolfá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 49.

¹⁸ Roberto de Ruggiero, Fulvio Maroi, Institución di Diritto Privato, 7° edición, 1948.

época de la concepción contada hacia atrás desde el nacimiento, cuestión que en materia penal no sería aplicable a todos los casos, teniendo en cuenta que en una hipótesis de aborto, el momento del nacimiento no llegaría a verificarse, por lo que si bien, el Código Civil adscribiría a la teoría concepcional en relación con el comienzo de la vida humana, sus normas no dan respuesta al momento mismo en que ésta ocurriría.

¹⁹ Victorio Pescio Vargas, Manual de Derecho Civil, tomo III, Editorial Jurídica de Chile.

²⁰ *De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.* Artículo 76 Código Civil Chileno.

CAPÍTULO SEGUNDO: ¿SE PROTEGE LA VIDA DEL EMBRIÓN ANTES DE LA ANIDACIÓN? TEMAS DE DISCUSIÓN: MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS, EMBARAZO TUBARIO, MANIPULACIÓN GENÉTICA.

1) PROTECCIÓN DE LA VIDA EN EL TERCER NIVEL.

1.1) Primera Postura: En el tercer nivel del derecho a la vida, hay protección.

Desde el punto de vista científico *“el huevo fertilizado de un ser humano es en sí mismo*

*una vida humana”*²¹ *La ciencia biológica ha demostrado con suficiente rigor que con la fecundación del óvulo, al fusionarse los pronúcleos de los gametos de los progenitores, se determina irreversiblemente el individuo con todos los caracteres propios de la especie, al establecerse la dotación genética que porta el cigoto*²² . *El patrimonio genético, completo ya en la concepción, contiene las instrucciones precisas para que se constituyan los nuevos tejidos y órganos*²³

*Al tercer día postfecundación ya puede detectarse síntesis de proteínas que han sido codificados por el genoma embrionario*²⁴ . La fecundación marca el comienzo de un proceso continuo de desarrollo, en cuyas etapas sucesivas la dotación genética de cada individuo se mantiene en cada una de sus células y durante toda la vida. De este modo puede hablarse con propiedad de una identidad biológica de cada individuo vivo desde su concepción hasta su muerte.

La naturaleza humana se posee cuando se es portador del código genético propio de la especie humana y éste se adquiere en el momento de la fecundación.

1.2) Segunda Postura: Licitud de la manipulación del cigoto en este tercer nivel del derecho a la vida o desprotección de la vida en el tercer nivel.

En opinión de algunos, los criterios de unidad, o imposibilidad de dividirse, y de unicidad, o imposibilidad de fusionarse, definirían al individuo, al ser humano (principio de individualidad) Para los defensores de esta idea, en las primeras etapas del desarrollo embrionario (hasta la anidación) no se podría llamar con propiedad ser humano al embrión, sino que habría que considerarlo como un conglomerado de células humanas sin identidad propia. Se basan en que antes del término de la anidación, un óvulo fecundado puede originar más de un individuo, y que en ocasiones, de forma extraordinaria, se produce un embrión por la fusión de dos embriones. Según estas observaciones, la individualidad del embrión no se produce hasta la anidación.

Por otra parte, existe también la opinión de que *solamente gracias a una adecuada interacción fisiológica con la madre, el embrión adquiere la identidad humana*²⁵ . Esta opinión se basa en las observaciones que confirman que, hasta el momento actual, un mamífero no puede completar su desarrollo en el útero de un individuo de otra especie.

²¹ Zack BG. Abortion and Limitations of Science. Science 1981; 213 (4505):1

²² Serra A: Quando comincia un essere umano la margine ad un recente documento. Medicina e Morale 1987; XXXVII: 387-401

²³ López Moratalla N, Ruiz Retegui A; Manipulación del Patrimonio genético Humano con fines eugenésicos. Deontología biológica, Facultad de Medicina Universidad de Navarra 1987: 341-349

²⁴ Dans d' embryos. Le Comité National français d' ethique a donné son avis sur les das d'embryos. Medicine et Hygiene 1990; 1841: 1569-1573.

²⁵ The Ethics Comnitee: The biologic characteristics of the preembryo. Fertility and sterility 1986; 46: 26s-27s.

Este hecho ha llevado a sugerir que después de la anidación en el útero materno, la diferenciación celular que da lugar a los tejidos del organismo adulto está dirigida por mensajes que provienen del organismo de la madre.

Esto explicaría también, el que un cigoto genéticamente normal, sin que se conozca la razón, pueda formar en el útero un tumor y no un embrión.

Autores que adhieren a la primera postura expuesta, como López Moratalla, plantean en respuesta que la individualidad del embrión humano, con la unidad que supone, puede determinarse biológicamente a lo largo del desarrollo del organismo desde las primeras divisiones del cigoto.

Durante las primeras etapas del desarrollo embrionario, las células que se van originando por divisiones sucesivas del cigoto son más o menos equivalentes entre sí. Cuando el embrión está constituido por dieciséis células empiezan a distinguirse entre estas algunas diferencias. Sin embargo, esto no quiere decir que se de una multiplicación de la identidad, o que la identidad se haga difusa. En efecto, las células resultantes de la división del cigoto no son un simple conjunto de células exactamente iguales entre sí y semejantes a la que constituyó el cigoto, dotadas cada una de la misma individualidad de éste. Aunque puedan separarse, cuando están unidas, constituyen una única realidad biológica, forman un elementalísimo organismo.

Afirmar que la individuación se alcanza con la anidación es un error biológico, y supone confundir identidad con continuidad.

Si la identidad, el que dos cosas sean la misma, significara que en cada uno de los instrumentos de su existencia ambas tengan las mismas propiedades, entonces la identidad significa que no es posible ningún cambio.

Esa identidad, que no es igual que continuidad, se mantiene a lo largo de todos los cambios que van ocurriendo en el desarrollo embrionario, y a lo largo de toda la vida del individuo, y esos cambios podrían incluir, en casos poco frecuentes, división gemelar o incluso fusión.

En cuanto a la opinión compartida por el comité ético de la Sociedad Americana de Fertilidad, de que solamente gracias a una adecuada interacción fisiológica con la madre, el embrión adquiere identidad humana, existen observaciones recientes que permiten afirmar lo contrario.

El útero es necesario para que el embrión llegue a adulto, pero no lo es para que el adulto que el embrión puede llegar a ser sea un hombre, y no un animal de otra especie. “Un embrión que tiene la capacidad intrínseca de llegar a ser adulto de una manera continua, es el mismo animal de la especie humana que ese adulto: el embrión, antes de implantarse en el útero, es ya un ser humano”

La implantación o anidación del blastocisto, fenómeno que no se produce en la mayoría de las especies animales, no añade nada a la programación del nuevo individuo, aunque sí influye en la realización.

No hay dato científico que permita suponer el comienzo de la vida en la implantación.

“Carece de toda lógica y no tiene ningún apoyo deducir de aquí una objeción contra

la individualidad del embrión en fase primaria, debido a que dará origen a estructuras no personales”

Por otra parte, autores que adscriben a la segunda postura expuesta anteriormente señalan que el embrión no es un individuo humano hasta que no se inicia la formación del sistema nervioso central (tercera semana de gestación); e incluso hasta el comienzo de la fusión del tubo neural (trigésimo sexto día) cuando aparece la reacción al dolor. En este momento, comienza la vida cerebral: *“el feto debería incorporarse a la sociedad humana sólo después del día trigésimo sexto, tras la fecundación. Antes de ese tiempo, el feto puede considerarse descerebrado, y tiene sólo vida biológica o vegetativa”*²⁶

La actividad cerebral marcaría el comienzo de una vida humana. *Se diferenciarían dos tipos o niveles de vida biológica: vida celular del embrión humano y vida humana propiamente dicha*²⁷ esta distinción sería consecuente con las legislaciones que regulan la declaración de muerte cerebral (en nuestra legislación en el Código Sanitario) que señalan como muerta (que carece de vida) a una persona que no tiene impulsos nerviosos, aunque biológicamente sus órganos aún funcionen, toda vez que hasta antes de la tercera semana de gestación el sistema nervioso no está formado y por lo tanto es imposible que hayan impulsos nerviosos, concluyendo necesariamente que no existe vida humana hasta antes de la tercera semana de gestación.

A estos argumentos los adherentes a la primera postura replican que *la pretensión de relacionar el comienzo de la vida con el desarrollo del sistema nervioso carece de todo fundamento*²⁸.

La neuroembriología, programación y dirección del desarrollo del sistema nervioso es un hecho. A partir de la fecundación; los determinantes genéticos de la embriogénesis van manifestándose progresivamente y todo revela la existencia de un programa inicial.

El sistema nervioso es el mismo, controlado por la misma potencialidad genética, tanto en los primeros días del desarrollo embrionario, como al cabo de unos meses o después del parto. Señalar un momento de cambio radical, para opinar que ahí empieza la vida humana, sería una arbitrariedad incompatible con los conocimientos de la neurobiología.

No es posible señalar un momento crítico en el que puede darse por terminado el cerebro en la vida intrauterina. La cuantificación de capacidades funcionales encefálicas como criterio para determinar que el embrión es un ser humano, es por tanto arbitraria y cambiante, y nos deja sin base alguna para poder asegurar que el embrión es un ser humano, cuando ya en términos clínicos hay certeza de que es un nuevo ser vivo de la especie humana.

²⁶ Beller FK, Reeve J: Brain Life and Brain Death. Journal of Medicine and Philosophy 1989; 14: 5-23

²⁷ Shea Mc: Embrionic Life and Human Life. Journal of Medical Ethics 1985; 11: 205-209

²⁸ Hirsh B: Cerebral Activity and Human Life. 1983; 249-410

2) MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS.

2.1) Introducción.

En este párrafo enunciaremos los distintos tipos de métodos anticonceptivos que existen y luego analizaremos cuáles de ellos son cuestionados por ser considerados por algunos, métodos abortivos. Dentro de toda la gama de métodos anticonceptivos que existen, debemos distinguir los métodos naturales (en los cuales no nos detendremos, debido a que no existe discusión importante al respecto que incida en el tema que estamos estudiando), mecánicos, hormonales, quirúrgicos, en ciertos casos, anticonceptivos utilizados como métodos de emergencia. Las indicaciones de este tipo de anticoncepción están restringidas a situaciones de violación y a mujeres que han tenido relaciones sexuales consideradas “desprotegidas” en cuanto a anticoncepción.

2.2) Clasificación de los métodos anticonceptivos:

2.2.1) Métodos Mecánicos

Dispositivos

Actúan dificultando el paso de los espermatozoides hacia las trompas e impidiendo la anidación del óvulo en el caso de que hubiera habido fecundación. Requiere la asistencia de un especialista y una vez puesto, el dispositivo puede durar hasta cuatro años siempre que hayan revisiones periódicas por parte del especialista. Como método anticonceptivo es muy eficaz, pero aumenta las probabilidades de embarazos extrauterinos.

Los más conocidos son los dispositivos intrauterinos (D.I.U.), tales como el ASA, la T de cobre y el Anillo, que son artefactos de diferentes materiales que se introducen en el útero para evitar la procreación. Actúan química y mecánicamente, impidiendo, como ya dijimos, la anidación del óvulo ya fecundado en el útero, lo cual para los defensores de la postura conservadora sobre el comienzo de la vida, es un efecto abortivo. Este efecto es producido de varias maneras. La primera de ellas es acelerando el transporte del óvulo fecundado a través de la trompa, por lo que al llegar al útero éste no está capacitado para recibirlo y lo rechaza. También producen destrucción por lisis del blastocisto (el ser humano en sus primeras etapas de desarrollo); desplazan mecánicamente del endometrio (la capa que recubre internamente al útero) al blastocisto ya implantado en él; impiden la implantación debido a la respuesta inflamatoria al cuerpo extraño que se produce en el endometrio; y alteran el proceso de maduración y proliferación del endometrio afectando la implantación.

Según algunos, es inadmisibles la afirmación de que el D.I.U. no es abortivo, cuando las mismas revistas especializadas y hasta la Organización Mundial de la Salud en sus

informes al respecto, así lo reconocen explícitamente. Tanto es así, que mientras fue ilegal el aborto fue prohibida su comercialización en Estados Unidos; su comercialización en Chile, en que su legislación no permite abortar bajo ningún supuesto, sería un reconocimiento tácito a que el límite entre el segundo y el tercer nivel de protección del derecho a la vida es el momento de la anidación, ya que la mayoría de los D.I.U. actúan antes de que ésta ocurra, de no ser así, los Juzgados del Crimen Chilenos se verían atochados en sumarios por aborto (o de persecución penal a cargo del Ministerio Público, en ciertas regiones) contra facultativos, mujeres, farmacéuticos y personas que utilizan y promueven este método anticonceptivo.

El efecto abortivo, para la doctrina conservadora sobre el inicio de la vida, de los dispositivos intrauterinos queda en evidencia debido a que éstos son efectivos aún si se utilizan después del coito. *“Se puede lograr una contracepción postcoital relativamente segura hasta cuatro a seis días después del coito sin protección, mediante la colocación de un D.I.U...”*²⁹

2.2.2) Métodos Hormonales

Píldora o Inyección Anticonceptiva

Se trata de un producto químico compuesto de hormonas. Las más usadas se presentan en tabletas con veintiún píldoras. Su ingesta provoca un triple efecto, a saber:

i.- Modificación del ritmo y la producción de hormonas hipofisarias, impidiendo de esta forma la ovulación.

ii.- Cambia la densidad del moco cervical, espesándolo, dificultando el ascenso a los espermatozoides.

iii.- Produce cambios en el revestimiento uterino, dificultando la implantación. Este último efecto es el que hace cuestionar la utilización de este método por considerarlo abortivo. Los mismos efectos los provoca la inyección, que normalmente se suministra mensualmente.

Píldoras Postcoitales

Se trata de un producto químico compuesto por hormonas en alta ingesta que provocan la expulsión de la capa uterina, de forma que la implantación del huevo, en el supuesto caso de que hubiera habido fecundación, no sea posible, provocando una menstruación. La toma de la píldora proporciona una exposición hormonal breve y concentrada que interrumpe los patrones hormonales que son esenciales para el embarazo. La producción de hormonas por el ovario se reduce, alterando el desarrollo del endometrio uterino. Estas alteraciones son temporales y duran sólo unos cuantos días. Pero en algunos casos alteran los primeros ciclos normales.

Es un "método de urgencia", que sólo se ha de utilizar en casos excepcionales, indicado en el extranjero para aquellas relaciones en las que ha fallado el método anticonceptivo utilizado (rotura de un preservativo) o en aquellos casos en los que no se

²⁹ Cuaderno Número 4, "Ginecología y obstetricia". Adolf Eduard Schindler y Eva-María Schindler; Buenos Aires, Argentina, 1.989, páginas. 17 a 19,

ha utilizado ningún método. Pero en nuestro país, sólo está permitida para los casos de embarazos producidos por el delito de violación. Su efectividad radica en el consumo antes de que pasen setenta y dos horas desde el coito, cuanto antes se suministre, más eficaz es el método. No se han llevado a cabo estudios confiables de los nacimientos en mujeres que ya estaban embarazadas cuando tomaron este tipo de píldoras, o en aquellos casos en los cuales las píldoras fracasaron en la prevención del embarazo. Sin embargo, existen dos razones para concluir que los defectos del nacimiento no deben ser una preocupación:

i.- Las píldoras se toman mucho antes de que comience la organogénesis (desarrollo de los órganos),

ii.- Estudios que han examinado los nacimientos en las mujeres que inadvertidamente siguieron tomando las pastillas anticonceptivas sin saber que estaban embarazadas no han demostrado un aumento en el riesgo de defectos de nacimiento.

Las píldoras postcoitales se clasifican a su vez en las que provocan efectos en el largo plazo y las que provocan efectos en el corto plazo o “píldoras del día después”.

2.2.2.1) Píldora efectivas en el largo plazo:

Dentro del primer tipo de píldoras, encontramos la R.U. 486 que es una píldora abortiva que se utiliza en las primeras nueve semanas del embarazo, su nombre proviene de las iniciales del laboratorio francés que lo fabrica, la Roussel-Uclaf, y 486 es el número de la molécula sintetizada, su acción se basa en la competición reversible con los receptores de progesterona, produciendo un aborto químico al bloquear la acción de la progesterona, que es una hormona necesaria para la anidación y el desarrollo del embarazo. Como consecuencia, involuciona el endometrio, se bloquea su actividad secretora, aumentan las contracciones del útero, se relaja el cervix, involuciona el cuerpo lúteo por falta de hormona gonadotrofina coriónica, cesa la secreción de progesterona, y finalmente se reproduce una menstruación a las veinticuatro a cuarenta y ocho horas de administrar la R.U.-486, con lo que se desprende el endometrio con el embrión. Sólo es efectiva antes de las seis semanas de la concepción (trece días después de la regla prevista), por lo que su aplicación es limitada, ya que las pruebas de embarazo se hacen después de este plazo. Sin embargo, asociada a prostaglandinas es eficaz hasta tres semanas después de la falta de menstruación.

Las prostaglandinas favorecen la no implantación y expulsión del embrión por aumento de las contracciones. La R.U.-486 por sí sola es eficaz en un ochenta y cinco por ciento de los casos y hay un veinte por ciento de fracasos en la expulsión, que requieren el aspirado quirúrgico, ya que el tejido humano retenido puede provocar infecciones. Sin embargo, asociado a prostaglandinas aumenta la eficacia al noventa y seis por ciento, se produce la expulsión del embrión en un ochenta y seis por ciento de los casos, y es eficaz hasta tres semanas después de la falta de menstruación.

Este medicamento está prohibido en Chile y su comercialización no está en discusión, su compuesto se llama mifepristone y provoca efectos colaterales de diferente importancia: dolor, hemorragia y complicaciones cardíacas. En Francia, donde la píldora fue creada, se exige a las mujeres que consientan en someterse a un aborto quirúrgico

en caso de que fracase el tratamiento o se produzcan hemorragias importantes. El aborto con R.U. 486 está sometido a una regulación administrativa y epidemiológica bastante rigurosa. Se publicó el caso de un niño francés nacido con graves deformaciones físicas por la R.U. 486, que resistió al producto y la madre no quiso abortarlo por otros métodos³⁰. Es el primer fármaco que se comercializa con posibilidad de malformaciones. Por eso en Francia, que es el único país donde se permite, sólo se emplea en hospitales con un control estricto.

2.2.2.2) Píldoras Efectivas en el corto plazo.

Dentro de este tipo de píldoras, tenemos todas aquellas que contienen el levonorgestrel (progestágeno) en altas dosis, en una presentación que facilita su uso y disminuye los efectos colaterales, y cuya autorización en Chile se encuentra en tramitación, existiendo partidarios y detractores, sin que a la fecha exista una respuesta, ya que si bien administrativamente se ha permitido su comercialización (a partir del 15 de mayo de 2004 estaba disponible en los Consultorios del país), judicialmente el asunto no está zanjado. Este compuesto no provoca efectos sobre un embrión ya implantado al cual más bien protegen. En último término, actuarán de diferente manera de acuerdo a la etapa del ciclo de la mujer y al tiempo transcurrido entre el coito y la medicación. Por lo tanto, si la ovulación hubiese ocurrido más de cinco días antes no habrá más que un efecto tranquilizante y si se toma antes de la ovulación habrá un eficaz efecto anovulatorio.

Las últimas investigaciones sobre la píldora del día después (levonorgestrel) realizadas en paralelo en Edimburgo, Ciudad de México, Estocolmo y Santiago, han demostrado que este compuesto no es abortivo, ya que actuaría interfiriendo el proceso ovulatorio de la mujer antes de una ovulación inminente; a mayor abundamiento, los estudios de las ciudades de Estocolmo y Ciudad de México descartaron eventuales alteraciones en el endometrio que afectarían la anidación, cuestión que se pensaba en un comienzo y que catalogaba a este medicamento como abortivo. En Chile, la investigación estuvo a cargo de los doctores Fernando Zegers, Soledad Díaz y Horacio Croxatto, *quienes llegaron a la misma conclusión, recomendando que la píldora sea entregada a todas las mujeres que la requieran y no solo en caso de violación, ya que esta no es abortiva, por lo que debiera venderse en farmacias como cualquier otro anticonceptivo*³¹.

El trío médico afirma que el levonorgestrel, actúa inhibiendo, postergando y alterando la calidad de la ovulación junto con modificar la migración de los espermios en el tracto genital femenino.

*Estos antecedentes bastan para clasificarlo como un anticonceptivo que actúa por un mecanismo pre-concepcional y que no podría ser efectivo una vez comenzado el embarazo.*³²

³⁰ Publicado en Revista Nature, Francia, número 6 octubre 1987,

³¹ Diario El Mercurio, 9 de mayo de 2004, Chile.

³² Diario El Mercurio, 28 de enero de 2003, Chile.

Al respecto, la Pontificia Universidad Católica organizó una reunión sobre el tema, exponiendo las distintas posturas, por una parte, el doctor Croxatto (cuya opinión e investigación se señaló en el párrafo anterior) y por otra, el doctor Patricio Ventura-Juncá, quien considera que la evidencia disponible deja margen para la duda en cuanto a los mecanismos de acción del levonorgestrel y, a partir de esa duda, no debería haberse permitido aún la distribución del mismo, fundamentando su posición en la documentación generada por la industria farmacéutica y por la Food and Drug Administration (FDA) de los Estados Unidos, que advierten de la posibilidad que uno de los efectos anticonceptivos del levonorgestrel sea interferir en la implantación del embrión. No hay estudios concluyentes en seres humanos y es necesario seguir investigando para poder despejar en lo posible este aspecto de tanta relevancia ética.

Como conclusión de este encuentro, la Pontificia Universidad Católica de Chile afirmó que mientras la investigación acerca de la llamada "píldora del día después" no concluya, la prescripción de este producto está reñida con la ética al poner en peligro la vida humana.

*"Es necesario validar la experiencia del Doctor Horacio Croxatto, a través de los criterios comunes del trabajo en ciencias, antes de hablar de conclusiones definitivas"*³³.

2.2.2.3) Problema de la Píldora.

El hecho de intentar evitar el embarazo después de relaciones sexuales ocurridas en situaciones dramáticas no está en discusión. El problema es, entonces, la duda de si esta forma de anticoncepción actúa o no como abortiva. De acuerdo a lo que se ha expuesto, se puede concluir que la anticoncepción de emergencia de tipo hormonal, sea ella la nueva presentación de levonorgestrel o el método de yuzpe que se utiliza desde hace muchos años, actúa primariamente como anovulatorio o bien impidiendo la unión de los gametos y que sólo excepcionalmente podría actuar como antianidatorio. La pregunta de si este medicamento es un abortivo se debe responder entonces negativamente. El aborto provocado, definido como la interrupción activa y voluntaria de un embarazo ya diagnosticado, es un acto con un mecanismo de acción y con una intención diferente. Lo más cercano sería aceptar que el levonorgestrel tiene un efecto potencialmente antianidatorio, pero desde un punto de vista médico se trata de acciones completamente distintas. Otros aspectos de la discusión en torno a la "píldora", aunque no dependen de las definiciones anteriores son también muy relevantes para su uso adecuado. Hay quienes defienden el uso amplio para permitir el acceso oportuno a todas las mujeres que lo necesiten previniendo así un importante número de abortos provocados. Otros, en cambio, prefieren evitar el uso mediante la receta restringida, como lo ha resuelto el Ministerio de Salud. De esta manera se evitan efectos sociales indirectos, como puede ser una falsa seguridad que contribuya a una sexualidad irresponsable o a un mayor riesgo de enfermedades de transmisión sexual. En todo caso, no se prescribe para su uso habitual o repetido, porque es poco eficaz y porque sus efectos a largo plazo no están suficientemente estudiados.

³³ Nicolás Velasco, Vicerrector académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en declaración pública brindada con motivo de la discusión entre doctores Croxatto y Ventura-Junca.

2.2.2.4) La opinión de la Iglesia Católica en Chile:

Es contraria a la píldora del día después, y no a nivel de opinión, sino llamando a autoridades a actuar de forma contraria a la ley, en carta pastoral y entrevistas dadas tanto a canales de televisión como a distintos medios escritos, el cardenal Francisco Javier Errázuriz, llamó a los alcaldes a optar entre la “Obediencia a Dios” y la “obediencia a los hombres”, en relación a la entrega de la píldora por los consultorios municipales, llamando a una objeción de conciencia por considerar que la pastilla vulnera el derecho a la vida y que éste es anterior al Estado, el que al autorizar la distribución atropellaría un valor fundamental, argumento que han adherido algunos alcaldes. Sin embargo, para quienes ostentan cargos públicos, no les es posible recurrir a la objeción de conciencia, y deben necesariamente someterse a la ley, o renunciar al cargo. Algunos parlamentarios oficialistas acusaron al prelado de promover la sedición y la desobediencia civil. Para Carlos Peña González *“...la objeción de conciencia es un derecho del ciudadano a resistir al Estado; pero no es un derecho de las autoridades o agentes estatales (municipales o no) para eximirse de los deberes del cargo. Cuando una autoridad pública no está dispuesta a cumplir los deberes del oficio- por razones de moral crítica- no tiene a su alcance la objeción de conciencia: debe simplemente renunciar. La política no es un camino para salvar el alma.”*³⁴

2.2.3) Métodos Quirúrgicos

Son métodos adecuados para aquellas personas que están convencidas que no quieren tener más hijos en toda su vida. Consisten en intervenciones médicas al hombre o a la mujer (vasectomía y ligadura de trompas respectivamente) que provocan la esterilidad irreversible (en la mayoría de los casos) de la persona que se somete a ella.

2.3) Efectos abortivos de algunos anticonceptivos

2.3.1) Postura conservadora

Un abortivo *"es un fármaco o cualquier otra cosa que provoque el aborto"*³⁵. De hecho, la utilización de anticonceptivos sería un aborto químico. La Iglesia Católica prohíbe el uso de abortivos por el mismo motivo que se opone al aborto quirúrgico, ya que *"la vida humana debe ser respetada y protegida desde el momento mismo de la concepción"*³⁶. Algunos abortivos también son contraceptivos en la forma en que actúan, lo cual también es gravemente inmoral. Como afirma la constante enseñanza de la Iglesia: *"Es intrínsecamente mala toda acción que, o en previsión del acto conyugal, o en su realización, o en el desarrollo de sus consecuencias naturales, se proponga como fin o*

³⁴ Revista Qué Pasa, número 1726, 7 al 13 de mayo de 2004, Chile.

³⁵ Definición de Encyclopedia and Dictionary of Medicine, Nursing and Allied Health,

³⁶ Catecismo de la Iglesia Católica número 2270.

como medio, hacer imposible la procreación”³⁷

2.3.2) Postura liberal

La discusión ética ante este asunto incluye varios temas, la mayoría de los cuales admite posiciones diversas con sus respectivas fundamentaciones. El comienzo de la vida humana, más que un problema biológico cuyo proceso primero hemos descrito, lleva a preguntarse desde que momento de su desarrollo inicial esta nueva entidad biológica adquiere la condición o estatuto moral de persona humana. Y ya hemos dado a conocer las dos posturas al respecto no existiendo una respuesta única o demostrable al respecto.

Otra discusión existe en torno a la pregunta de si un efecto antianidatorio se puede considerar una acción abortiva. Es sabido que espontáneamente se elimina aproximadamente la mitad de los cigotos sin que la mujer pueda siquiera tener conocimiento de que había concebido. Parece evidente que este hecho natural no podría llamarse aborto. Es preferible entonces llamar a cada cosa por su nombre y definir cada acción por su efecto real, reservando el término aborto para las acciones que directamente buscan y producen la eliminación de un embrión o de un feto cuya existencia sea demostrable.

Por último, la discusión ética incluye el juicio moral que se hace ante las decisiones, indicaciones o acciones que realizan las personas. Como siempre, este juicio debe basarse en principios éticos que deben ser respetados, los que en este caso son: respeto a la dignidad o sacralidad de la vida humana, y los principios bioéticos de no maleficencia, justicia y autonomía. No se puede poner en duda la validez e importancia de estos principios, pero en los actos humanos es necesario encontrar la forma de aplicarlos prudentemente en cada situación concreta, lo cual implica tomar en cuenta las circunstancias y las intenciones de cada caso.

La discusión alrededor de la anticoncepción de emergencia abre las puertas al análisis de muchos temas biológicos, sociales y éticos de alto interés, y por su trascendencia incita a que como personas, como profesionales o como autoridades, se asuma una posición. Cualquiera que ella sea debe considerar que se trata de responder a una realidad que es consecuencia de una cultura que ha llevado a frecuentes conductas sexuales irresponsables y actos de violencia. El tema es precisamente como evitar el embarazo en dramáticas situaciones en las cuales una mujer, frecuentemente una niña no está en condiciones de asumir el posible hijo, y como prevenir al mismo tiempo que ella recurra al aborto provocado.

Lamentablemente, la discusión que se ha producido en nuestro medio ha desconocido que la anticoncepción de emergencia es precisamente lo que su nombre indica, y en el enjuiciamiento moral se han ignorado las circunstancias y las intenciones que muchas veces determinan los actos humanos. Se ha argumentado, basándose en la mera posibilidad de un efecto antianidatorio, que “en la duda hay que abstenerse”. Ante este hipotético principio cabe recordar que las decisiones en medicina se toman

³⁷ Catecismo de la Iglesia Católica, número 2370, cf. Encíclica *Humanae Vitae*, número 14).

habitualmente con grados variables de incertidumbres, muchas veces prescribiendo fármacos cuyos últimos mecanismos de acción se discuten o no se conocen completamente. En la práctica, *“ante la duda” es mejor actuar con prudencia y no ser tan categórico.*³⁸

Dentro de las opiniones liberales, tenemos la más radical de todas, que establece el derecho a opción de la mujer si desea o no concebir o derechos reproductivos de la mujer, para los que esta discusión sobre si es o no abortiva la píldora del día después, carece de toda importancia, ya que el decidir continuar o no el embarazo pertenece al fuero interno de cada mujer.

3) EMBARAZO ECTÓPICO

3.1) Introducción:

El proceso de la concepción, puede no estar exento de algún inconveniente en el camino. La pérdida reproductiva precoz es el término espontáneo de un embarazo, que se produce antes de la semana veinte de gestación. Aproximadamente el cincuenta por ciento de estas pérdidas se producen antes de que la mujer se de cuenta que está embarazada. *Éstas ocurren entre la concepción y la implantación, período en que el huevo recorre desde la trompa de Falopio, hasta el útero.*³⁹

Con frecuencia es difícil saber qué ha causado exactamente un aborto espontáneo que puede ocasionarse por: causas genéticas (errores de información genética que ocurren cuando se unen los cromosomas del espermatozoide y los del óvulo), anomalías estructurales del útero, que corresponden a malformaciones congénitas o adquiridas.;defecto en la función ovulatoria y embarazo tubario o ectópico que son aquellos que ocurren fuera del útero y que nunca llegan a término. En estos casos se extrae el embrión, favoreciendo la salud de la madre o finalmente es el embrión el que deja de desarrollarse.

3.2) Concepto.

El embarazo ectópico es la implantación de un embarazo fuera del útero, habitualmente en la trompa (noventa por ciento de la veces). La frecuencia con que ocurre es de uno por cada cien embarazos. En uno de cuatrocientos es bilateral y en uno por cada treinta mil se trata de un embarazo combinado: uno en el útero y otro ectópico. En el cincuenta por ciento de los embarazos tubarios las trompas son aparentemente normales.

³⁸ Doctor Juan Pablo Beca Infante, Profesor de Pediatría y Presidente de la Comisión de Ética, Facultad de Medicina, Universidad de Chile, Revista Mensaje, Mayo 2001.

³⁹ Doctor Alvaro Inzunza, especialista en medicina materno fetal, Clínica Alemana, Santiago, en página web www.alemana.cl.

La evolución natural de un embarazo tubario es el crecimiento, en un principio sin mayores síntomas, hasta que comienza a sangrar a través del lumen hacia la cavidad abdominal, lo que produce dolor y anemia progresiva. En el setenta y cinco por ciento de los casos la trompa se rompe a las dos a seis semanas, con una hemorragia intrabdominal importante que compromete rápida y gravemente a la paciente, constituyendo una emergencia quirúrgica. A veces hay regresión o aborto tubario a la cavidad abdominal. Excepcional es que el embarazo llegue a término.

Los factores que lo provocan son: Condiciones ovulares que determinan que el embrión alcance ya en la trompa la capacidad de invasión antes de llegar a la cavidad uterina, condiciones locales que facilitan la implantación o que dificultan la migración del huevo.

3.3) Clasificación:

3.3.1) Embarazo ectópico ovárico

El cincuenta por ciento de estos casos tienen antecedentes de infertilidad y cerca del veinte por ciento, uso de dispositivo intrauterino. Se produciría por fertilización del óvulo al salir del folículo o por un óvulo fertilizado que se cae de la fimbria.

3.3.2) Embarazo ectópico intrauterino

Puede ocurrir en el cuerno uterino o en el cuello del útero. En el cuerno puede evolucionar hasta completar doce semanas. Al romperse se puede lesionar la arteria uterina. En el cuello uterino se manifiesta como un aborto incompleto.

Desde un punto de vista médico, el embarazo ectópico se clasifica en:

No complicado y Complicado, dependiendo si se ha producido o no la ruptura tubaria.

3.4) Intervención Quirúrgica:

Existen dos aproximaciones quirúrgicas en el embarazo ectópico tubario:

3.4.1) Conservadora

Se trata de conservar la trompa uterina. Está indicado en pacientes jóvenes que desean preservar su fertilidad. Requiere que el tamaño del embarazo sea menor de tres centímetros, que se ubique en la zona más ancha de la trompa y que ésta no esté rota.

3.4.2) Radical

Se realiza una resección parcial o total de la trompa afectada. Está indicado en embarazos ectópicos complicados y de más de tres meses.

4) MANIPULACIÓN GENÉTICA.

4.1) La ingeniería genética.

Puede definirse como *“La manipulación deliberada de la información genética, con miras al análisis genético o al mejoramiento de una especie”*⁴⁰. En 1953 se descubre la estructura del material genético, y con ello nace la biología molecular, iniciándose una nueva etapa en la historia de la biología. El año 1970 está marcado por un nuevo hito: el comienzo de la manipulación enzimática del material genético, y por consiguiente, la aparición de la ingeniería genética molecular, que constituye la más reciente evolución de la manipulación genética.

La investigación biogenética ha servido para identificar los genes causantes de enfermedades, investigando su modificación para evitar dichas enfermedades. El mejorar la salud de las personas corresponde a un fin permitido tanto ética como jurídicamente, siendo la única terapia genética permitida en la actualidad en hombres.

4.2) La Clonación.

En el ámbito de la Ingeniería Genética, clonar es aislar y multiplicar un determinado gen o, en general, un trozo de A.D.N. *La clonación es “la producción intencionada de células, tejidos, embriones o individuos que tienen la misma información o identidad genética”*⁴¹. Sin embargo, en un sentido más amplio, clonar significa obtener un individuo a partir de una célula o de un núcleo de otro individuo.

4.2.1) Clonación en humanos.

Un hecho conocido por todos es que la clonación en animales ya comenzó, el nombre de la oveja Dolly resuena en nuestra cabeza, de este hecho a clonar seres humanos hay sólo un paso, reconociendo como positivos los avances del conocimiento y las mejoras que esto pudiese traer a la salud de muchas personas, también se es consciente de que se pueden provocar problemas ambientales, y amenazar valores y creencias arraigadas en la sociedad, sin pronunciarse sobre los posibles conflictos que podría tener un clonado.

Efectivamente, nuestros genes no determinan nuestra individualidad ni nuestra dignidad como personas, la clonación implicaría una situación asimétrica del clónico

⁴⁰ Definición extraída de ensayo “¿Qué es la Ingeniería Genética?” en <http://www.geocities.com/ResearchTriangle/Lab/2513/quees.htm>

⁴¹ www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=44-36k

respecto del original, el que soportaría el peso de ser fruto de otras personas resintiéndose su autopercepción, ya que su proceso de autodescubrimiento estaría marcado por la vida del original.

Por estas razones, la bioética y el derecho están articulando y reclamando la proclamación de un "derecho a ser fruto del azar" y de un "derecho a la ignorancia", a no saber demasiado de uno mismo por adelantado.

El fin no justifica los medios, y no se puede utilizar humanos por muy útiles que sean los conocimientos que resulten de éstas técnicas.

4.2.2) Clonación humana con fines terapéuticos.

La clonación terapéutica o no reproductiva tiene por objetivo establecer cultivos celulares de cualquier tipo de tejidos y de órganos humanos para ser utilizados en trasplantes. Lo que se busca es la investigación con embriones para utilización de células madres con la finalidad de generar tejidos compatibles para trasplantes de órganos y para el tratamiento de ciertas enfermedades. En este proceso no existe el riesgo de rechazo del donante, ya que las células obtenidas por clonación son idénticas a las células madres. Un órgano puede ser reemplazado o un tejido enfermo fortalecido por células creadas con este fin.

4.2.3) Clonación humana con fines reproductivos.

La clonación reproductiva tiene como objetivo la producción de embriones mediante fecundación in vitro, que posteriormente se pueden implantar en el útero de la mujer. Las bases de esta técnica es la manipulación de las células gaméticas maternas, antes o después de la fertilización artificial. Se busca crear un ser absolutamente idéntico sin recurrir a la reproducción sexual.

La clonación reproductiva no se diferencia de la reproducción terapéutica en cuanto a la técnica utilizada, pero sí difieren en cuanto a los objetivos y las consecuencias de una u otra. En la clonación terapéutica se busca curar determinadas enfermedades y la reproductiva persigue la formación de un nuevo ser humano a partir de células clonadas.

4.3) Opiniones a favor y en contra de la clonación humana por parte de la comunidad científica.

Debemos tener claro que la discusión se ha centrado en la clonación humana con fines terapéuticos por cuanto la clonación reproductiva ha sido rechazada prácticamente en su totalidad tanto por la comunidad científica como por los legisladores.

4.3.1) Opiniones a favor.

- Tito Ureta, explica que *“es algo que la sociedad pide en este momento para los enfermos. Si provienen de embriones o células en cultivo no tengo problema, si llego a un resultado que me permite tratar al paciente y dejarlo como nuevo. No creo que un embrión sea una persona, para serlo tiene que pertenecer a la sociedad humana, un*

*grupito de células no poseen esta característica”.*⁴²

- Fernando Zegers Hochschild, miembro estable del panel de expertos en reproducción humana de la Organización Mundial de la Salud hace un análisis exhaustivo de la clonación terapéutica y establece: “ Soy partidario de la clonación con fines terapéuticos y de investigación basándome en los siguientes elementos: 1) El desarrollo de la medicina regenerativa realmente va a mejorar la calidad de vida de millones de personas. 2) A diferencia de una persona, el embrión no es un sujeto moral, es el objeto de una determinada moral social que le es conferida en la medida en que puede llegar a ser una persona. 3) No existen personas que se hayan originado como parte de reproducción asexual. Por ello la nomenclatura de embrión humano no es aplicable al material clonado. 4) El blastocisto resultante del experimento coreano es material humano en la medida que deriva de células humanas, pero no debe ser considerado potencialmente una persona, ya que jamás ha existido y no debiera existir una persona generada de esa manera.”⁴³

4.3.2) Opiniones en contra

- En opinión del profesor Pradenas “hay que considerar el quiebre que significaría desde el punto de vista evolutivo de las historias filogenéticas, lo que no me parece una cosa menor es que los clonados no tengan historia, no tengan familia, nicho ecológico, serían especies sin parentesco. Además qué ética pueden tener cuando ésta obedece a la cultura, a una tradición, a categorías en la familia y en la sociedad que se transmiten culturalmente, estarían en el absoluto vacío o licencia moral, tanto es así que el clonado podría constituirse en el peor enemigo del ente natural”⁴⁴

- Alfonso Gómez-Lobo, Profesor Cátedra Ryan de Filosofía Universidad de Georgetown, miembro del Consejo de Bioética de la Casa Blanca opina: “Desde un punto de vista ético me parece inaceptable tanto el proyecto de implantar embriones clonados como el hacer cualquier otro uso de ellos.” Prosigue : “La razón más profunda para cuestionar estos experimentos es que clonar un ser humano, con cualquier fin, es transformarlo en un mero instrumento sometido al poder arbitrario del tecnólogo. “Hablar de clonación “terapéutica” es un eufemismo. La generación y destrucción de un embrión no cura a nadie. Es más exacto hablar de clonación para la investigación biomédica. Hasta ahora no está en absoluto claro que estos experimentos vayan a dar frutos. Pero independientemente de ello, me parece que destruir a un ser humano en los comienzos de su vida para curar enfermedades de los que ya hemos alcanzado la madurez es, sin duda, inaceptable.

- Jorge Allende, Profesor del Programa de Biología Celular y Molecular de la

⁴² Tito Ureta, académico de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, en www.bioplanet.net/magazine/bio_marabr_2003/bio_2003_marabr_reportaje.htm

⁴³ www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=44-36k

⁴⁴ Alfredo Pradenas, Presidente de la Sociedad de Bioética y Académico del Instituto de Filosofía y Estudios educacionales de la Universidad Austral, en www.bioplanet.net/magazine/bio_marabr_2003/bio_2003_marabr_reportaje.htm

Universidad de Chile se muestra en desacuerdo con la clonación y explica: *"No estoy de acuerdo con la clonación humana, ya sea con fines reproductivos o terapéuticos. El límite ético está dado por lo que cada uno de nosotros considera como un ser humano, al que le debemos respeto y no deberíamos instrumentalizarlo. Para mí, éste ya está presente en un embrión con un genoma completo que tiene la potencialidad de dar origen a una persona humana.*

- El destacado científico, Premio Nacional de Ciencias 1994, Humberto Maturana, hace un análisis de la clonación basado en circunstancias históricas y económicas y se muestra escéptico en cuanto a la utilización que puede tener en estos tiempos la clonación terapéutica. Afirma: *"Vivimos una cultura en la que cuando hay una oposición entre una visión ética y una comercial, predomina esta última. Por eso, me opongo a la clonación en este momento histórico. Pienso que cualquiera sea el propósito declarado, mientras no cambie nuestra psiquis mercantil, más pronto que tarde la clonación será motivo de negocio y las consideraciones éticas serán olvidadas o violadas"* *"Pienso que en una cultura ética no mercantil se justificaría la clonación terapéutica. Y creo también que ésta podrá eventualmente hacerse con células troncales no embrionarias".*⁴⁵

Entre los países que ya han legislado penalizando en sentido amplio la clonación están Perú y Australia. En Estados Unidos el Gobierno y el Congreso

Han manifestado interés en prohibir toda clonación.

Otra opinión contraria a todas las formas de clonación humana la encontramos en una declaración de Naciones Unidas, que condena incluso, la investigación con células madre. Esta decisión fue adoptada por el comité legal de la ONU y recibió el apoyo de 71 países (Estados Unidos y Alemania lideran esta posición) y votada en contra por 35 (China, Bélgica y Reino Unido, entre éstos). El debate se centró en la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos, que busca extraer de ellos las llamadas células madre, que son aquellas que dan origen a todos los órganos del cuerpo. Quienes respaldan la clonación terapéutica aseguran que gracias a esta técnica se desarrollarán curas para una larga lista de enfermedades como por ejemplo el alzheimer, lesiones a la médula espinal, cáncer y diabetes. Las naciones que se oponen a la investigación, aseguran que se trata de una amenaza para la vida y la dignidad del hombre. Aunque la declaración no es vinculante, ella recomienda a los estados miembros la prohibición total de la clonación humana. Recientemente, el 8 de marzo de 2005 la Asamblea General de la ONU adoptó declaración sobre clonación humana que pide a los Estados Miembros prohibir todas las formas de duplicación que sean incompatibles con la dignidad humana y la protección de la vida humana.⁴⁶

En nuestro país actualmente se trabaja en los últimos trámites del proyecto de anticlonación sobre la base de dos boletines. El primero del año 1993 que fija las normas sobre investigación científica en seres humanos, legisla sobre el genoma humano y prohíbe la clonación y el segundo de 1997 referido a la protección de los embriones humanos y que establece sanciones penales para quienes practiquen la clonación, en

⁴⁵ www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=44-36k

⁴⁶ Diario La Tercera, Martes 22 de Febrero de 2005 y Diario La Nación, 9 de Marzo de 2005.

todo caso el debate aún se encuentra abierto.

4.4) Problemas éticos y bioéticos de la Clonación

Podría darse la situación de que algunos hombres tuviesen un dominio total sobre la existencia de los demás, escogiendo los atributos y características de los futuros individuos, encontrándonos en presencia de la creación del hombre por el hombre. Esta creencia selectiva del hombre tendría una consecuencia nefasta en la cultura, puesto que se partiría de la base de que el ser humano vale por sus atributos biológicos pre escogidos y no por su identidad personal que constituiría su esencia humana, provocando insospechados problemas de discriminación, rompiendo con la igualdad inherente a todo ser humano digno de derechos esenciales, materializadas en distintas leyes y declaraciones tanto nacionales como internacionales.

Otro tema que se vería amenazado con la clonación sería en cuanto a la dignidad del clonado, que sería la repetición de otro ser.

Si la clonación humana pretende sólo manipular embriones y no humanos, tratando de evitar las consecuencias que acabamos de señalar, resulta también discutible desde un punto de vista moral, puesto que, la clonación del embrión-feto implicaría la experimentación sobre embriones y fetos, exigiendo su eliminación antes del nacimiento, convirtiéndose en un proceso instrumental y cruel respecto al ser humano, según los adherentes a la opinión que un embrión es un bien digno de protección jurídica irrestricta.

En contra de la clonación humana se pueden esgrimir todas las razones morales que han llevado a la condena de la fecundación in vitro en cuanto tal o al rechazo de la fecundación in vitro destinada sólo a la experimentación.

La supervivencia de la especie humana y los derechos de todo hombre a ser único e irrepetible, a poseer un patrimonio genético inviolado y a preservar la privacidad de ese patrimonio son los valores que se verían vulnerados.

Producto de los razonamientos anteriores es que urge legislar al respecto, tanto a nivel nacional como internacional, exigiendo un acuerdo universal respecto a esta materia, pues no servirían legislaciones restrictivas en unos países y permisivas en otros, ya que bastaría cambiarse de país para vulnerar las normas. Por lo que es el acuerdo multinacional el que va a resolver la situación.

Para Carlos María Romeo Casabona⁴⁷, la toma de decisiones acerca de los nuevos descubrimientos biológicos ha de aceptar como mínimo cuatro premisas:

La búsqueda de principios regulativos o la imposición de limitaciones no corresponde de modo exclusivo a los investigadores pues, al afectar sus descubrimientos a toda la colectividad, en la discusión debe participar también esta colectividad a través de personas o grupos cualificados.

Debe asegurarse el pluralismo ideológico para garantizar que en la discusión se integran los diversos puntos de vista.

⁴⁷ Carlos María Romeo Casabona, *Biotechnología y Derecho*, Ed. Comares, 1998

Son importantes los “Comités Nacionales de Bioética” como medio de canalización de estos objetivos, creación de opinión, fomento del debate en la opinión pública y orientación de las instancias pública. Un comité ha de ser independiente de los poderes públicos, ha de ser plural en las representaciones ideológicas y científicas, y no debe ser directiva, pues no puede pretender reemplazar los procedimientos jurídico-constitucionales establecidos.

Se ha de tender hacia la uniformidad de criterios, incluso en el ámbito supranacional e internacional, armonizando las legislaciones correspondientes.

4.5). La opinión de la Iglesia Católica.

La postura del cristianismo está perfectamente definida:

“Las técnicas de F.I.V. pueden hacer posible otras formas de manipulación biológica o genética de embriones humanos. Estos procedimientos son contrarios a la dignidad del ser humano propio del embrión y, al mismo tiempo, lesionan el derecho de la persona a ser concebida y nacer en el matrimonio y del matrimonio. También los intentos y las hipótesis de obtener un ser humano sin conexión alguna con la sexualidad mediante “fisión gemelar”, clonación partenogénesis, deben ser considerados contrarios a la moral en cuanto que están en contraste con la dignidad tanto de la procreación humana como de la unión conyugal”⁴⁸

En una nota publicada el 26 de febrero de 1997 en L’Osservatore Romano, bajo el título “Una demanda imperiosa de la razón y de la humanidad”, solicitan la prohibición de la clonación humana, argumentando que embarcarse en esta empresa puede responder a finalidades puramente experimentales, cognoscitivas, lucrativas, pseudoterapéuticas o de puro desafío a los límites humanos y al poder divino, agregando que la clonación podría traer graves consecuencias, como por ejemplo ser un medio de producción de duplicados humanos que, congelados, podrían constituir un banco de órganos a medida del interesado; servir para crear un ejército indefinido de autómatas, de soldados prefabricados, de científicos o de obreros de segunda categoría; puede ser la variante para dar descendencia a parejas de lesbianas y homosexuales o simplemente para quienes deseen tener hijos idénticos a sí mismos; puede ser el modo de crear una raza superior, proyectada en el laboratorio, depurada de nuestras taras actuales; puede ser la solución para fabricar individuos sin familia sobre los que pueda experimentarse sin que nadie llore los resultados y las pérdidas.

⁴⁸ “Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe”, Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, 1987.

CAPÍTULO TERCERO: LEGISLACIÓN.

Este capítulo se compondrá de dos grandes acápite, por una parte, la legislación referente al aborto, haciendo hincapié en los distintos sistemas que existen en derecho comparado; y por otra parte la legislación referente a la manipulación genética, deteniéndonos en los distintos proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación en nuestro Congreso y en la ley española.

1) NORMATIVA REFERENTE AL ABORTO.

1.1) El aborto en la legislación penal chilena.

El Código Penal Chileno trata del delito de aborto en el Título VII del Libro Segundo, “De los Crímenes y Simples Delitos contra el Orden de las Familias y la Moralidad Pública”, en los artículos 342 y siguientes. Existe consenso en que el bien jurídico protegido por la ley no es el orden de las familias ni la moralidad pública, sino que la vida del que está por nacer.

El legislador chileno ha omitido establecer una definición legal de aborto, refiriéndose a *aquel que lo causare u ocasionare*.

Existen tres posturas en cuanto a lo que se debe entender por aborto:

a) Tesis de Raimundo Del Río: Para este autor la definición de la acción de abortar sería la expulsión del embrión o feto, y no dar muerte al feto o feticidio, aún cuando ambas situaciones generalmente coinciden. *“Lo que constituye el aborto es la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea, el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte”*⁴⁹

b) Tesis de Labatut o Postura Intermedia o ecléctica: Esta postura considera la acción de causar un aborto como la expulsión del feto con el propósito de ocasionar la muerte. Existe una interrupción maliciosa del embarazo destinada a destruir una vida humana dependiente. Se introduce un elemento subjetivo al tipo, cual es el propósito de dar muerte al feto.

c) Tesis dominante: Concibe el delito de aborto como dar muerte al feto, lo asimila al feticidio. Son numerosos los fallos que se inclinan por esta tesis, así *“la Corte Suprema ha señalado que por aborto debe entenderse el hecho de la interrupción del proceso natural del embarazo que produce la muerte del feto o producto de la concepción”*⁵⁰

El artículo 342 del Código Penal en su inciso primero describe la figura del delito de aborto como “el que maliciosamente causare un aborto”, es así como podemos desprender que todo aborto en cualquiera de sus hipótesis supone:

La existencia de una mujer embarazada.

Que el embrión o feto esté vivo.

Que se produzca la muerte o destrucción del producto de la concepción durante el parto.

Si analizamos este último supuesto concluimos por una parte que la muerte del feto que se produce fuera del vientre materno o por expulsión natural, no constituye delito de aborto y por otra parte la destrucción del óvulo inseminado in Vitro mientras no está anidado o cualquiera otra maniobra destinada a impedir la anidación, tampoco sería abortiva.

1.1.1) Adecuación típica del aborto:

a) Objeto Material: El objeto es el producto de la concepción en todas sus etapas. En cuanto al momento desde el cual existe objeto tutelable a través de esta figura se discute por cuanto ya lo hemos explicado para algunos autores como *“Mezger- Blei se fija el comienzo de la calidad de feto en el momento en que el huevo femenino es fecundado por el semen. Maurach, Welzel y Antolisei fijan ese momento en la anidación del huevo fecundado en el útero”*⁵¹ Ahora, respecto al umbral máximo de protección penal por el delito de aborto llegamos de nuevo a la interrogante de cuándo comienza la vida humana independiente recurriendo nuevamente al infanticidio, que se puede cometer en el

⁴⁹ “Derecho Penal Chileno”, Bustos, Grisolia y Politoff, página 141.

⁵⁰ Gaceta de los Tribunales, 1948, volumen número 66, página 378.

⁵¹ “Derecho Penal Chileno”, Bustos, Grisolia y Politoff, página 142.

momento después del parto, fijando como límite inicial del homicidio y a su vez como límite máximo del aborto el proceso fisiológico de expulsión de la criatura o parto, tema que tratamos con mayor profundidad en el capítulo primero.

b) Sujeto Activo: No requiere una propiedad especial para configurar el delito de aborto, pero sí en cuanto a las distintas figuras de aborto y su penalidad.

c) Conducta: La postura que predomina es aquella que postula que para estar en presencia del delito de aborto se necesita dar muerte al feto y esto necesariamente implica una conducta positiva o acción.

d) Medios: Nuestra legislación penal guardó silencio en cuanto a los medios para perpetrar este delito, por lo que debe entenderse que además de medios físicos puede concebirse la utilización de medios morales, siempre que sean idóneos.

1.1.2) Figuras de aborto.

El aborto podemos clasificarlo en tres hipótesis:

Aborto causado por terceros extraños: dentro de éste el aborto puede ser:

a.1) Aborto violento.(artículos 342 N°1 y 343 Código Penal)

a.2) Aborto no violento: Que puede ser:

i) sin consentimiento de la madre (artículo 342 N°2 Código Penal)

ii) con consentimiento de la madre(artículo 342 N°3 Código Penal)

Aborto causado por la propia madre (artículo 344 Código Penal)

Aborto causado por facultativo (artículo 345 Código Penal)

Análisis de los casos.

Aborto causado por terceros extraños.

a.1) Aborto violento. Dentro de esta figura encontramos el aborto violento del art. 342 N° 1 y el del art.343 del Código Penal.

Artículo 342 N°1 : “El que maliciosamente causare un aborto será castigado...1º Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada”

El que el legislador haya empleado el término causar ha sido objeto de innumerables críticas por la ambigüedad que conlleva esta expresión. En este sentido debió hablarse de matar, ya que esta es la acción típica. En cuanto a la palabra maliciosamente la doctrina está conteste en cuanto a que desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva sólo se admite dolo directo. Es en torno a la violencia donde se ha cuestionado más acerca de si además de coacción física es admisible la violencia moral, llegando a un cierto consenso en cuanto a que las amenazas y coacciones estén dirigidas a la integridad física de la mujer.

Artículo 343.” Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aún cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al

hechor”

Se ha discutido en doctrina en torno a si esta clase de aborto se trataría de un delito preterintencional en cuanto a que las violencias dolosas derivarían culposamente en el delito de aborto o, si bien se trataría de una conducta culposa por cuanto no existiría un tipo básico doloso de ejercer violencias. Para otros autores es un tipo cometido con dolo eventual y hay quienes piensan que las violencias deben ser cometidas con dolo directo y que con respecto al resultado de aborto éste puede ser producto de la culpa o del dolo eventual. En todo caso debemos destacar que es un requisito indiscutible que el autor conozca el estado de embarazo de la mujer sobre la cual ejerce violencias.

a.2) Aborto no violento:

a.2.1) Aborto causado sin consentimiento de la madre:

Artículo 342 N° 2: “ El que maliciosamente causare un aborto será castigado...N°2: con la (pena) de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza (violencia), obrare sin consentimiento de la mujer”.

Hay autores que sostienen que en esta figura existe además un atentado a la libertad individual de la mujer y este sería el fundamento de su severidad.

a.2.2) Aborto causado con el consentimiento de la madre:

Artículo 342 N° 3: “El que maliciosamente causare un aborto será castigado...N° 3: Con la (pena) de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere”.

Debemos tener claro que el consentimiento de la mujer está sancionado expresamente por el artículo 344 inciso 1° del código Penal. El sujeto activo de esta figura es el tercero extraño que causa un aborto en la mujer con consentimiento de ésta. El consentimiento es un elemento del tipo objetivo que debe existir, independientemente que el actor crea no contar con él.

Aborto causado por la propia madre:

Artículo 344: “La mujer que causare su aborto o consintiere en que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo (inciso 1°). Si lo hiciere para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio” (inciso 2°)

El inciso 1° sanciona dos delitos: el autoaborto y el consentimiento de la mujer para que otro le cause un aborto. En este último caso sólo se admite el dolo directo y en el autoaborto el tipo subjetivo es más amplio ya que también puede cometerse con dolo eventual.

El inciso 2° contempla el denominado aborto honoris causa, este es un tipo privilegiado fundado en la motivación de la mujer para abortar. Este tipo ha sido objeto de innumerables críticas por cuanto el concepto de honra y de honor es discutible y dinámico y que dice relación con un concepto público que no se condice necesariamente con la dignidad de la mujer.

Aborto causado por facultativo:

Artículo 345: “El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o

cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

Se trata de una figura calificada y de sujeto activo calificada. La palabra facultativo está tomada en una acepción amplia que se extiende a todos los profesionales de la salud y no sólo a los médicos. Abusar del oficio dice relación con la actuación más allá de los propósitos terapéuticos que al profesional se le exige. Desde el punto de vista de la participación se castiga la autoría y la complicidad del mismo modo.

1.2) Doctrina.

En términos generales, abortar significa dar muerte al producto de la concepción que no es persona, así, las distintas legislaciones protegen el bien jurídico vida humana incipiente, de distintas maneras, siendo del tenor siguiente:

a) Postura Conservadora extrema: no admite hipótesis de aborto impune que no consistan en los supuestos de conflicto entre la vida de la embarazada y la del feto.

b) Postura Conservadora Moderada: preconiza un sistema de indicaciones limitado a indicaciones terapéuticas o médicas, éticas y eugenésicas.

c) Postura Intermedia: propone abrir el sistema de indicaciones, dando cabida a situaciones socioeconómicas o de necesidad, lo que ha sido muy discutido.

d) Opción Liberal: establece el sistema del plazo. El aborto practicado dentro de cierto plazo no es punible.

e) Posición Radical: derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su gravidez en cualquier estado de ella, siendo impune. El estado no está legitimado para intervenir, puesto que el vientre le pertenece a cada mujer.

La tendencia actual se debate en una fórmula mixta de indicaciones y plazos.

Sin embargo, la legislación chilena se caracteriza por un conservadurismo extremo, con un sistema de punibilidad cerrado, sin indicaciones específicamente legisladas, lo que se explica debido a que desde la entrada en vigencia del Código Penal, las normas referentes al aborto no han sido modificadas.

Las indicaciones son situaciones especialísimas en que con el cumplimiento de determinados requisitos, un determinado acto no es punible. En materia de aborto, se han señalado las siguientes indicaciones:

Indicaciones médicas: el hecho de continuar con el embarazo pone en riesgo la salud y la vida de la mujer embarazada.

Indicaciones Éticas: respecto de la mujer que queda embarazada producto de una violación, y el rechazo que tendrá ésta a su futuro hijo.

Indicaciones eugenésicas: en virtud de las cuales no es punible el aborto de una criatura de la que se sabe nacerá con deficiencias físicas o intelectuales.

El antiguo artículo 119 del Código Sanitario establecía la no punibilidad del aborto terapéutico, estableciéndolo de la siguiente forma: "Sólo con fines terapéuticos podrá

interrumpirse el embarazo", artículo que en la actualidad se encuentra derogado debido a que el legislador estimó que debido al avance de la ciencia, existen muy pocas patologías que pongan en riesgo la vida y la salud de la mujer embarazada producto de la continuación de su embarazo. La derogación de esta indicación fue realizada por la ley 18.826 de 1989. Frente a este fundamento se alzó la posición contraria por parte de algunos médicos señalando que el hecho que hayan disminuido los riesgos en el embarazo, no quiere decir que éstos hayan desaparecido, y que aún existan casos extremos en que la indicación se requiere. Sin embargo, y para aquellos casos en que la colisión de bienes jurídicos protegidos se produce (Vida del feto y Salud o vida de la madre) se podría considerar como un estado de necesidad no reglado en el Código Penal, ya que el artículo 10 número 7 de dicho cuerpo legal permite sacrificar sólo el derecho de propiedad, para Etcheberry esto sólo procedería en casos de grave peligro contra la vida de la madre, pues sólo en este caso se trataría de bienes jurídicos de la misma categoría.

También se puede analizar desde la óptica de la no exigibilidad de otra conducta, en casos de violación y de malformaciones graves.

En los casos en que los médicos se ven forzados a practicar abortos por motivos terapéuticos, la norma del artículo 10 número 10 del Código Penal es la invocada, como causal de justificación, el ejercicio legítimo de su profesión u oficio, respecto de la antijuridicidad o de la culpabilidad por el cumplimiento del deber de salvar la vida.

La comisión redactora del Código Penal distinguía entre feto animado (al que le ha entrado el alma al cuerpo) y feto inanimado (aquel que no tenía alma), resolviendo en la sesión 159 que esta distinción era inaceptable y que desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia hay en él el germen de un hombre, siendo el sujeto pasivo del delito de aborto el feto y el bien jurídico protegido la vida humana

Nuestra Constitución Política de la República consagra la protección de la vida del que está por nacer. En base a esta disposición, no cabe discusión alguna respecto a si el feto es persona o sólo una masa de células. No cabe ya el argumento de que el feto es una prolongación de la vida de la madre.

El Código Penal alemán y el español recogen la indicación para los embarazos producto de violaciones, y permiten abortar concurriendo los siguientes requisitos: a) Se haya denunciado el hecho de la violación; y b) No hayan transcurrido más de doce semanas de gestación

Los bienes jurídicos protegidos con el delito de aborto además de la vida humana incipiente son, en forma secundaria: la vida o salud de la madre, ya que los abortos, en especial los violentos, hacen peligrar este bien jurídico; la libertad personal, en casos en que la madre no consiente en abortar, vulnerando su deseo de continuar con su embarazo, la política demográfica del Estado, por cuanto los abortos disminuyen la tasa de natalidad, lo que depende de políticas criminales de cada país, puesto que en algunos países esto se podría mirar como un beneficio más que un atentado.

En cuanto a la legislación aplicable en el tercer nivel de protección del derecho a la vida, si se sanciona con el delito de aborto los ataques a un embrión no anidado, debemos responder necesariamente que no, y el motivo de esta respuesta no radicaría

en una norma positiva, ya que como establecimos anteriormente, en Chile la regulación del aborto es extremadamente conservadora y radicaría en la aplicación de los siguientes principios del derecho penal :

a) Última Ratio Legis: principio ampliamente desarrollado por Claus Roxin en su teoría, en virtud del cual no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros menos graves. Sólo en último lugar, cuando ninguno de los medios anteriores es suficiente, estará legitimado el recurso a la pena, el derecho penal es secundario y se aplicará cuando el resto de la legislación es insuficiente. En el caso concreto que nos avoca, se ha estimado que existiendo dudas biológico-científicas sobre el momento en que comienza la vida, transformaría al embrión o pre - embrión en un objeto que no reúne las características para ser un bien jurídico protegido por la ley penal.

b) Principios limitadores del ius puniendi: sistematizados por Francisco Muñoz Conde, en especial el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena que se impone, la que debe determinarse atendiendo tanto al injusto cometido, como al grado de reprochabilidad jurídico - penal que pueda formularse respecto del sujeto, pareciendo evidente que castigar con las penas del delito de aborto a una mujer que consume pastillas anticonceptivas antianidatorias sería excesivo.

1.3) En Argentina.

En relación con la pastilla del día después, gran revuelo han causado los proyectos de ley número 3956-D-03 y número 4260-D-03 y los proyectos de resolución número 4104-D-03, número 4102-D-3, 4043-D-03 y 3955-D-03 presentados en la Cámara de Diputados, considerados como una embestida de los sectores que consideran abortivos cualquier método anticonceptivo postcoital y que se niegan a reconocer los llamados derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Estas iniciativas proponen penar con reclusión de hasta diez años a los farmacéuticos y funcionarios públicos que avalen la fabricación, distribución, comercialización y venta de especialidades medicinales de efectos abortivos y/o cooperen de algún modo en los hechos, señalando como un ejemplo de infracción a estas leyes, la comercialización y producción de anticonceptivos de emergencia (la llamada píldora del día después) calificándolos como abortivos, con argumentos cargados de imprecisiones científicas .

En oposición a estos proyectos, la diputada por la ciudad de Buenos Aires, María José Lubertino , **por medio de una carta publicada el día domingo 21 de Septiembre de 2003**, argumenta que *las píldoras anticonceptivas de emergencia están autorizadas en más de cuarenta países del mundo y también en la Argentina por el Ministerio de Salud (ANMAT) desde hace varios años. No hay ningún país de América Latina donde las estrategias judiciales o legislativas restrictivas como las de los proyectos antes mencionados hayan tenido éxito. En 1998, la Organización Mundial de la Salud definió a las píldoras anticonceptivas de emergencia como un método anticonceptivo más y exhortó a la difusión y utilización, en aquellos casos en que cualquiera de los métodos anticonceptivos disponibles fallaron o no hubieran sido utilizados, así como también en el caso de las violaciones.*⁵²

Agrega la diputada que el Protocolo de Atención a las Víctimas de Violencia Sexual de la ciudad de Buenos Aires tiene a las píldoras anticonceptivas de emergencia como una de sus herramientas básicas, y se espera que también se apruebe en el Programa Nacional de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Delitos Sexuales.

Finalmente, la señora Lubertino nombra una serie de textos legales que forman parte de la legislación argentina vigente y que estarían en contradicción con los mencionados proyectos, a saber:

Ley Nacional 25.673 de Salud Sexual y Procreación Reproductiva (sancionada en el 2002).

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración Universal Derechos Humanos, 1948 ("Todo individuo tiene el Derecho Humano básico de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos, y el derecho de recibir información y educación adecuados sobre Planificación Familiar, así como el derecho a obtener los medios necesarios para conseguirlo.")

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (todos ellos con rango constitucional).

También contradicen lo dispuesto por los organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas conforme lo establece la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993) donde se afirma que *...debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales*⁵³

La diputada concluye su carta estableciendo que *“Urge reconocer los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas como derechos humanos básicos y los Estados tienen la obligación de garantizar activamente su ejercicio, más allá de los criterios religiosos o de las opiniones de algunos grupos de poder, en beneficio de la salud del conjunto de la población.”*⁵⁴

La experiencia contenida en la carta de la diputada Lubertino no se ha repetido en Chile, puesto que en nuestro país el ala conservadora del Congreso ha buscado la erradicación de la pastilla del día después (y probablemente de cualquier otro método anticonceptivo de emergencia) por la vía de la inconstitucionalidad, ya que sería nuestra propia Carta Fundamental la que mandaría proteger la vida del que está por nacer,

⁵² Carta de la diputada por la ciudad de Buenos Aires, María José Libertino, en <http://www.argentina.linefeed.org/news/2003/09/135469.php>

⁵³ Declaración y Programa de Acción de Viena, año 1993, punto V.

⁵⁴ Carta de la diputada por la ciudad de Buenos Aires, María José Libertino, en <http://www.argentina.linefeed.org/news/2003/09/135469.php>

mandato que obligaría a prohibir la píldora del día después, desatándose la guerra en tribunales y no en el Congreso.

1.4) En Alemania.

En la ley modificatoria del Código Penal alemán de 1976, surgida con ocasión de una sentencia del tribunal constitucional federal, se contemplaba una regla especial de definición, conforme a la cual no constituye interrupción del embarazo cualquier actuación previa a la anidación, creando así uno de los primeros textos legales en recoger el límite de la anidación como corte en el desarrollo de un embarazo.

1.5) Conferencia Mundial de Derechos Humanos

Celebrada en Teherán de 1968, se reconoce que “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos”. De esta manera se sientan las bases para el progresivo reconocimiento y desarrollo de los Derechos Sexuales y Reproductivos. Por primera vez se afirma como un derecho humano fundamental, que son las personas quienes deben tomar las decisiones acerca del número y espaciamiento de los hijos que desean tener.

1.6) Conferencia Mundial de Población de Bucarest:

En 1974, se reafirmó la noción de derechos fundamentales en torno a las decisiones reproductivas. Se reconoció como un derecho de los individuos (no ya de las parejas ni tampoco restringido a los padres), la capacidad de decidir sobre la regulación de la fecundidad, enfatizando las responsabilidades del Estado en cuanto a proporcionar información, educación y los medios que permitan a los individuos su ejercicio.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

De 1979, aprobada por Chile en 1989, contempla una serie de derechos que corresponden a hombres y mujeres en condiciones de igualdad, refiriéndose expresamente a la capacidad autónoma de las personas de tomar decisiones en materia de reproducción, así como a contar con toda la información, los medios, servicios y atención médica que permitan efectivamente ejercer estos derechos, sin ninguna forma de discriminación.

*El artículo 16.1 letra e) consagra el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.*⁵⁵

⁵⁵ Reitera la piedra angular de los derechos sexuales y reproductivos de la Conferencia de Teherán de 1968, pero esta vez eleva la norma al tratarse de un tratado ratificado por Chile.

1.8) Chile, Proyecto de Ley BOLETÍN NÚMERO 2608-11

Pretende la creación de una Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos. Nace como una moción de las diputadas María Antonieta Saa, Fanny Pollarolo, Isabel Allende, Rosa González y Marina Prochelle y de los diputados Jeame Barrueto, Osvaldo Palma, Jarpa, Mulet y Ascencio.

La noción de Derechos Sexuales y Reproductivos surge de la evolución de los Derechos Humanos, por lo que este proyecto de ley constituye una complementación al artículo quinto de nuestra Constitución.

En la década del 50 y especialmente durante los años 60, se origina una creciente preocupación por los temas de población y desarrollo por parte de los países más ricos. En especial respecto del elevado crecimiento poblacional en los países denominados subdesarrollados. A fin de preservar los equilibrios político-económicos de la postguerra e impedir que el aumento de la población empobrecida se convirtiera en fuente de inestabilidad política, se desplegaron esfuerzos para influir en los comportamientos reproductivos de las personas en estos países. Unido al apoyo económico, se implementan, con mayor o menor eficacia, políticas y programas de Planificación Familiar o Paternidad Responsable tendientes a disminuir el crecimiento poblacional con la promesa de un mayor desarrollo económico. Estas políticas de población tuvieron por principal objetivo disminuir las tasas de fecundidad. Sin embargo, las políticas y programas no se elaboraron a partir del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las personas, en especial de las mujeres.

*En consecuencia, la comunidad internacional comenzó a esbozar los conceptos de derechos reproductivos como fundamento de cualquier intervención en el comportamiento reproductivo de la población.*⁵⁶

Fundamental para el progresivo reconocimiento de los Derechos Sexuales y Reproductivos han resultado la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo El Cairo 1994 y la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995.

Los Derechos Sexuales y Reproductivos son definidos como derechos y libertades fundamentales que corresponden a todas las personas, sin discriminación, y que permiten adoptar libremente, sin ningún tipo de coacción o violencia, una amplia gama de decisiones sobre aspectos consustanciales a la vida humana como son la sexualidad y la reproducción. Estos derechos implican contar con información y acceso a los servicios y medios que se requieren para ejercer estas decisiones.

La libertad sexual comprende la libertad reproductiva, lo que implica decidir libre, informada y responsablemente si desean o no procrear.

“La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con

⁵⁶ Extracto de los fundamentos históricos del concepto de derechos sexuales y reproductivos que se adjuntaron al proyecto de ley boletín número 2608-11.

el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con que frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia a su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual”⁵⁷

El Estado de Chile ha hecho expreso reconocimiento que los Derechos Sexuales y Reproductivos son un conjunto de Derechos Humanos, ya recogidos en instrumentos internacionales y en el ordenamiento jurídico nacional.⁵⁸

Los derechos que han servido de fundamento de los Derechos Sexuales y Reproductivos son: el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, la integridad física y síquica, la libertad y seguridad personal, el derecho a la privacidad e intimidad, el derecho a la salud, el derecho a la educación. Ellos se encuentran consagrados en la Constitución Política de Chile, en disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Convención Americana de Derechos Humanos.

El proyecto de ley Marco tiene por objeto establecer las bases normativas generales para que el Estado de Chile asuma su responsabilidad internacionalmente comprometida. De modo que su accionar respete, garantice y promueva los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Consta de diecisiete artículos, de los cuales destacamos por su trascendencia respecto al tema que analizamos los siguientes:

Artículo 6 Los Derechos Sexuales y Reproductivos aseguran a todas las personas la posibilidad de tomar decisiones y ejercer libre, consciente y responsablemente su sexualidad y reproducción, sin ningún tipo de coacción o violencia. Ellos aseguran, asimismo, que todas las personas puedan contar con la información, la educación y el acceso a los servicios, medios e instrumentos que se requieren para tomar tales decisiones. Disposición que destacamos puesto que cabría preguntarse si dentro de la posibilidad de tomar decisiones se encontraría la de abortar, cuestión que se

⁵⁷ Organización Mundial de la Salud y que se encuentra contenido en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, (párrafo 7.2).

⁵⁸ Documento Oficial de Chile a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994.

contrapondría a otras normas de derecho interno, agregando además que en su parte final estaría asegurado el acceso a medios e instrumentos para tomar dichas decisiones.

Artículo 7 La salud sexual y reproductiva es un estado de completo bienestar biológico, social y emocional en todos los aspectos de la vida humana vinculados a la sexualidad y a la reproducción, no siendo solamente la ausencia de enfermedades, sino que integra las múltiples facetas humanas comprendidas en las decisiones, comportamientos y vivencias sexuales y reproductivas. Destacado nuevamente por aludir a las “decisiones” que comentábamos respecto del artículo anterior, relacionado al bienestar emocional que producirían dichas decisiones, lo que podría incluir nuevamente un aborto.

Artículo 11 Se reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones libremente respecto de la procreación, lo que implica que las personas puedan decidir libre, informada y responsablemente si desean o no tener hijos, el número de éstos y el intervalo entre los nacimientos. Así como también el derecho de mujeres y hombres a recuperar la fertilidad cuando ésta ha sido dañada por falta de información y la falta de tratamientos adecuados. Se plasma una norma que ya habíamos comentado anteriormente a propósito de la Declaración de Derechos Humanos de Teherán y del Tratado de 1979 ratificado por Chile en 1989, que facultaría a las personas a decidir si desean o no tener hijos.

Artículo 17 Se reconoce a todo usuario de los servicios de salud pública y privada el derecho a la confidencialidad de la información relacionada con la salud sexual y reproductiva, entre los cuales se incluye la confidencialidad de la información en complicaciones de aborto y acceso a métodos anticonceptivos. Todo profesional o funcionario de un servicio de salud pública o privado que incurriere en una infracción a la violación de la confidencialidad establecida en el inciso anterior será penado conforme al artículo 246 del Código Penal y será responsable civilmente de acuerdo a las normas generales. Destacamos este artículo que propone la confidencialidad de la información en complicaciones de aborto por parte de los funcionarios y profesionales de la salud, para cuya violación hay incluso sanciones penales en relación al deber de denuncia que pesa sobre ellos en casos de abortos.

Si bien estamos de acuerdo en la regulación y reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, creemos que este proyecto no llegará a concretarse en ley de la República, puesto que abre la posibilidad de que con él se despenalice el aborto, teniendo en cuenta que nuestra legislación referente a este delito es en extremo conservadora, sin que acepte ni siquiera alguna indicación. Al parecer en Chile se puede decidir el número y espaciamiento de los hijos, pero una vez que existe embarazo, habría una presunción legal que no admite prueba en contrario de que la persona “desea” tener un hijo, deseo que además tendría el carácter de irrevocable, por lo que los derechos reproductivos sólo serían derechos anteriores al embarazo y una vez que este se produce, este derecho desaparece.

2) Normativa referente a la Manipulación Genética: Declaraciones y Normativas Internacionales y Nacionales.

2.1) Normativas Internacionales.

2.1.1) Código de Nüremberg.

Con este nombre se conocen diez puntos establecidos históricamente como las primeras directrices básicas en el ámbito de la experimentación científica en seres humanos.

Fueron elaboradas en el marco del juicio de Nüremberg, que juzgó a los criminales de guerra nazis por los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, específicamente al conocerse el caso denominado “Estados Unidos contra Karl Brandt”, a propósito del cual se debatió el difícil tema de la experimentación médica en seres humanos.

La defensa arguyó la inexistencia de legislación internacional que distinguiera entre experimentación legal e ilegal en seres humanos. Este planteamiento preocupó seriamente a los doctores de nacionalidad norteamericana Andrew Ivy y Leo Alexander, quienes trabajaron con la fiscalía durante el referido juicio, al punto que el 17 de abril de 1947 el doctor Alexander entregó un memorándum al Consejo de los Estados Unidos para Crímenes de Guerra, en el cual se señalaban seis puntos que definían la investigación legítima.

El veredicto pronunciado el 19 de agosto del mismo año reiteró la mayor parte de estos seis puntos en una sección del fallo que tituló “Experimentos médicos permitidos” y que extendía los seis puntos originales a diez, que en adelante han sido conocidos como el “Código de Nüremberg” y que han informado por más de cincuenta años numerosos reglamentos de ética médica.

2.1.2) Declaración de Helsinki.

Se trata de recomendaciones destinadas a guiar a los médicos en la investigación biomédica que involucre a seres humanos. Fueron adoptadas por la 18ª Asamblea Médica Mundial, celebrada en Helsinki, Finlandia, en junio de 1964 y posteriormente ratificadas por la 29ª y 35ª Asambleas Médicas Mundiales, que tuvieron lugar en Tokio y Venecia, en octubre de 1975 y octubre de 1983, respectivamente.

2.1.3) Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, de 11 de noviembre de 1997.

El organismo especializado de Naciones Unidas estableció esta Declaración de 25

artículos, agrupados en siete capítulos que podrán revisar en el anexo 1 de esta memoria (La Dignidad Humana y el Genoma Humano, Derechos de las personas interesadas, Investigaciones sobre el genoma humano, Condiciones de ejercicio de la actividad científica, Solidaridad y cooperación internacional, Fomento de los principios de la declaración y Aplicación de la declaración)

Esta declaración define al genoma humano como *la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.*⁵⁹, dignidad que en su artículo segundo, impone que no debe reducir a los individuos a sus características genéticas y que debe respetarse el carácter único de cada uno y su diversidad, genoma humano que en estado natural, no puede dar lugar a beneficios pecuniarios, conforme al artículo cuarto.

En cuanto a los derechos de las personas, se debe estar al “interés superior del interesado” lo que implica un examen de riesgos y ventajas, el respeto a las legislaciones locales y el consentimiento previo, libre e informado de la persona sometida a la investigación o tratamiento cuando éstas pueden darlo o de quienes la ley autoriza a darlo en subsidio cuando no puede ser dado en forma personal, todo compatible con la protección de los derechos humanos individuales. Los datos genéticos obtenidos deben mantenerse bajo la confidencialidad necesaria, y una alteración en el genoma deberá ser debidamente indemnizado

Fundamental importancia adquiere el artículo 11 de esta declaración para el tema de esta memoria que establece que *“No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración”*, siendo esta declaración absolutamente contraria a la clonación humana, estableciendo que las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad⁶⁰, estableciendo responsabilidades en cuanto a las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano a los investigadores y a los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas en cuanto a rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de éstas, conforme lo dispone el artículo trece de la declaración.

Finalmente, establece una serie de recomendaciones para que los distintos estados compartan sus avances en cuanto al conocimiento del tema y eviten los eventuales abusos que pudiesen provocarse.

⁵⁹ Artículo primero de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, 1997.

⁶⁰ Artículo 12 de la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, 1997.

2.1.4) Ley de Reproducción Asistida 1988, España y Código Penal Español:

España posee la legislación más avanzada respecto a la clonación, existiendo como textos legales “la Ley de Reproducción Asistida (1988)”. Este reglamento es el primero en el mundo que hace mención a la clonación de seres humanos y ha sido la base de posteriores legislaciones de otros países (como Gran Bretaña, por ejemplo)

En el nuevo Código Penal español existen cuatro artículos que hacen referencia a la manipulación genética, que son:

Artículo 159: “Los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo serán castigados con penas de dos a seis años de prisión”.

Artículo 160: “Entre tres y siete años de prisión es la pena para aquellos que utilicen la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana”.

Artículo 161: “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”.

Artículo 162: “, que castiga con la pena de prisión de dos a seis años a quien practique reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento”.

En conclusión, la pena máxima que se puede imponer por un delito de manipulación genética, considerando los cuatro artículos, es de siete años de cárcel.

2.1.5) Estados Unidos:

El presidente Bill Clinton, cuando era presidente de Estados Unidos, prohibió la utilización de fondos federales para posibles experimentos que intenten aplicar la clonación al ser humano, pidiendo una moratoria temporal para todos los experimentos de este tipo que pudieran estar en curso.

Actualmente, las leyes de Estados Unidos prohíben el uso de fondos federales para la experimentación científica con embriones humanos, y la decisión de Clinton va un poco más allá al extenderse a cualquier experimento de clonación en el hombre, lo que no asegura el cumplimiento de este objetivo, ya que muchos laboratorios son financiados de forma privada por lo que no les afectan las restricciones.

2.2) NORMATIVAS NACIONALES, PROYECTOS DE LEY QUE CONTIENEN NORMAS REFERENTES A MANIPULACIÓN GENÉTICA:

2.2.1) Boletín Número 1.026-07

Regula los principios éticos de las técnicas de reproducción humana asistida y establece sanciones para los infractores de sus normas. Nació como una moción del Senador Sebastián Piñera Echenique y su tramitación data del 6 de julio de 1993, de aprobarse, modificaría el Código Sanitario y el Código Penal.

El proyecto consta de 25 artículos, más un artículo final y sus principales objetivos son establecer normas sobre la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, señalando los requisitos que deben observar los interesados, los eventuales donantes de gametos y los centros médicos; sancionar la infracción de tales disposiciones, y crear una comisión asesora del Ministerio de Salud en esta materia, denominada “Comisión Nacional para la Reproducción Humana Asistida”. Las Comisiones Unidas que estudian este proyecto en el Congreso, distinguieron cuatro grandes temas en este proyecto de ley. Respecto de tres de ellos se alcanzó acuerdo de mayoría, en orden a establecer el momento en que ocurre la fecundación, para los efectos de esta ley (importantísimo para efectos del tema que motiva esta memoria); no restringir la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida a las parejas que estén casadas entre sí; y permitir que la fecundación se haga con gametos donados. Hubo unanimidad en cuanto al último tema, referido a los efectos en materia de filiación.

En cuanto al contenido del proyecto, éste definiría las técnicas de reproducción humana asistida como *“toda intervención artificial de carácter médico que tenga por objeto la fecundación de un óvulo por un espermio, teniendo como finalidad el nacimiento de un hijo”*⁶¹, a continuación prohíbe la fecundación de óvulos humanos con una finalidad distinta de la procreación, estableciendo que este tratamiento tendrá un carácter excepcional y que en su aplicación se deberá resguardar la vida y la salud del embrión humano, debiendo pasar por un doble examen médico que certifique la infertilidad de la pareja.

El artículo tercero de este proyecto, sin duda el más discutido en la comisión daría una respuesta definitiva a la pregunta sobre el comienzo de la vida al establecer que *“el embrión humano existe desde la fecundación, la que ocurre al momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo a través de la membrana gamética”*, estableciendo expresamente que es para efectos de esta ley, y recordando del capítulo anterior que el momento preciso de la fecundación es indeterminable. A continuación el artículo establece que *“La ley protege la vida del que está por nacer”*. Disposición ya conocida por nosotros, por lo que a nuestro parecer es reiterativa, teniendo en cuenta que la misma disposición tiene carácter constitucional.

El artículo cuarto regula los requisitos que debe reunir la pareja que se someta a fecundación asistida, siendo los más importantes, el que sea una pareja heterosexual y que acepta que uniones no matrimoniales se sometan a esta técnica. El artículo quinto establece el carácter excepcionalísimo de la utilización de gametos de terceros.

Los siguientes artículos hacen hincapié en la importancia del secreto en la información sobre quien es la persona del donante, datos que solo pueden ser revelados por orden judicial o por enfermedades graves, estableciendo el artículo doce que *“El que revele la identidad del donante de gametos o la identidad de los miembros de la pareja que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, será castigado con las sanciones previstas en el inciso segundo del artículo 247 del Código Penal. Si ejerciere alguna de las profesiones que requieren título, será penado además con suspensión de profesión titular en su grado mínimo a medio.”*

⁶¹ Artículo primero proyecto de ley correspondiente al boletín 1026-07.

Las penas se aplicarán en su máximo si la revelación de la identidad del donante se produce después de haberse aplicado un procedimiento de reproducción humana asistida en el cual se usaron sus gametos, o si la revelación de la identidad de los integrantes de la pareja se hace después que se sometieron a una técnica de reproducción humana asistida, en su caso". Transformándose en el primer delito regulado por esta ley, delito que dice relación con el secreto profesional más que con el tema de esta memoria. El párrafo cuarto que regula las sanciones, compuesto de los artículos 18 al 22, regulan nuevos delitos, esta vez directamente relacionados con nuestro tema, y que otorgarían protección al derecho a la vida en este tercer nivel de protección al sancionar con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales al que: Destruya un embrión humano; haga experimentos genéticos en un embrión humano; manipule un embrión humano con cualquier finalidad, que no sea la de mejorar las condiciones de salud del propio embrión; utilice un embrión humano para un fin distinto de la procreación, o produzca artificialmente híbridos, quimeras, divisiones gemelares o clones de seres humanos vivos o fallecidos.⁶² Posteriormente agrega que si el infractor fuere un profesional médico o enfermera, será castigado, además, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación de profesión titular en su grado mínimo y para el caso de reincidencias o reiteraciones, se aplicarán las penas asignadas al delito en su grado máximo.

Los artículos 19 y 20 establecen multas y suspensiones e inhabilitaciones profesionales para aquellos que criopreserven un embrión humano, que ejecuten alguna técnica de reproducción humana asistida o que se sometan a alguna técnica de reproducción asistida, sin que se cumplan los requisitos señalados en esta ley y para aquellos que participen en el llamado "vientre de alquiler" (que una mujer acepte que un embrión sea implantado en su cuerpo para posteriormente y una vez producido el parto, entregar el producto de éste a un tercero)

Finalmente, el artículo 21 regula multas para los centros médicos que apliquen técnicas de reproducción humana asistida sin contar con la autorización necesaria, que desarrollen técnicas no autorizadas, o que contravengan cualquiera de los requisitos legales, la que puede llegar hasta la cancelación de la autorización concedida al centro médico para aplicar técnicas de reproducción humana asistida .en casos de reiteración o de reincidencia en infracciones graves.

2.2.2) Boletín Número 1.993-11

Regula la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Nació como una moción de los senadores señores Mariano Ruiz-Esquide, Juan Hamilton, Sergio Páez y Andrés Zaldívar y del ex Senador señor Nicolás Díaz y su tramitación data del 12 de marzo de 1997. El proyecto original constaba de 27 artículos, que luego de la aprobación del Senado quedaron en sólo 23, y sus principales objetivos son: a) fijar un marco jurídico para la investigación científica y genética en seres humanos, la terapia génica y el genoma humano; b) Prohibir la clonación de seres humanos y c) Crear una Comisión Nacional de Bioética. Si bien el proyecto original al

⁶² Artículo 18 número 2, 3, 4, 5 y 6 del Proyecto de ley boletín número 1026-07

crear esta Comisión, pretendía que ésta fuese una gran institución que tuviese incluso oficinas regionales y dotada de muchas atribuciones, en el proyecto aprobado por el Senado, esta Comisión es de carácter sólo propositivo y carece de oficinas regionales. Cabe destacar que el proyecto aprobado por el Senado endurece las sanciones y establece nuevos tipos penales, cosa que el proyecto original no recogía, es más, sólo establecía la indemnización de perjuicios remitido a las reglas generales.

En cuanto al contenido mismo de la ley, ésta reconoce como finalidad “...proteger la vida, la integridad física y síquica de las personas, así como su dignidad e identidad genética, con respecto a la investigación científica y sus aplicaciones y al ejercicio de la medicina.”⁶³

A continuación, en su artículo segundo, reconoce que el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana.

En los artículos tercero, cuarto y quinto prohíbe toda práctica eugenésica y toda forma de discriminación basada en el patrimonio genético de las personas, permitiendo realizar estudios sólo para determinar la identidad genética de una persona, requiriendo su consentimiento o la orden judicial.

El artículo sexto impone como límite de las investigaciones científicas “el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, así reconocidos por la Constitución Política de la República”. El artículo octavo establece una serie de deberes del investigador de informar a la persona que se verá sometida a una investigación, información que deberá ser detallada y en términos claros.

Los exámenes genéticos y los análisis predictivos de la misma naturaleza sólo podrán hacerse por motivos terapéuticos o de investigación científica, de acuerdo a las normas de esta ley⁶⁴, artículo que es bastante más amplio que el ex artículo once del mismo proyecto que recogía de manera taxativa los fines que debían perseguir los exámenes genéticos, ya que ahora, bajo la fórmula “motivos terapéuticos o de investigación científica” pueden incluir prácticamente cualquier actividad.

En el artículo once “Se prohíbe la clonación de seres humanos y por tanto cualquier intervención a persona que de por resultado la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro, vivo o muerto”, sería un artículo que plasmaría en ley argumentos protegidos por el tercer nivel de protección del derecho a la vida; agregando el mismo artículo que “La clonación de tejidos y órganos sólo procederá con una finalidad terapéutica. En ningún caso podrá usarse para tales fines embriones humanos.”

Entre los artículos doce al quince de este proyecto de ley se establecen normas sobre el secreto que debe mantenerse de los resultados de las investigaciones en atención a los datos genéticos de los individuos sometidos a éstas, estableciendo que el conocimiento científico sobre el genoma humano debe ser dado a conocer y que es patrimonio común de la humanidad, por lo tanto no es patentable, aunque sí los procedimientos y medicamentos que de estas investigaciones resulten.

⁶³ Artículo primero Proyecto de ley boletín número 1993-11

⁶⁴ Artículo noveno Proyecto de ley boletín número 1993-11

Entre los artículos veintiuno y veintitrés se establecen sanciones para vulneraciones de esta ley, como las que incluye el artículo 247 del Código Penal sobre secreto profesional, multas y la más importante para nosotros, para *“El que clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio.”*⁶⁵

2.2.3) Boletín Número 2010-11.

Establece normas sobre bioética. Nace como una moción del Diputado Coloma y en la introducción del proyecto denuncia que en diversas partes del mundo se están desarrollando experiencias "científicas" que atentan gravemente contra la dignidad del ser humano, la que incluirían modernas técnicas de fertilización asistida, (inseminación artificial, fecundación in vitro y transferencia intratubárica de gametos); experimentos más sofisticados como elección de sexo, hibridación celular interespecífica, reproducción en mosaico, clonación y ectogénesis; y otras relacionadas con la ingeniería genética molecular, (análisis, conservación y programación del genoma humano), estableciendo la necesidad de legislar al respecto para garantizar la plena vigencia de los derechos de las personas.

El proyecto presentado viene en complementar el proyecto analizado en el punto anterior y consta de sólo seis artículos vistos desde la óptica penal, recogiendo normas protectoras del tercer nivel de protección del derecho a la vida, sancionando la clonación, la mutación o hibridación, la ectogénesis y la transformación artificial de células reproductoras humanas con presidio menor en su grado máximo e inhabilitaciones especiales perpetuas de la profesión y la elección de sexo y la fecundación post mortem con presidio menor en su grado medio a máximo.

Si bien esta complementación desde la perspectiva penal es positiva para brindar una mejor protección al tercer nivel de protección del derecho a la vida, el problema viene dado en los comentarios que acompañan la moción, al igualar el sentido reprochable de las conductas vinculadas a cualquier método anticonceptivo, (al señalar que *hace algunas décadas se debió enfrentar el fenómeno de la anticoncepción, que propugnaba el sexo sin hijos; y que hoy se asiste a una nueva amenaza, la de los hijos sin sexo*) o de reproducción asistida, con actividades vinculadas con manipulaciones genéticas en embriones humanos, asunto que revela una manera de pensar en extremo conservadora-religiosa al condenar los métodos anticonceptivos y los sistemas de fertilización humana asistida, las que a nuestro juicio han sido muy positivas para el fortalecimiento de las familias.

Además del juicio de valor, la introducción a esta moción aporta datos sobre legislación tanto nacional como extranjera que se han dado en relación al tema que pretende regular, así cita a modo ejemplar:

Critica que nuestro país regule las técnicas de fertilización asistida en una simple resolución ministerial.

Alaba la Ley Sobre Protección de Embriones, de fecha 13 de diciembre de 1990, en

⁶⁵ Artículo veintitrés Proyecto de ley boletín número 1993-11

Alemania, que ha reaccionado frente a estos fenómenos, sancionando drásticamente las prácticas atentatorias contra la dignidad y la vida humana.

Plantea la necesidad de que las Constituciones Políticas den una clara señal sobre los principios éticos y antropológicos que deben regir en este tema, y recuerda que así lo hicieron ver en la 93ª Conferencia Interparlamentaria Mundial, celebrada en Madrid a principios del año 1995, estimando indispensable que se legisle al respecto, estableciendo las normas básicas que protejan los embriones humanos frente a las múltiples prácticas que hoy tienen lugar en el mundo.

Condena la ley inglesa de 1991 que permite la matanza de vidas humanas en estado embrionario, luego de expirar el plazo de cinco años, para que sus progenitores pudiesen reclamarlos, esto se explica ya que la ley afirma que la vida humana no comienza en la fecundación, sino 14 días después, advirtiendo además que una disposición similar se ha querido establecer en el proyecto de ley sobre fertilización asistida que se discute actualmente en el Senado, disposición que se suprimió, estableciendo en forma clara e inequívoca que la vida humana principia en la fecundación y no después, lo que demuestra la discusión vigente que motiva esta memoria y que al parecer y hasta la fecha, no ha tenido solución de nuestros legisladores.

CAPÍTULO CUARTO: DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA

1.- GENERALIDADES

Aún cuando el quehacer legislativo respecto del tema que nos convoca, ha tenido un auge sustancial a lo largo de las distintas etapas en que se ha abordado el tema, y dicho quehacer ha tenido resonancia también en la actividad doctrinal ya sea para definir, o pretender hacerlo, con exactitud el fenómeno de la vida y sus inicios, como también para analizar el contexto jurídico en el que se desenvuelven las distintas técnicas de reproducción y sus implicancias éticas, sociológicas, penales, y otras, dicho desarrollo no ha tenido el mismo ímpetu en la actividad jurisdiccional, al menos en lo que a los tribunales nacionales se refiere.

Es por ello que el objeto de análisis de este capítulo se ve necesariamente limitado a los escasos fallos con que cuentan nuestros tribunales que de alguna manera se relacionan con la materia de este trabajo, los que acotamos únicamente en lo relativo a la temática de la pastilla del día después.

Igualmente y para complementar dicho análisis jurisprudencial, reviste interés en el plano del Derecho Comparado, el clásico fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos

Roe vs. Wade de 1973. Este fallo se sitúa como el antecedente de la teoría de los trimestres y del hito de la viabilidad como punto de partida de la vida, teorías que analizáramos en los capítulos precedentes y que sin duda son las que imperan actualmente en relación a la regulación del aborto en dicho país.

2.- CASO ROE CONTRA WADE, ESTADOS UNIDOS.

El caso Roe vs. Wade, motivado por una controversia originada en el condado de Dallas , del estado de Texas, Estados Unidos, es el caso que más nítidamente establece el marco regulatorio del Aborto en ese país, por cuanto se refiere directamente a toda la legislación del Aborto y la constitucionalidad de esta, y lo llegó a analizar la Corte Suprema de Justicia, por la vía de los distintos recursos que se interpusieron.

Es con ocasión de este fallo, que la doctrina de la viabilidad se impone en todo su esplendor como concepto que define la problemática del inicio del fenómeno de la vida, como asimismo las diversas implicancias jurídicas relativas al tema.

El caso Roe Vs. Wade, se alegó el 13 de diciembre de 1971 y volvió a alegarse el 11 de octubre de 1972. Finalmente fue fallado el 22 de enero de 1973, por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

Una mujer soltera y embarazada, de apellido Roe, interpuso una acción pública impugnando la constitucionalidad de las leyes de aborto de Texas, que prohíben efectuar o intentar un aborto, excepto cuando se realiza bajo prescripción médica con el objeto de salvar la vida de la madre.

Asimismo, un médico en ejercicio de apellido Hallford, contra quien existían dos casos estatales que lo acusaban por practicar abortos, fue autorizado a participar en el caso, debido a la similitud de los argumentos y fundamentos alegados en el caso de los Roe y los suyos propios

Por otra parte, un matrimonio sin hijos, de apellido Does, atacó, en forma separada la constitucionalidad de estas leyes, fundamentando un supuesto daño grave ante la posibilidad futura de que las medidas anticonceptivas pudiesen fracasar, debido a la carencia de preparación para ser padres y en el perjuicio a la salud de la cónyuge de la pareja. No obstante, el principal escollo a que desde un comienzo se vio enfrentada la pretensión de los Does, fue el hecho de que la contingencia por ellos reclamada, era demasiado incierta, no estando suficientemente justificado la efectividad del peligro que querían evitar interponiendo su acción.

En virtud de estas acciones, una Corte de Distrito de tres jueces, que confirmaron lo solicitado en la primera de estas demandas, sostuvo que Roe y Hallford, así como los miembros en situación semejante, tenían derecho a demandar en los tribunales y presentaban motivos plausibles para ello. Al resolver de esta manera dicho tribunal, declaró en definitiva que las normas sobre aborto eran nulas, vagas e infringían ampliamente los derechos de los reclamantes, garantizados en la Novena y la Decimocuarta Enmienda Constitucional.

Por su parte, la Corte dictaminó que los reclamos de los Does eran injustificados. Sin embargo la no acogida de su demanda, se fundamentó básicamente, como sosteníamos anteriormente, no en el rechazo a las razones de fondo que se esgrimían, sino que, como sostiene el fallo “*el reclamo de los Does, basado, tal como está, en contingencias, cualquiera de las cuales puede o no ocurrir, es demasiado especulativo como para constituir un caso judicial o controvertible real.*”⁶⁶ .

En cuanto al fondo del fallo en estudio, el fundamento básico de la demanda de los Roe se encuentra en el hecho de que las leyes del estado de Texas, a la sazón, tipificaban de manera categórica como aborto, susceptible de prosecución criminal, en general cualquier figura que tenga que ver con la interrupción positiva del embarazo, excluyendo únicamente algunos procedimientos médicos basados en la protección de la vida de la madre. Como sostiene el fallo, dichas figuras excluyentes solo miran el interés por salvar la vida de la madre “*sin consideración al estado de su embarazo u otros intereses*”⁶⁷ en razón de lo cual “*violan la cláusula del debido proceso de la cuarta enmienda constitucional que protege contra la intervención estatal, el derecho a la privacidad, incluyendo el calificado derecho de una mujer a finalizar su embarazo.*”⁶⁸

Para todos estos intereses en juego, el Fallo hace un interesante análisis de las diversas etapas de desarrollo gestacional, señalando necesariamente que los intereses en juego en cada una de ellas son diversos y hacen necesario distinguir las distintas posibilidades de intervención del embarazo para cada etapa precisa. De esta manera distingue tres etapas bien marcadas, conformadas cada una de ellas por trimestres que se inician a partir de la procreación del embrión. Ahora bien , este fallo no se detiene a analizar el complejo tema de cuando se inicia precisamente la primera etapa de las propuestas, tema que ha generado la interesante polémica que abarcáramos en otro capítulo de esta memoria.

Sostiene el fallo que “*El estado posee legítimos intereses para proteger tanto la salud de la mujer embarazada, como la potencialidad de la vida humana, cada uno de cuyos intereses se desarrolla y alcanza un nivel obligatorio en varias fases de la cercanía de la mujer al parto.*

En cuanto al fin del primer trimestre, la decisión del aborto y su realización, deben dejarse al juicio médico del profesional que asiste a la mujer embarazada.

En cuanto a la fase subsiguiente del fin del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo escoge, regular el procedimiento de aborto en formas que estén razonablemente relacionadas con la salud maternal.

En cuanto al estado subsiguiente a la viabilidad, el Estado, al promover su interés en

⁶⁶ Cfr. *The Doe's complaint, based as it is on contingencies, any one or more of which may not occur, is too speculative to present an actual case or controversy.*

⁶⁷ Cfr. ... *without regard to the stage of her pregnancy and other interests...*

⁶⁸ Cfr. ...*violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy.*

la potencialidad de la vida humana, puede, si así lo escoge, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando es necesario, según el adecuado juicio médico, para la preservación de la vida o de la salud de la madre”⁶⁹.

Evidentemente como las posibilidades de intervención del embarazo están entregadas, a juicio del fallo, a la experiencia de los médicos tratantes de dicho embarazo, se hace necesario definir quien es el titular de esta posibilidad, cuestión de la que se hace cargo la Corte Suprema de Justicia, señalando que *“El Estado puede definir el término médico significando este como sólo el de un médico actualmente con licencia estatal y puede prohibir cualquier aborto efectuado por una persona que no es un médico descrito de esta manera”⁷⁰.*

De esta manera también se resuelve la polémica respecto de la constitucionalidad de las normas legales dictadas por el Estado de Texas sobre la materia, que señalábamos antes, y que habían introducido de manera restrictiva la posibilidad de excluir de penalidad al aborto cuando este se daba por razones únicamente de protección de la vida de la madre. Dicha resolución se ve reforzada desde el momento en que el fallo sostiene que *“es innecesario decidir el aspecto resolutorio del fallo, puesto que las autoridades de Texas indudablemente reconocerán, de modo íntegro, el dictamen de la Corte en el sentido de que las normas criminales sobre aborto de Texas son inconstitucionales”⁷¹.*

En el fallo de este caso es fundamental el punto de vista de que se adopta en definitiva la teoría de la vitalidad, lo que no significa que el Estado de Texas puede pasar a llevar los derechos de la mujer embarazada cuando ellos se encuentran en discusión. Sin embargo, se señala, *“el Estado tiene un interés importante y legítimo en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, sea ella o no una residente del Estado, cuando busca atención y tratamiento médico allí y que el Estado también tiene un interés importante y legítimo al proteger la potencialidad de la vida humana. Estos intereses son separados y diferenciados. Cada uno de ellos aumenta en trascendencia a medida que la mujer se acerca al parto y, en determinado momento durante el embarazo, cada uno de ellos llega a ser obligatorio”⁷².* Así, llega una etapa en que el Estado debe propender necesariamente a la protección de la salud de la madre, lo que *“a la luz de la etapa actual de conocimientos médicos, el momento obligatorio se produce, aproximadamente, a fines*

⁶⁹ Cfr. *Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman’s health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a “compelling” point at various stages of the woman’s approach to term*

⁷⁰ Cfr. *The State may define the term “physician” to mean only a physician currently licensed by the State, and may proscribe any abortion by a person who is not a physician as so defined.*

⁷¹ Cfr. *It is unnecessary to decide the injunctive relief issue since the Texas authorities will doubtless fully recognize the Court’s ruling that the Texas criminal abortion statutes are unconstitutional.*

⁷² Cfr. *The State does have an important and legitimate interest in preserving and protecting the health of the pregnant woman, whether she be a resident of the State or a nonresident who seeks medical consultation and treatment there, and that it has still another important and legitimate interest in protecting the potentiality of human life. These interests are separate and distinct. Each grows in substantially as the woman approaches term and, at a point during pregnancy, each becomes “compelling”.*

del primer trimestre”⁷³ . Esta determinación tan tajante de la etapa a partir de la cual se da la necesidad de intervención, se realiza como el fallo señala, debido al grado de enriquecimiento de la ciencia médica que permite determinar que hasta el final del primer trimestre, la mortalidad por aborto puede ser inferior a la mortalidad en nacimientos normales. De ello se sigue que, como plantea el fallo, “tanto desde antes como después de ese momento, un Estado puede regular los procedimientos de abortos en la medida en que esa regulación se relaciona razonablemente con la preservación y la protección de la salud maternal. Los ejemplos de regulaciones estatales en esta área son requisitos legales en cuanto a las calificaciones de la persona que va a efectuar un aborto, en cuanto a la autorización legal de esa persona, en cuanto a las instalaciones donde el procedimiento se va a llevar a cabo, esto es, si debe ser un hospital o puede ser una clínica o algún otro lugar con instalaciones inferiores a la de un hospital, en cuanto a las autorizaciones legales de esas instalaciones y así, sucesivamente.”⁷⁴ .

Por otra parte, esto significa que, en cuanto al período de embarazo previo al momento obligatorio, el médico tratante, en consulta con su paciente, se encuentra en libertad de determinar, sin intervención legal del Estado, que, según su juicio médico, el embarazo de su paciente debe finalizar. Si se llega a tal decisión, ese juicio puede efectuarse para un aborto libre de toda intervención por parte del Estado.

Con respecto al interés legítimo e importante del Estado en la vida potencial, el momento obligatorio ocurriría en definitiva en la viabilidad, según la tesis del fallo. Esto es así porque entonces el feto, presumiblemente, tiene capacidad de vida significativa fuera del útero materno. *“Las regulaciones del Estado protectoras de la vida fetal después de la viabilidad tienen, así, justificaciones lógicas y biológicas. Si el Estado tiene interés en proteger la vida fetal después de la viabilidad, puede llegar incluso a prohibir el aborto durante ese período, excepto cuando es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.”⁷⁵ .*

La distinción anterior resultaba para el caso expuesto y para otros de la misma entidad, del todo fundamental ya que a la sazón, las normas legales que regulaban la materia en el territorio del Estado de Texas (el artículo 1196 del Código Penal de Texas) al tipificar la figura de aborto, únicamente excluían de responsabilidad bajo la figura del llamado “aborto legal”, es decir aquel que tiene como solo propósito salvar la vida de la madre, previa consulta médica. *“Esa ley no hace distinción entre abortos realizados al*

⁷³ Cfr ...in the light of present medical knowledge, is at approximately the end of the first trimester...

⁷⁴ Cfr...from and after this point, a State may regulate the abortion procedure to the extent that the regulation reasonably relates to the preservation and protection of maternal health. Examples of permissible state regulation in this area are requirements as to the qualifications of the person who is to perform the abortion; as to the licensure of that person; as to the facility in which the procedure is to be performed, that is, whether it must be a hospital or may be a clinic or some other place of less-than-hospital status; as to the licensing of the facility; and the like.

⁷⁵ Cfr State regulation protective of fetal life after viability thus has both logical and biological justifications. If the State is interested in protecting fetal life after viability, it may go so far as to proscribe abortion during that period, except when it is necessary to preserve the life or health of the mother

comienzo del embarazo y aquellos hechos después y limita a un único motivo, -salvar la vida de la madre-, justificación legal para la intervención. Esa ley, por consiguiente, no puede sobrevivir al ataque que aquí se le hizo en base a los derechos constitucionales”⁷⁶

A modo de conclusión en cuanto a la responsabilidad del Estado frente al problema de la extensión de la protección legal de la vida y la compatibilización de los demás derechos fundamentales a que el fallo adscribe, sintetiza señalando lo siguiente: *“Creemos que esta posición es consecuente con las importancias relativas de los intereses comprometidos, con las lecciones y ejemplos de la historia médica y legal, con la humanidad de la ley común y con las demandas de los profundos problemas de hoy en día. La decisión deja al Estado en libertad para disponer crecientes restricciones al aborto a medida que avanza el período del embarazo, en la medida en que tales restricciones se ajustan a los intereses reconocidos por el estado. La decisión reivindica el derecho del facultativo a administrar tratamiento médico según su juicio profesional, hasta el nivel en que los intereses sustanciales del estado proporcionan justificaciones obligatorias para intervenir. Hasta ese momento, la decisión del aborto en todos sus aspectos es, inherente y primariamente una decisión médica y la responsabilidad básica en torno a él debe descansar en el facultativo. Si un facultativo abusa del privilegio de ejercer un adecuado juicio médico, existen entonces los recursos habituales, sean judiciales o interprofesionales”⁷⁷*

2.1.- Comentario del caso

El caso Roe vs. Wade impugna la ley de Texas que criminaliza el aborto. Nos encontramos con diversos intereses en juego por una parte el interés del poder público en proteger la vida del que esta por nacer, el interés del estado en proteger la salud y la vida de la madre y el interés de la mujer en decidir acerca del embarazo. La Corte al valorar los intereses en juego en virtud del transcurso del tiempo va variando la preponderancia de estos.

Durante los primeros tres meses del embarazo el ser humano esta en el comienzo de su formación, y al no estar en presencia de una vida humana viable, esta cede en interés

⁷⁶ Cfr *The statute makes no distinction between abortions performed early in pregnancy and those performed later, and it limits to a single reason- saving the mother's life- the legal justification for the procedure. The statute, therefore, cannot survive the constitutional attack made upon it here.*

⁷⁷ Cfr *This holding, we feel, is consistent with the relative weights of the respective interests involved, with the lessons and examples of medical and legal history, with the lenity of the common law, and with the demands of the profound problems of the present day. The decision leaves the State free to place increasing restrictions on abortion as the period of pregnancy lengthens, so long as those restrictions are tailored to the recognized state interests. The decision vindicates the right of the physician to administer medical treatment according to his professional judgment up to the points where important state interests provide compelling justifications for intervention. Up to those points, the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision, and basic responsibility for it must rest with the physician. If an individual practitioner abuses the privilege of exercising proper medical judgment, the usual remedies, judicial and intra- professional, are available.*

de la autonomía de la mujer en decidir acerca del embarazo. Esta decisión se ejerce aun sin intervención del estado en el interés de este en la protección del feto ni tampoco en su interés de proteger la salud y vida de la mujer por cuanto estos bienes jurídicos no están en peligro real tutelable por el poder público. En consecuencia, la autonomía y la decisión de la mujer acerca del embarazo es lo que prima durante este primer trimestre, por ende durante este periodo el aborto esta absolutamente permitido sin restricción ni regulación alguna.

En el segundo trimestre de gestación se estima que tampoco se esta en presencia de una vida humana potencial viable, por cuanto no existiría la capacidad de la criatura de sobrevivir fuera del vientre materno. En cuanto a la salud y la vida de la madre, al existir un estado de embarazo bastante avanzado estas se encuentran en peligro al abortar y es por esto que, aun cuando siga primando el interés de la mujer en decidir acerca del embarazo este derecho no es absoluto por cuanto el estado impone ciertas regulaciones y restricciones a la interrupción del embarazo en virtud de su interés de protección de la vida y la salud de la madre.

En el tercer trimestre del embarazo la vida humana potencial es absolutamente viable y es este derecho el que prima en desmedro de la autonomía de la madre, es por esto que es en esta etapa en donde se prohíbe el aborto con la consecuente pena, el único caso en que este es permitido es aquel en el cual la vida de la mujer esta en peligro.

En resumen, del análisis de este caso emblemático podemos extraer que hasta que no se esta ante una vida humana viable, vale decir, posible de subsistencia fuera del vientre de la madre el aborto no está prohibido, es mas durante el primer trimestre de gestación este esta permitido absolutamente y en el segundo trimestre es el Estado quien debe regular los procedimientos de aborto para proteger la salud y la vida de la madre. Desde que la vida humana dependiente se torna viable y esta viabilidad se adquiriría desde el comienzo del tercer trimestre del embarazo, el interés de la vida del que esta por nacer adquiere preeminencia y preponderancia al ponderar los distintos intereses involucrados y se criminaliza el aborto siempre y cuando la vida de la madre no este en peligro.

3.- JURISPRUDENCIA CHILENA.

En función de la protección de la vida en su tercer nivel, tema que convoca este trabajo, se hace necesario comentar la Jurisprudencia más reciente de nuestros tribunales que aborda el interesante tema de la conceptualización de este tercer nivel, como así mismo la definición de políticas de salud pública que pudieren tangencialmente afectar la protección de dicho nivel, compatibilizándose así los diversos intereses, y más aún derechos, que se involucran con este tema.

En nuestro país la jurisprudencia que pudiera revestir algún grado de interés, se centra básicamente en dos fallos dictados por diversos tribunales de justicia y en distinto

contexto. El primero de ellos es dictado por la Corte Suprema conociendo de una apelación de un Recurso de Protección con ocasión de la autorización y comercialización del medicamento “Postinal”. El segundo, es un fallo dictado por un Juzgado de Letras en lo Civil a propósito de la comercialización de otro medicamento, llamado “Postinor 2”. A continuación nos referimos a ambos fallos por separado.

3.1.- Caso de la píldora “Postinal”

La jurisprudencia a que hacemos referencia, se produce a partir de un Recurso de Protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, y conocido por la vía de apelación por la Corte Suprema. Dicho recurso tiene como origen, el que a comienzos del año 2001 sale a comercialización, con la aprobación del Instituto de Salud Pública, el fármaco llamado “Postinal” considerado como un anticonceptivo de emergencia, lo que lo hace ser popularmente conocido como “píldora del día después”.

En mayo del mismo año se presentó un recurso de protección por una serie de organizaciones y movimientos por la vida, que manifiestan representar *“a todos los que están por nacer en Chile, sus madres y padres y en especial por toda mujer, víctima potencial por su derecho a la vida”*⁷⁸, que consideraban *“amagado por el acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria que ha acogido a tramitación y luego, dado su aprobación a la comercialización del fármaco Postinal”*⁷⁹. Lo anterior se motiva en el hecho de que consideran que *“la droga que contenía este medicamento era abortiva (ya que sus efectos son según los recurrentes inhibir la ovulación, evitar la fecundación del óvulo y evitar la anidación del huevo)”*⁸⁰.

Los recurrentes solicitaron que se declarara la ilicitud constitucional de la droga Postinal y que se reconociera el Derecho a la vida del que está por nacer, desde el momento de la concepción. Asimismo solicitaron que se ordenara a los recurridos, el Instituto de Salud Pública y el Ministro de Salud, abstenerse de autorizar la comercialización. Los recurridos en cambio señalan que el medicamento no atenta contra la vida de una criatura ya concebida, no persigue la interrupción de un embarazo sino que, por el contrario busca prevenir y eliminar el aborto provocado que se origina por la falta de acceso o mal uso de los mecanismos de anticoncepción. Además señalan que este medicamento ha sido aprobado por la Organización Mundial de la Salud y que la droga que contiene es la que habitualmente se utiliza en un 70% de los anticonceptivos por vía oral.

El 28 de mayo de 2001 la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó este recurso fundándose en cuestiones de forma y no entrando al fondo del asunto. Sus argumentos fueron que los recurrentes carecían de legitimación activa para actuar ya que la acción de protección requería que fuera ejercida por el propio afectado (esto excluye la pretensión

⁷⁸ La Tercera, 2 de julio de 2004.

⁷⁹ El Mercurio, 4 de julio de 2004.

⁸⁰ La Tercera, 1 de julio de 2004.

de que la acción de protección tenga el carácter de general o popular que permita su ejercicio por cualquiera aun cuando no aparezca directamente perjudicado). Se señaló por la Corte que los recurrentes en este caso se trataba de sujetos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección.

Respecto al fondo se señaló que era menester que se requiriera en una instancia de lato conocimiento con una prueba diversa y compleja, procedimiento que no se aviene con el objetivo del recurso de protección cual es ser un remedio pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado (este fallo contenía un voto disidente el cual aceptaba el recurso y sus fundamentos sí entraban a la discusión de fondo).

Este fallo fue apelado y la Corte Suprema en una resolución dictada el 30 de agosto de 2001 acogió la apelación, revocando el fallo de primera instancia. Superando el tema de la legitimación activa del recurso, cuestión procesal a la que no haremos referencia, el fallo se hace cargo del mandato constitucional de protección a la vida del que está por nacer, señalando que la acción constitucional entablada a su entender tiene como finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que, en un momento determinado, surgirán a la vida legal con todos los atributos de las personas que el estatuto jurídico correspondiente les reconoce.

En cuanto al fondo del recurso, es fundamental en la decisión de la Corte Suprema, tener especial atención con lo que establece en el Considerando 17° del fallo.

La Corte Suprema señala en el considerando expuesto, que el que está por nacer tiene derecho a la vida, y de la manera como se expone en ese acápite, forzoso se hace concluir que el óvulo fecundado o embrión es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca. Así, expone el fallo *“Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer -cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal- pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación;”*

81

Como vemos, en este preciso considerando, la Corte desarrolla toda la Doctrina acerca del término “vida del que esta por nacer”, presentado por el constituyente, y su concreción tanto en la actividad del ejecutivo contra el que se ha recurrido, como en general en la actividad de protección de la política de salud pública del Estado.

En efecto, la Corte Suprema señala con esto, hasta que grado y desde que punto de partida, la protección de la “vida del que está por nacer” debe enmarcar preferentemente la actividad del Estado a fin de cumplir el mandato constitucional. Esta decisión, sin siquiera zanjar el debate médico, ético y de otras índoles en que está inmerso este tema, pretende zanjar desde la perspectiva jurídica, y de actividad del Estado, cual es el contexto y los límites concretos en que se debe enmarcar la protección jurídica a la que hacemos referencia.

Esta Doctrina se ve reforzada con lo expuesto en el los dos considerandos

⁸¹ Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001, considerando 17

siguientes, a través del cual se refleja nítidamente cual es la posición de nuestros Tribunales de Justicia para considerar el marco de este tercer nivel de protección. Así expone que *“si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca.”*⁸².

Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que esta por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiere producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide.”

83

De esta manera la Corte suprema en lo concreto determinaba que autorizar la fabricación y comercialización de un medicamento como “Postinal”, medicamento que se caracteriza porque uno de sus posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, contraviene precisamente toda la Doctrina Constitucional y Legislativa expuesta previamente, y mas que proteger, afecta directamente la vida del que está por nacer, incurriendo con ello en una ilegalidad.

Más aún, calificando la actitud de los recurridos a la luz de la normativa analizada y de otra, señala a aquella como *“sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código Penal y prohibido aún como terapéutico, en el Código Sanitario.”*⁸⁴

3.2.- Caso de la píldora “Postinor 2”

El 31 de mayo de 2004 la jueza suplente del 20° Juzgado Civil de Santiago, Sylvia Papa emitió un controvertido y cuestionado fallo en el cual se decreta la prohibición de la venta del fármaco Postinor 2. La decisión se produjo en respuesta de una demanda en contra del Instituto de Salud Pública que autorizó la comercialización de la droga “levonorgestrel 0,75”, bajo la denominación “Postinor 2”, interpuesta en noviembre del 2002 por el Centro Juvenil AGES, grupo que se auto declaraba en pro de la vida.

El fallo obliga al I.S.P. a anular el registro del fármaco, prohibiendo su venta y comercialización en el mercado y además afecta la entrega gratuita del fármaco en los servicios de urgencia en caso de violación. Durante el proceso se contó con la

⁸² Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001, considerando 18

⁸³ Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001, considerando 19

⁸⁴ Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001, considerando 20

elaboración de un informe en derecho firmado por dieciséis académicos de distintas universidades que concluyeron que el levonorgestrel atentaba contra el derecho a la vida. El fallo de la Magistrada sostiene que, recogiendo la evidencia científica disponible, no existe acuerdo sobre los efectos del levonorgestrel en el útero, así como tampoco se conocen las secuelas que podría tener para la madre como para el embrión engendrado. Según este existe una grave presunción jurídica de que el suministro del medicamento es un atentado a la vida del nasciturus, al derecho de la igualdad y de la salud física de la madre. La resolución recoge los argumentos dados por la Corte Suprema en 2001 donde afirmó que el fármaco podría tener efectos micro abortivos, por lo que se suspendió la venta de Postinal. El tribunal sostiene que, conforme a los antecedentes de hecho y de derecho de autos, es indudable que biológicamente el ser humano empieza con la concepción, y que unificados los gametos masculino y femenino, se constituye el código genético, responsable de la individualidad y del desarrollo del nuevo ser.

En entrevistas dadas por la jueza a distintos medios de comunicación fundamenta su decisión en que se basó en el artículo 75 de la Constitución que dice que la ley protege la vida del que esta por nacer y que cuando se forma el cigoto ya hay vida humana, reconoce que fue difícil llegar a la convicción de que el fármaco en cuestión atenta no solo contra la vida del concebido y no nacido, sino que, además contra la salud de la mujer que lo engendra, esta convicción expresa que la basó en que el levonorgestrel puede producir efectos anti implantatorios.

Los expertos han expresado que la Magistrada ha interpretado equivocadamente la evidencia científica disponible, es mas sostienen que hay evidencia científica sólida para decir que no hay efectos sobre la salud de la madre ni de los embriones, pues la píldora inhibe el proceso de ovulación, y una vez que el óvulo se ha implantado no interrumpe su desarrollo.

De nuevo esta discusión se centra en determinar cuando comienza la vida, cuando existe un bien jurídico susceptible de protección penal y a la existencia de un tercer nivel de protección del derecho a la vida. Lo que nos parece inadmisibles es que un tema tan complejo como este se pueda determinar a través de un fallo judicial o que como fundamento de una resolución se diga que la vida o la existencia del ser humano empieza al momento de la concepción lo que se traduciría en dar por supuesto de hecho un tema no solucionado e imposible de establecer a través de un fallo judicial o por un determinado poder del Estado.

Durante el desarrollo de esta memoria, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha diez de diciembre de 2004, resolvió tanto los recursos de casación como los de apelación que habían interpuesto la parte demandada y los terceros coadyuvantes, revirtiendo la situación jurisprudencial dejada por el referido fallo.

En las siguientes líneas nos referiremos a lo resuelto en cuanto a los recursos de apelación, puesto que los recursos de casación fueron rechazados y ellos tratan de temas procedimentales en cuanto a las normas reguladoras de la prueba, en especial a normas referidas con el medio de prueba informe de peritos y si su omisión es causal de recurso de casación o no, tema que para efectos de esta memoria, carece de trascendencia.

La resolución de la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó el fallo en cuestión, hacía referencia a los siguientes argumentos:

a) La nulidad de derecho público no puede ser declarada de oficio. *(De este modo, ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aún la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia por lo que si a ello se agrega que la nulidad de derecho público no tiene el carácter de acción popular, como asimismo que las revisiones o controles de constitucionalidad, ejercidos por vía jurisdiccional, han de ser concretos y no abstractos, y en todo caso a través de acciones especiales y específicas, forzoso es concluir que efectivamente a la actora ha faltado la necesaria legitimación activa para demandar. Al efecto, cabe advertir que también es inconducente aquel argumento sostenido en estrados por la parte apelada en orden a que, tratándose de un estado democrático moderno como el nuestro, aparece incomprensible la aludida limitación, lo que no es así, puesto que, precisamente, la mantención y fortalecimiento del mismo ha de fundarse en la certeza jurídica que emana de la existencia de reglas claras al respecto, como también de la seguridad que mientras no exista modificación expresa sobre el punto no podrán alterarse, sea por vía de interpretación u otras, las reglas de orden público referidas a la competencia y a la facultad de activar la jurisdicción; ⁸⁵)*

b) La defensa de la vida del que está por nacer a la que se refiere el artículo 75 del Código Civil debe ser entendida en concreto y no en abstracto. *(En segundo lugar, se argumenta en base al contenido de la disposición del artículo 75 del Código Civil, en cuanto éste expresamente obliga al juez a actuar, aún de oficio disponiendo todas las providencias que le parezcan convenientes, para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará, ⁸⁶ Recogiendo los argumentos del fallo de primera instancia, pero agregando que cabe advertir que no es ése el verdadero alcance y aplicación del precepto. Y no lo es porque el objeto de dicha norma es que el juez, ante el evento ya señalado y existiendo un riesgo grave, explícito y determinado en contra de la vida del que está por nacer, puede y debe tomar las providencias conservativas o de protección que sean necesarias, condición que importa la certeza previa de que existe un ser de esa naturaleza a quien proteger, lo que, como se ve, no ocurre en la especie, desde que aún no se ha dirimido científicamente la circunstancia fundante y primaria sobre el tema, consistente en saber en que momento se produce la concepción, esto es, si en el acto de la fecundación o de la implantación. Mayor es la imposibilidad del juez para actuar en el presente caso cuando, además de lo dicho, se pretende dar a aquella disposición el carácter de una verdadera regla especial de competencia con la que éste, prescindiendo de la falta de legitimación activa del actor, procede actuar de oficio en un proceso sobre nulidad de derecho público que, como ya se dijo, requiere insustituiblemente de un interés y un agravio de quien invoca la correspondiente protección; ⁸⁷)*

⁸⁵ Considerando octavo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

⁸⁶ Considerando séptimo de la Corte de Apelaciones de Santiago, en referencia a argumento esgrimido por la sentenciadora de primera instancia, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

c) El carácter territorial de la actora –AGES–, le impediría solicitar una nulidad de derecho público. *(Que, en este caso concreto, la falta de interés comprometido, en los términos antes señalados, se desprende del carácter de organización comunitaria funcional regida por la ley N° 19.418 que ostenta la demandante, condición que reduce sus facultades al ámbito territorial a que pertenece- en este caso Las Condes- y a los fines expresados en sus estatutos que en síntesis, en lo pertinente al documento de fs 2 son “ representar las aspiraciones e inquietudes de la juventud, sirviendo de medio de expresión y realización de la vida juvenil; formar íntegramente a sus miembros en los aspectos físicos, intelectual, cultural y social, vinculándose con la comunidad vecinal; y promover al servicio de comunidad y solidaridad entre sus miembros, a través de la convivencia y de la realización de acciones comunes; ”⁸⁸)*

d) El principio pro vida aludido tanto por la actora como por la magistrado en la sentencia de primera instancia requiere una certeza científica previa que no existe en el caso que se debate. *(Que la antes señalada aspiración de proteger la vida del que está por nacer que pretende la demandante, evidentemente importa una certeza científica previa fundamental, cual es la de conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo. Al efecto, en la demanda se dice – y el fallo en revisión lo da por cierto- que el fármaco Postinor-2 provoca una alteración del endometrio que impide la anidación del cigoto, esto es, que tiene efectos claramente antiimplantatorios, lo que equivale a decir, a juicio de éstos, que son abortivos. Pese a que en ambas oportunidades- en la demanda y la sentencia- se reconoce expresamente que sobre ese punto existe duda científica, y que es motivo de actuales estudios, en la primera de ellas, es decir la demanda, se pide que, existiendo dudas sobre el efecto del fármaco, debe aplicarse a favor del óvulo fecundado o cigoto el principio que denomina “ pro vida” y por ello, en consecuencia, estiman que procedería prohibir el registro, venta y consumo del mismo; ”⁸⁹)*

El aporte de este fallo en relación al tema que cubre nuestra investigación es importantísimo, pues se trata del primer fallo (además del de primera instancia) que resuelve la controversia que plantea el tema de la “píldora del día después” incluyendo en su parte considerativa argumentos de fondo de la discusión en cuestión, en cuanto a los efectos que podría provocar el consumo de la píldora y el estado de avance del conocimiento científico.; ya que la jurisprudencia analizada anteriormente sólo solucionó el problema aludiendo a argumentaciones de tipo formal, esquivando el tema de fondo. Si bien este fallo no zanja el conflicto que se ha expuesto en esta memoria, resuelve de manera muy similar al fallo estadounidense del caso Roe versus Wade expuesto anteriormente al señalar que “... el momento de la concepción como los efectos de una píldora no puede ser resuelto (por un fallo) pues estaría reemplazando la verdad científica o reflexión filosófica, lo que no es materia de su incumbencia...”⁹⁰ Lo que el derecho

⁸⁷ Considerando décimo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

⁸⁸ Considerando noveno de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

⁸⁹ Considerando duodécimo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

debe resolver se debe basar en certezas y no en hipótesis científicas. En todo caso, además de no zanzar la discusión y derivarla a otras ramas del conocimiento, debemos tener presente que a la fecha aún se encuentra pendiente lo que resuelva la Corte Suprema al respecto.

⁹⁰ Considerando décimo sexto de la Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003, extractos.

CONCLUSIONES:

La trascendencia del derecho a la vida es que en él se sustentan todos los demás derechos, si una persona es privada del derecho a la vida también lo es de todos los demás.

Antes de la Segunda Guerra Mundial la mayoría de las Constituciones no reconocían en forma explícita el derecho a la vida. No obstante, en el período de la post guerra se revierte esta situación y se consagran claramente en la mayoría de éstas el derecho a la vida.

En atención al bien jurídico vida, cabe examinar uno de los rasgos más importantes de la regulación penal de los delitos que importan ataques a la vida humana, y que se traduce en la diferenciación entre distintos niveles de incriminación de esos ataques.

La teoría que divide la protección del derecho a la vida en distintos niveles nace en Alemania, quedando ésta sólo en sede doctrinaria. Dichos niveles se separan por distintos momentos que marcan el inicio de uno u otro.

El primer nivel de protección se protege a través de las distintas hipótesis de homicidio y que constituyen ataques a la vida humana independiente.

El segundo nivel de protección se protege por la figura del aborto caracterizada como atentado a la vida humana dependiente.

Es en cuanto al tercer nivel de protección del derecho a la vida, entendido éste como el resguardo al período comprendido desde la concepción hasta la anidación del embrión en el endometrio, donde han surgido mayores controversias incluso en materia

jurisprudencial.

No es preciso que resolvamos la difícil pregunta de cuando comienza la vida si aquellos entrenados en las respectivas disciplinas de medicina, filosofía y teología son incapaces de llegar a algún consenso, lo que sí es claro es que tampoco está la judicatura a estas alturas del conocimiento humano en condiciones de establecer su solución.

Temas como la manipulación genética, la anticoncepción de emergencia, y, en general, la protección penal a los gametos antes de la anidación son tangenciales al tema e imposibles de abstraer de concepciones valóricas y de conflictos de intereses y derechos que el estado debe garantizar.

En nuestro país este último tema ha tenido especial importancia y relevancia pública con el caso de la llamada píldora del día después y que dio nacimiento a un debate público, distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales se han dado respecto al tema, interesa saber el nivel legal y en especial, considerar si el acto de consumo del fármaco traen o no aparejado, conforme al principio de legalidad el tipo de aborto consagrado en nuestro Código Penal, esta pregunta tiene distintas soluciones según sea la determinación desde cuando comienza la vida y desde cuando se protege la vida del que está por nacer, si bien estas interrogantes no han tenido una respuesta categórica, podemos llegar a la conclusión que la postura dominante en el derecho comparado es la de considerar la anidación del embrión en el útero como el hito que marca el inicio de este nivel de protección penal de la vida humana, y no en la concepción en consideración a distintas fundamentaciones como el principio de legalidad, en la individualización humana y también de consideraciones político criminales. Es aquí donde principalmente visualizamos la disciplina jurídica como dinámica y que debe ir de la mano con los requerimientos de nuestra realidad social.

En cuanto al tema de manipulación genética, en Chile sólo está regulada por decreto ministerial el tema de la fecundación asistida, sin que existan normas (aunque sí proyectos de ley, y algunos bastante antiguos) que regulen esta situación. Al tratarse de un tema valórico, costará mucho que nuestros legisladores lleguen a un acuerdo que reúna los requerimientos de nuestra sociedad, para ello serían necesarias reformas constitucionales sobre la manera de elegirlos, al parecer éstos proyectos están destinados a esperar mucho más antes de que se transformen en ley, quedando sin regulación un tema que es de vital importancia, siendo la palabra vital utilizada en su sentido natural.

Distinto es el caso de delitos que pudiesen cometerse utilizando las nuevas tecnologías, y es quizás por ello que existe tanto resquemor de parte del ala conservadora de crear una ley demasiado liberal en relación al tema. Nos parece que existe consenso social en cuanto a reprochar la clonación humana de seres humanos, la creación de híbridos o la elección de características genéticas, que de ocurrir implicaría un quiebre extremo en toda la legislación mundial que regula el estatuto de las personas, rompiendo por completo el derecho a la igualdad, que es uno de los pilares de nuestra sociedad actual. La sola idea de la existencia de seres replicantes, con características superiores o seres híbridos parece sacada de un cuento futurista que podría traer como

consecuencia la destrucción del derecho y de la sociedad como es concebida actualmente, por lo mismo, nos parecen bajas las sanciones propuestas en los proyectos de ley a los infractores de estas normas.

Lo anterior no tiene relación con la posibilidad de que los científicos del mundo, utilizando éste tipo de investigaciones pudiesen descubrir curas para enfermedades genéticas (el síndrome de down es el ejemplo más conocido de enfermedad genética) o lograr la creación de órganos compatibles con las personas que así lo requieran, estableciendo el límite para manipular genes el propuesto por la teoría dada a conocer en esta memoria del día catorce desde la concepción y hasta la anidación del embrión.

No nos parece inmoral la destrucción de gametos donados o de cigotos extrauterinos creados con fines científicos, puesto que si bien reconocemos que hay vida humana al corresponder a células humanas, no por eso gozan del estatuto jurídico de las personas, puesto que en una uña, en un pelo o en un corte de piel también hay innumerables células humanas que no por eso se deben proteger.

No nos cabe duda que nunca llegará a existir acuerdo al respecto, pues se trata de un tema radical que no acepta términos medios, sin embargo con esta memoria tratamos de dar a conocer las visiones existentes y las discusiones pendientes al respecto, con el objeto de ilustrar al lector cómo influye la respuesta a la pregunta planteada ¿cuándo comienza la vida humana? En los distintos campos del conocimiento y en especial del derecho, permitiéndonos cambiar esta pregunta por ¿desde cuándo la vida humana es un bien jurídico tutelable? Y en caso que la respuesta sea “desde la concepción”, ante la cual no estamos en total desacuerdo, plantear la pregunta ¿a qué nivel debemos proteger la vida del cigoto no anidado? ¿se trataría de aborto? ¿o de infracción a normas reguladoras de la manipulación genética? ¿qué manipulación es permitida y cuál prohibida? Las interrogantes están planteadas.

ANEXOS

ANEXO 1

Código de Núremberg.

- 1) El consentimiento voluntario de la persona humana es absolutamente esencial.
- 2) El experimento debe ser útil para el bien de la sociedad, irremplazable por otros métodos o medios de estudio y de tal naturaleza que excluya el azar y lo innecesario.
- 3) El experimento deberá ser diseñado y basado en los resultados de la experimentación en animales y en el conocimiento de la historia natural de la enfermedad u otro problema sometido a estudio de forma tal que los resultados que se esperan justifiquen su ejecución.
- 4) El experimento debe ejecutarse de forma de evitar todo sufrimiento o daño físico o mental innecesario.
- 5) Ningún experimento debe ejecutarse cuando existan razones a priori para creer que sobrevendrá la muerte o un daño grave, excepto aquellos en los cuales los médicos que los ejecutan también sirven como sujetos de experimentación.
- 6) El grado de riesgo que se asuma nunca deberá exceder el nivel determinado por la importancia humanitaria del problema a resolver por el experimento.

7) Deberán adoptarse los preparativos y proveerse las condiciones necesarias para proteger al sujeto de experimentación en contra de cualquier remota posibilidad de daño, incapacidad o muerte.

8) El experimento deberá ser conducido solamente por personas científicamente calificadas. Deberá exigirse el más alto grado de destreza y cuidado a través de todas las etapas del experimento a todos quienes lo ejecuten o colaboren en él.

9) Durante el curso del experimento el sujeto humano deberá tener libertad para terminarlo si ha llegado al estado físico o mental en el cual su continuación le parece imposible.

10) Durante el curso del experimento el científico a cargo deberá estar preparado para terminarlo en cualquier etapa del mismo, si es que tiene causa para creer, de buena fe y en ejercicio de su habilidad superior y juicio cuidadoso, que la continuación del experimento podrá producir daño, incapacidad o muerte del sujeto experimental.

ANEXO 2

Declaración de Helsinki.

Principios Básicos.

1) La investigación biomédica en seres humanos debe conformarse a las normas científicas generalmente aceptadas y debe basarse en experimentación adecuada en laboratorio y en animales y en el conocimiento profundo de la literatura científica pertinente.

2) El diseño y realización de cada procedimiento de investigación en seres humanos debe formularse claramente en un protocolo experimental el cual deberá ser comunicado a un comité independiente para su consideración, observaciones y consejos.

3) La investigación biomédica en seres humanos deberá ser conducida solamente por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un médico clínicamente competente. La responsabilidad por el sujeto humano debe recaer siempre en una persona médicamente calificada y nunca en el sujeto de la investigación, aunque él haya dado su consentimiento.

4) La investigación biomédica en seres humanos no puede ser llevada a cabo legítimamente sin guardar proporción entre la importancia del objetivo perseguido y los riesgos inherentes para el sujeto.

5) Cada proyecto de investigación biomédica en seres humanos deberá ser precedido por una cuidadosa evaluación de los riesgos previsibles en comparación con los beneficios posibles para el sujeto u otros individuos. La preocupación por el interés del sujeto debe prevalecer siempre sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad.

6) El derecho del sujeto de la investigación a salvaguardar su integridad debe ser respetado siempre. Cada precaución posible deberá ser adoptada para resguardar la

privacidad del individuo y minimizar el impacto de la investigación en su personalidad y en su integridad física y mental.

7) Los médicos deben abstenerse de realizar proyectos de investigación en seres humanos si los riesgos envueltos no son pronosticables. Ellos deberán cesar cualquier experimento si los riesgos son mayores que los posibles beneficios.

8) En la publicación de los resultados de su investigación el médico está obligado a preservar la exactitud de los resultados. Los informes de experimentación en discordancia con los principios establecidos en esta Declaración no deberán ser aceptados para su publicación.

9) En cualquier investigación en seres humanos, cada sujeto potencial debe ser adecuadamente informado sobre los objetivos, métodos, posibles beneficios, riesgos previsibles del estudio e incomodidades que el experimento le puede causar. El deberá ser informado que tiene la libertad de abstenerse de participar en el experimento y que es libre para retirar su consentimiento de participar en cualquier momento. El médico deberá obtener el consentimiento voluntario y consciente del sujeto, preferentemente por escrito.

10) Al obtener el consentimiento informado para el proyecto de investigación el médico deberá ser particularmente cuidadoso para observar si el sujeto se encuentra en una relación de dependencia hacia él o pueda haber consentido bajo coacción. En tal caso el consentimiento informado del sujeto deberá ser obtenido por un médico completamente ajeno a la investigación y completamente independiente de la relación médico-individuo.

11) En el caso de los legalmente incapaces, el consentimiento informado deberá ser obtenido de su tutor legal, conforme a la legislación aplicable. En aquellos casos en que la incapacidad física o mental haga imposible obtener el consentimiento informado, o cuando el sujeto es un menor, el permiso del pariente responsable reemplaza el del sujeto conforme a la legislación nacional pertinente.

En todos aquellos casos en que el menor de edad es capaz de dar su consentimiento, éste deberá ser obtenido además del consentimiento del representante legal.

12) El protocolo de investigación deberá contener siempre una enunciación de las consideraciones éticas involucradas y deberá indicar que los principios de la presente Declaración se han cumplido.

Investigación médica combinada con atención médica (Investigación clínica).

1) En el tratamiento de un paciente el médico deberá ser libre de usar un nuevo método diagnóstico y medidas terapéuticas, si a su juicio ofrecen una esperanza de salvar la vida, restablecer la salud o mitigar el sufrimiento.

2) Los posibles beneficios, riesgos e incomodidades de un nuevo método deberán ser contrastados con las ventajas de los mejores métodos diagnósticos y terapéuticos vigentes.

3) En cualquier investigación médica se deberá asegurar a cada paciente -incluyendo los pertenecientes a grupos de control- los mejores métodos diagnósticos y terapéuticos

disponibles.

4) La negativa de un paciente a participar en una investigación nunca debe interferir con la relación médico-paciente.

5) Si el médico considera esencial no obtener el consentimiento informado del individuo, las razones específicas que avalen esta decisión deberán consignarse en el protocolo de la investigación para que sea transmitido al comité independiente.

6) El médico puede combinar investigación médica con atención médica, con el objetivo de adquirir nuevos conocimientos médicos, extendiendo la investigación médica sólo hasta donde se justifique por un posible valor diagnóstico o terapéutico para el paciente.

Investigación biomédica no terapéutica que involucra seres humanos (Investigación biomédica no clínica)

1) En la aplicación puramente científica de la investigación médica en seres humanos, es deber del facultativo mantenerse en su rol de protector de la vida y la salud del individuo sujeto a la investigación.

2) Los sujetos deberán ser voluntarios en buena salud o pacientes cuya enfermedad no se relacione con el diseño del experimento.

3) El investigador o el equipo de investigación debe discontinuar la investigación si a su juicio proseguirla podría ser perjudicial para el sujeto.

4) En investigaciones en seres humanos el interés de la ciencia y la sociedad nunca deberán primar sobre el bienestar del sujeto.

ANEXO 3

Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, de 11 de noviembre de 1997.

El organismo especializado de Naciones Unidas estableció esta Declaración de 25 artículos, agrupados en siete capítulos.

A) La Dignidad Humana y el Genoma Humano

Artículo 1 El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.

Artículo 2 a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

b) Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad.

Artículo 3 El genoma humano, por naturaleza evolutivo, está sometido a mutaciones. Entraña posibilidades que se expresan de distintos modos en función del entorno natural

y social de cada persona, que comprende su estado de salud individual, sus condiciones de vida, su alimentación y su educación.

Artículo 4 El genoma humano en su estado natural no puede dar lugar a beneficios pecuniarios.

B. DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERESADAS

Artículo 5 a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si ésta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.

c) Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

d) En el caso de la investigación, los protocolos deberán someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia.

e) Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que represente un beneficio directo para su salud, y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud sólo podrá efectuarse a título excepcional, con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y una coerción mínimos, y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

Artículo 6 Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

Artículo 7 Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad.

Artículo 8 Toda persona tendrá derecho, de conformidad con el derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma.

Artículo 9 Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales sólo la legislación podrá limitar los principios de consentimiento y confidencialidad, de haber

razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos.

C. INVESTIGACIONES SOBRE EL GENOMA HUMANO

Artículo 10 Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.

Artículo 11 No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Se invita a los Estados y a las organizaciones internacionales competentes a que cooperen para identificar estas prácticas y a que adopten en el plano nacional o internacional las medidas que corresponda, para asegurarse de que se respetan los principios enunciados en la presente Declaración.

Artículo 12 a) Toda persona debe tener acceso a los progresos de la biología, la genética y la medicina en materia de genoma humano, respetándose su dignidad y derechos.

b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.

D. CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD CIENTIFICA

Artículo 13 Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.

Artículo 14 Los Estados tomarán las medidas apropiadas para favorecer las condiciones intelectuales y materiales propicias para el libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano y para tener en cuenta las consecuencias éticas, legales, sociales y económicas de dicha investigación, basándose en los principios establecidos en la presente Declaración.

Artículo 15 Los Estados tomarán las medidas apropiadas para fijar el marco del libre ejercicio de las actividades de investigación sobre el genoma humano respetando los principios establecidos en la presente Declaración, a fin de garantizar el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana y proteger la salud pública. Velarán por que los resultados de esas investigaciones no puedan utilizarse con fines no pacíficos.

Artículo 16 Los Estados reconocerán el interés de promover, en los distintos niveles apropiados, la creación de comités de ética independientes, pluridisciplinarios y pluralistas, encargados de apreciar las cuestiones éticas, jurídicas y sociales planteadas por las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones.

E. SOLIDARIDAD Y COOPERACION INTERNACIONAL

Artículo 17 Los Estados deberán respetar y promover la práctica de la solidaridad para con los individuos, familias o poblaciones particularmente expuestos a las enfermedades o discapacidades de índole genética o afectados por éstas. Deberían fomentar, entre otras cosas, las investigaciones encaminadas a identificar, prevenir y tratar las enfermedades genéticas o aquéllas en las que interviene la genética, sobre todo las enfermedades raras y las enfermedades endémicas que afectan a una parte considerable de la población mundial.

Artículo 18 Los Estados deberán hacer todo lo posible, teniendo debidamente en cuenta los principios establecidos en la presente Declaración, para seguir fomentando la difusión internacional de los conocimientos científicos sobre el genoma humano, la diversidad humana y la investigación genética, y a este respecto favorecerán la cooperación científica y cultural, en particular entre países industrializados y países en desarrollo.

Artículo 19 a) En el marco de la cooperación internacional con los países en desarrollo. los Estados deberán esforzarse por fomentar medidas destinadas a:

i) evaluar los riesgos y ventajas de la investigación sobre el genoma humano y prevenir los abusos;

ii) desarrollar y fortalecer la capacidad de los países en desarrollo para realizar investigaciones sobre biología y genética humanas, tomando en consideración sus problemas específicos;

iii) permitir a los países en desarrollo sacar provecho de los resultados de las investigaciones científicas y tecnológicas a fin de que su utilización en pro del progreso económico y social pueda redundar en beneficio de todos;

iv) fomentar el libre intercambio de conocimientos e información científicos en los campos de la biología, la genética y la medicina.

b) Las organizaciones internacionales competentes deberán apoyar y promover las iniciativas que tomen los Estados con los fines enumerados más arriba.

F. FOMENTO DE LOS PRINCIPIOS DE LA DECLARACION

Artículo 20 Los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar los principios establecidos en la Declaración, a través de la educación y otros medios pertinentes, y en particular, entre otras cosas, la investigación y formación en campos interdisciplinarios y el fomento de la educación en materia de bioética, en todos los niveles, particularmente para los responsables de las políticas científicas.

Artículo 21 Los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar otras formas de investigación, formación y difusión de la información que permitan a la sociedad y a cada uno de sus miembros cobrar mayor conciencia de sus responsabilidades ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la dignidad humana que puedan plantear la investigación en biología, genética y medicina y las correspondientes aplicaciones. Se deberían comprometer, además, a favorecer al respecto un debate abierto en el plano internacional que garantice la libre expresión de las distintas corrientes

de pensamiento socioculturales, religiosas y filosóficas.

G. APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN

Artículo 22 Los Estados intentarán garantizar el respeto de los principios enunciados en la presente Declaración y facilitar su aplicación por cuantas medidas resulten apropiadas.

Artículo 23 Los Estados tomarán las medidas adecuadas para fomentar mediante la educación, la formación y la información, el respeto de los principios antes enunciados y favorecer su reconocimiento y su aplicación efectiva. Los Estados deberán fomentar también los intercambios y las redes entre comités de ética independientes, según se establezcan, para favorecer su plena colaboración.

Artículo 24 El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO contribuirá a difundir los principios enunciados en la presente Declaración y a profundizar el examen de las cuestiones planteadas por su aplicación y por la evolución de las tecnologías en cuestión. Deberá organizar consultas apropiadas con las partes interesadas, como por ejemplo los grupos vulnerables. Presentará, de conformidad con los procedimientos reglamentarios de la UNESCO, recomendaciones a la Conferencia General y prestará asesoramiento en lo referente al seguimiento de la presente Declaración, en particular por lo que se refiere a la identificación de prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana, como las intervenciones en la línea germinal.

Artículo 25 Ninguna disposición de la presente Declaración podrá interpretarse como si confiriera a un Estado, un grupo o un individuo, un derecho cualquiera a ejercer una actividad o a realizar un acto que vaya en contra de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y en particular los principios establecidos en la presente Declaración.

ANEXO 4

PROYECTOS DE LEY QUE CONTIENEN NORMAS REFERENTES A MANIPULACIÓN GENÉTICA:

I. BOLETIN Nº:1.026-07.

1. Normas generales.

Artículo 1º.- Se entiende por técnica de reproducción humana asistida toda intervención artificial de carácter médico que tenga por objeto la fecundación de un óvulo por un espermio, teniendo como finalidad el nacimiento de un hijo.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con una finalidad distinta de la procreación.

Artículo 2º.- La aplicación de las técnicas a que se refiere el artículo anterior será de carácter excepcional, procediendo sólo cuando uno o ambos interesados estén afectados por infertilidad y hayan sido descartadas otras terapias por ineficaces. En todo caso, en

su aplicación se deberá resguardar la vida y la salud del embrión humano.

La infertilidad de los interesados y la imposibilidad de superarla sin asistencia médica, deberá ser diagnosticada por un equipo de dos o más facultativos del centro médico en el que tendrá lugar la técnica de reproducción humana asistida. Los facultativos otorgarán certificado escrito dando cuenta de estos hechos y mencionando las probables causas de la infertilidad.

Este primer certificado deberá ser refrendado por un segundo otorgado por un médico ginecólogo que no realice este tipo de técnicas ni tampoco pertenezca a un centro médico en que se practiquen. Deberán mencionarse expresamente ambos hechos en el documento.

Artículo 3º.- Para los efectos de esta ley, el embrión humano existe desde la fecundación, la que ocurre al momento de la penetración de la cabeza del espermatozoide en el óvulo a través de la membrana gamética.

La ley protege la vida del que está por nacer.

Artículo 4º.- Las técnicas de reproducción humana asistida sólo se podrán aplicar a una pareja compuesta por un hombre y una mujer que reúnan las siguientes condiciones:

1º. tengan un hogar constituido y estable, que permita brindar al hijo que se conciba un ambiente adecuado para su cabal desarrollo como persona;

2º. la mujer no sea menor de veintiún ni mayor de cuarenta y cinco años de edad y el hombre no sea menor de veinticinco ni mayor de sesenta años de edad, al iniciarse la fecundación asistida, y

3º. ambos estén vivos al momento de practicarse la fecundación del óvulo.

La comisión revisora y, en su caso, el comité de ética, regulados en el artículo 14, deberá, por acuerdo unánime de sus miembros, decidir si se cumplen o no estos requisitos. Para dar por acreditado el cumplimiento del requisito señalado en el número 1º, estos organismos podrán estimar suficiente el hecho de que los interesados estén unidos entre sí por vínculo matrimonial no disuelto. De no mediar matrimonio, el requisito podrá acreditarse mediante escritura pública en la cual, bajo juramento de decir verdad, declaren tener un hogar común desde hace no menos de dos años y manifiesten su voluntad de permanecer juntos.

Artículo 5º.- Los gametos femeninos u óvulos y los gametos masculinos o espermatozoides, deberán provenir exclusivamente de los miembros de la pareja. Sólo en el caso de ausencia de gametos o que éstos no sean útiles al fin reproductivo, se podrá recurrir a gametos de donantes.

En este último caso, los miembros de la pareja, en forma irrevocable y mediante escritura pública, deberán renunciar a las acciones de impugnación de la paternidad y maternidad del que nazca producto de la aplicación de estas técnicas, y además, reconocerlo como propio si no estuviesen unidos por vínculo matrimonial no disuelto. Esta renuncia y reconocimiento, en su caso, producirán efectos por el solo ministerio de la ley desde el nacimiento de la criatura.

Artículo 6º.- Los interesados en someterse a una técnica de reproducción humana

asistida deberán previamente ser informados por el centro médico acerca de todos los aspectos involucrados en la aplicación de estas técnicas, en particular de las posibilidades de éxito y de fracaso y de los sufrimientos que puedan ocasionar. Se entregará tanto a la mujer como al hombre un documento escrito en que se contengan los datos más relevantes desde el punto de vista médico, económico y ético. En este documento deberá incluirse el contenido de las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas, una descripción sintética de ellas, un resumen sobre las disposiciones legales referentes a la adopción y un listado con direcciones de asociaciones u organismos que podrían complementar la información sobre esta última materia.

Se dejará constancia de la entrega de la información verbal y escrita en acta suscrita ante el director del centro médico, o ante quien haya sido delegado por él para estos efectos.

Artículo 7º.- Las técnicas de reproducción humana asistida sólo podrán aplicarse previo consentimiento otorgado personalmente por ambos miembros de la pareja, mediante acta firmada ante el director del establecimiento médico en donde se aplicará la técnica o ante quien aquél delegue tal cometido, acta que deberá ser ratificada ante notario público por la pareja. En igual forma se manifestará el consentimiento para recibir gametos de terceros. En ambos casos, el consentimiento tendrá una vigencia de seis meses contados desde la fecha de su otorgamiento y podrá ser revocado, antes de la fecundación, por cualquiera de los miembros de la pareja mediante instrumento otorgado en la forma señalada anteriormente. Los miembros de la pareja no podrán actuar representados en los actos jurídicos a que se refiere este artículo.

La donación de gametos se efectuará personalmente, mediante acta firmada ante el director del correspondiente establecimiento médico o su delegado, en la cual el donante renunciará expresamente a la acción de reclamación de la paternidad o maternidad, en su caso, de la criatura que se conciba con ellos. La donación podrá ser revocada en la misma forma, lo que sólo producirá efectos respecto de los gametos que no hayan sido empleados con anterioridad. El revocante podrá solicitar del centro médico que le informe si han sido utilizados algunos de sus gametos en un procedimiento de reproducción humana asistida.

Una vez producido el nacimiento de la criatura en cuya fecundación se utilizaron gametos donados, el centro médico ante el cual se extiendan los documentos establecidos en este artículo remitirá un ejemplar de ellos al Archivo General del Servicio de Registro Civil e Identificación para su custodia, conjuntamente con una copia del comprobante de parto. Si nacieren varias criaturas, esta obligación se cumplirá respecto de cada una de ellas.

Artículo 8º.- Las actas de información y consentimiento a que se refieren los dos artículos precedentes, así como los certificados en que se diagnostica la infertilidad, individualizarán inequívocamente a los miembros de la pareja que se someterá a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y, en su caso, a los donantes de gametos, y tendrán carácter de secretos. Todos estos documentos se extenderán en duplicado, salvo el acta de donación de gametos, que constará en la cantidad de

ejemplares numerados que sea necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones que se contemplan en el inciso siguiente.

Un ejemplar de los referidos instrumentos deberá presentarse a la Oficina del Servicio de Registro Civil e Identificación en que se requiera la inscripción de un hijo concebido mediante estas técnicas, y otro ejemplar se conservará en el centro médico correspondiente, junto con la historia clínica de cada caso.

El Servicio de Registro Civil e Identificación o el centro médico, en su caso, sólo informará o proporcionará antecedentes sobre tales documentos en virtud de orden judicial, expedida en un juicio de impugnación o reclamación de la filiación del hijo así concebido.

Artículo 9º.- La selección de los gametos donados que se utilicen en una técnica de reproducción humana asistida corresponderá exclusivamente al equipo médico que la aplique, el que velará porque presenten compatibilidad con las características físicas de los integrantes de la pareja que se somete a la técnica. No podrá preferirse por otras causas determinados gametos de entre todos los que reúnan similares condiciones.

Artículo 10.- En ningún caso en las técnicas de reproducción humana asistida podrán utilizarse gametos provenientes de donantes cuya identidad sea conocida por los miembros de la pareja que se somete a ellas.

La identidad del donante y toda información relativa a éste se mantendrá siempre bajo secreto.

Con todo, si una vez utilizados los gametos en la fecundación fuese indispensable conocer información clínica o antecedentes genéticos del donante por razones médicas, en caso de que afecte a la criatura una enfermedad grave que así lo requiera, el centro médico la dará a conocer al médico tratante, quien sólo podrá emplearla para la precisa finalidad que se persiga.

Artículo 11.- En los certificados de nacimiento expedidos por los Oficiales del Registro Civil relativos a estas partidas no se dejará en caso alguno constancia del hecho de haber sido concebido el titular por alguna técnica de reproducción humana asistida.

Artículo 12.- El que revele la identidad del donante de gametos o la identidad de los miembros de la pareja que se somete a las técnicas de reproducción humana asistida, será castigado con las sanciones previstas en el inciso segundo del artículo 247 del Código Penal. Si ejerciere alguna de las profesiones que requieren título, será penado además con suspensión de profesión titular en su grado mínimo a medio.

Las penas se aplicarán en su máximo si la revelación de la identidad del donante se produce después de haberse aplicado un procedimiento de reproducción humana asistida en el cual se usaron sus gametos, o si la revelación de la identidad de los integrantes de la pareja se hace después que se sometieron a una técnica de reproducción humana asistida, en su caso.

§ 2. De los centros médicos.

Artículo 13.- Las técnicas de reproducción humana asistida sólo podrán aplicarse en los centros médicos que acrediten cumplir con las condiciones y requisitos establecidos

por las normas vigentes. Para estos efectos, siempre se requerirá autorización expresa de la autoridad sanitaria, previa consulta a la Comisión Nacional para la Reproducción Humana Asistida.

La Subsecretaría de Salud llevará un registro nacional de los establecimientos asistenciales en que se desarrollen técnicas de reproducción humana asistida. Para dicho efecto, los directores de los Servicios de Salud deberán remitirle copia de las resoluciones mediante las cuales se les haya otorgado autorización, la que indicará las técnicas específicas que utilizará el respectivo establecimiento.

Artículo 14.- En cada centro médico en que exista una unidad de reproducción humana asistida habrá una comisión revisora, encargada de revisar los procedimientos y métodos utilizados en la aplicación de estas técnicas, sus consecuencias, la competencia técnica de la unidad, el resguardo de la vida y salud del embrión humano fruto de la fecundación y la protección de los derechos de los pacientes. Esta comisión estará integrada por tres o más médicos, de los que no más de uno podrá ser parte del equipo de reproducción.

Habrá, además, un comité de ética, que conocerá los antecedentes cuando se comprendan aspectos propios de su competencia.

Los dictámenes, informes o resoluciones que emita la comisión revisora, y, en su caso, el comité de ética, serán remitidos siempre al director del centro médico. Deberán conservarse en un archivo especial reservado, que estará a disposición de la autoridad sanitaria para cuando ésta requiera su revisión.

Artículo 15.-En el caso de donación de gametos, el centro médico verificará que el donante no padezca enfermedades graves transmisibles, y conservará respecto de él la información clínica y los antecedentes genéticos que sean relevantes para prevenir y diagnosticar eventuales enfermedades en la criatura que se conciba, los cuales proporcionará al médico tratante en los términos señalados en el artículo 10, inciso tercero.

Además, solamente usará en la fecundación gametos de un donante, y, si ella tuviere que efectuarse con gametos masculinos y femeninos donados, éstos deberán provenir de un solo donante de cada sexo.

Después de que los gametos del donante hayan dado origen a seis embriones, el centro médico no volverá a utilizarlos, salvo que por causas naturales se interrumpiese el desarrollo de uno o más de los embriones, y sólo para nuevas fecundaciones con las que se complete aquella cantidad. En todo caso, una vez que de los gametos de un mismo donante nazcan seis niños, el centro médico destruirá de inmediato los gametos que resten, y no aceptará de esa persona nuevas donaciones.

Artículo 16.- Los centros médicos en que se apliquen técnicas de reproducción humana asistida informarán anualmente a la autoridad sanitaria sobre los procedimientos utilizados, los integrantes de la comisión revisora y del comité de ética, los médicos que participan en las técnicas, el número de casos atendidos y los resultados de éxito y de fracaso.

§3.De los efectos filiativos de la reproducción humana asistida.

Artículo 17.- La filiación del niño nacido como consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida de que trata esta ley se determinará de acuerdo con las normas que sobre la materia contenga el Código Civil.

§ 4. De las sanciones.

Artículo 18.- Será sancionado con presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de diez a cien unidades tributarias mensuales el que:

1º. Entregue, reciba o prometa entregar o recibir a título oneroso gametos humanos, o a cualquier título células en estado de pronúcleos o un embrión humano;

2º. Destruya un embrión humano;

3º. Haga experimentos genéticos en un embrión humano;

4º. Manipule un embrión humano con cualquier finalidad, que no sea la de mejorar las condiciones de salud del propio embrión;

5º. Utilice un embrión humano para un fin distinto de la procreación, o

6º. Produzca artificialmente híbridos, quimeras, divisiones gemelares o clones de seres humanos vivos o fallecidos.

Si el infractor fuere un profesional médico o enfermera, será castigado, además, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación de profesión titular en su grado mínimo.

En caso de reincidencia o reiteración se aplicarán las penas asignadas al delito en su grado máximo.

Artículo 19.- Será sancionado con multa de cien a quinientas unidades tributarias mensuales el que criopreserve un embrión humano.

Si el infractor fuere un profesional médico o enfermera, será castigado, además, con la pena de suspensión en su grado medio a inhabilitación de profesión titular en su grado mínimo.

Artículo 20.- El médico o enfermera que ejecute alguna técnica de reproducción humana asistida sin que se cumplan los requisitos señalados en los artículos 2º, 4º y 5º será castigado con inhabilitación de profesión titular en sus grados medio a máximo y multa de cien a doscientas unidades tributarias mensuales.

El que se someta a alguna técnica de reproducción asistida sin que se cumplan tales requisitos será sancionado con multa de cien a doscientas unidades tributarias mensuales.

No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, la mujer que se sometiere a la técnica con el propósito de que se desarrolle en su cuerpo un embrión que luego, como criatura nacida, se entregará a otra persona, será castigada con multa de diez a cien unidades tributarias mensuales. El que la indujo directamente a consentir en ello y el que haya aceptado recibir el niño serán sancionados con multa de cien a mil unidades tributarias mensuales.

Artículo 21.- Los centros médicos que apliquen técnicas de reproducción humana asistida sin contar con la autorización necesaria, que desarrollen técnicas no autorizadas,

o que contravengan cualquiera de los requisitos señalados en los artículos 2º, 4º y 5º, serán sancionados con multa de cien a mil unidades tributarias mensuales.

La multa se aplicará en su máximo a los centros médicos que ejecuten cualquiera de las conductas descritas en los artículos 15, 18, 19 y 20, inciso final.

En caso de reiteración o de reincidencia en infracciones graves, se cancelará la autorización concedida al centro médico para aplicar técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 22.- Las sanciones establecidas en esta ley se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en el Libro Décimo, "De los Procedimientos y Sanciones", del Código Sanitario.

§5. De la Comisión Nacional para la Reproducción Humana Asistida.

Artículo 23.- Créase una Comisión Asesora del Ministerio de Salud, denominada "Comisión Nacional para la Reproducción Humana Asistida", que tendrá por objeto:

a) Estudiar y proponer a la aludida Secretaría de Estado las políticas y normas relacionadas con la materia, informándole acerca de las condiciones que deben reunir los centros médicos interesados en desarrollar estas técnicas, en materias de infraestructura, equipamiento y calificación de sus recursos humanos;

b) Proponer las técnicas de reproducción humana asistida que, de acuerdo a esta ley, pueden ser aplicadas en el país, y

c) Informar sobre la solicitud de un centro médico para que se le autorice a aplicar técnicas de reproducción humana asistida, y sobre la cancelación de la autorización concedida que puede disponer la autoridad sanitaria.

La Comisión será oída cada vez que haya de adoptarse una decisión sobre estas materias.

Artículo 24.- La Comisión estará integrada por las siguientes personas:

a) Un académico especializado en el tema de la reproducción humana asistida, designado por los Decanos de las Facultades de Medicina de las Universidades del Estado o reconocidas oficialmente por éste;

b) El Presidente del Departamento de Etica del Colegio Médico más representativo del país o la persona a quien éste designe en su representación;

c) Un representante de las sociedades o corporaciones científicas relacionadas directamente con la reproducción humana asistida;

d) Un abogado especializado en Derecho Civil y de Familia, y otro en Bioética y Derecho Sanitario, designados por el Colegio de Abogados más representativo del país, y

e) Un especialista en temas de moral y bioética, designado por el Senado.

Artículo 25.- El reglamento determinará el funcionamiento de la Comisión.

Artículo final.- Esta ley entrará en vigencia noventa días después de la publicación del reglamento, con excepción del Párrafo 5, "De la Comisión Nacional para la Reproducción, Humana Asistida", que comenzará a regir desde esa publicación.”.

II BOLETIN N°: 1.993-11

“Artículo 1º.- La presente ley tiene por finalidad proteger la vida, la integridad física y síquica de las personas, así como su dignidad e identidad genética, con respecto a la investigación científica y sus aplicaciones y al ejercicio de la medicina.

Artículo 2º.- El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su identidad, dignidad y diversidad.

Artículo 3º.- Se prohíbe toda práctica eugenésica. Sólo se podrán modificar características genéticas humanas que incidan en la herencia en los casos y en la forma previstos por la ley.

Artículo 4º.- Se prohíbe toda forma de discriminación basada en el patrimonio genético de las personas.

Artículo 5º.- Sólo podrán realizarse estudios e indagaciones para determinar la identidad genética de una persona con su consentimiento, o por orden de tribunal competente en causa en que tal hecho sea relevante.

Artículo 6º.- La libertad para llevar a cabo actividades de investigación científica tiene como límite el respeto a los derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana, así reconocidos por la Constitución Política de la República.

Artículo 7º.- Toda investigación científica en un ser humano que involucre algún tipo de intervención física o síquica en el sujeto debe ajustarse a lo dispuesto en la presente ley, además de a otras normas que resulten aplicables según el caso.

Deberá contar con el consentimiento libre e informado del sujeto, otorgado personalmente, o por su representante legal cuando aquél carezca de capacidad para obrar por sí mismo.

La prestación del consentimiento deberá constar en un acta firmada también por el director responsable del proyecto respectivo y por el director del establecimiento donde se realizará la investigación, quien actuará como ministro de fe.

La revocación del consentimiento procederá siempre y no generará responsabilidad de ninguna especie, cualesquiera sean los efectos que ella produzca.

Artículo 8º.- Sin perjuicio de las exigencias establecidas en las demás normas de esta ley, son deberes especiales del investigador:

1) Transmitir al sujeto, en un lenguaje comprensible para él, toda la información que necesite para prestar un consentimiento informado, incluida la posibilidad de negarse a participar en la investigación antes de su inicio y durante el curso de la misma, sin incurrir en responsabilidades o sanciones ni en pérdida de beneficios.

2) Ofrecer al sujeto amplia oportunidad de hacer preguntas e instarlo a que las haga.

3) Excluir toda posibilidad de engaño, influencia indebida o intimidación.

4) Recabar el consentimiento escrito del sujeto una vez que éste tenga pleno conocimiento de los siguientes aspectos:

a) naturaleza de la investigación, procedimientos a seguir y duración aproximada;

b) riesgos e incomodidades asociadas a la investigación;

c) beneficios potenciales de la investigación, y

d) procedimientos o tratamientos alternativos que podrían ser beneficiosos.

5) Renovar el consentimiento informado si las condiciones o los procedimientos de la investigación sufren modificaciones importantes.

Artículo 9º.- Los exámenes genéticos y los análisis predictivos de la misma naturaleza sólo podrán hacerse por motivos terapéuticos o de investigación científica, de acuerdo a las normas de esta ley.

En la realización de estos exámenes y análisis se deberá dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 7º, 8º y 13 de esta ley.

Artículo 10.- La terapia génica en células somáticas está destinada al tratamiento de enfermedades o a impedir su aparición.

Será aplicable en estos casos lo dispuesto sobre consentimiento informado en los artículos 7º y 8º de esta ley.

Artículo 11.- Se prohíbe la clonación de seres humanos y por tanto cualquier intervención a persona que dé por resultado la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro, vivo o muerto.

La clonación de tejidos y órganos sólo procederá con una finalidad terapéutica. En ningún caso podrá usarse para tales fines embriones humanos.

Artículo 12.- El conocimiento del genoma humano es patrimonio común de la humanidad. Nadie puede atribuirse ni constituir propiedad sobre el mismo o sobre parte de él. Por lo tanto, el conocimiento de la estructura de un gen y de las secuencias de ADN no son patentables.

Los procesos biotecnológicos derivados del conocimiento del genoma humano, así como los productos obtenidos directamente de ellos, como los medicamentos, son patentables según las reglas generales.

Artículo 13.- La información genética de una persona será reservada, salvo que ella la revele o que el juez lo autorice, todo ello sin perjuicio de las normas sobre secreto profesional.

Artículo 14.- La recolección, almacenamiento, tratamiento y difusión de datos genéticos de las personas se ajustará a las normas de la ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.

Artículo 15.- Queda prohibido solicitar, recibir, poseer y utilizar información genética relativa a una persona determinada e identificable, así como indagar si una persona se ha realizado un examen o análisis de carácter genético, salvo autorización legal expresa.

Estas prohibiciones no afectan a la recolección y procesamiento de información genética de carácter estadístico y no nominativa.

Artículo 16.- Los datos genéticos que permitan la identificación de una persona deberán ser encriptados para su almacenamiento y transmisión.

La encriptación podrá omitirse temporalmente por razones de salud pública.

Artículo 17.- Créase una Comisión Nacional de Bioética que estará integrada por las siguientes personas:

- Cuatro académicos designados por el Consejo de Rectores, que pertenezcan respectivamente a las Facultades de Medicina, Derecho, Ciencias y Filosofía de las universidades que lo integran.

- Tres personas designadas por el Instituto de Chile, que pertenezcan a las Academias de Medicina, de Ciencias y de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, respectivamente.

- Una persona designada por el Senado.

- Una persona designada por el Presidente de la República, quien la presidirá.

Las personas designadas permanecerán en sus funciones por el plazo de tres años, pudiendo ser reelegidos. Servirán dichas funciones ad-honorem.

Artículo 18.- La Comisión tendrá las siguientes funciones:

- Asesorar al Presidente de la República en materias propias de su competencia.

- Elaborar los informes de su especialidad que le soliciten los órganos del Estado y los establecimientos de educación superior.

- Promover el estudio y conocimiento de la bioética en el nivel académico y asistencial y normativo.

- Proponer las normas que sean necesarias para la aplicación de esta ley u otras relacionadas con la bioética, las que deberán ser sancionadas mediante los actos administrativos que procedieren para su debida exigibilidad.

Artículo 19.- La Comisión tendrá una Secretaría Ejecutiva que coordinará su funcionamiento y cumplirá los acuerdos que aquélla adopte. Estará conformada por el personal que al efecto asigne el Ministerio de Salud, entre los cuales deberá incluirse un profesional experto en bioética y un abogado.

Artículo 20.- Los establecimientos que deseen participar en proyectos de investigación científica en seres humanos, deberán contar con un Comité de Bioética conforme al reglamento.

Los Comités de Bioética autorizarán las investigaciones que sean sometidas a su consideración, de acuerdo con las normas establecidas a propuesta de la Comisión Nacional de Bioética.

Artículo 21.- El que violare la reserva de la información genética de una persona, al margen de los casos que autoriza el artículo 13, sufrirá las penas establecidas en ambos incisos del artículo 247 del Código Penal, según el caso.

El que omitiere la encriptación a que se refiere esta ley, sin incurrir en la conducta descrita en el inciso anterior, será sancionado con una multa de tres a cinco unidades tributarias mensuales.

Artículo 22.- El que omitiere el acta a que se refiere el inciso tercero del artículo 7° o la confeccionare manifiestamente incompleta o sustancialmente falsa, será sancionado con una multa de 10 a 20 unidades tributarias mensuales.

Artículo 23.- El que clonare o iniciare un proceso de clonar seres humanos será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio.”.

III Boletín N° 2010-11

PROYECTO DE LEY

CLONACIÓN

Artículo 1º.- Quien artificialmente consiga un embrión humano con el mismo genoma que otra persona viva o muerta, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo e inhabilitación especial perpetua de la profesión titular. La misma pena se aplicará a quien implante a una mujer un embrión en las condiciones señaladas.

ELECCIÓN DE SEXO

Artículo 2º.- Quien intente artificialmente fecundar un óvulo humano con un espermatozoide que haya sido elegido en función de su cromosoma sexual, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.

TRANSFORMACIÓN ARTIFICIAL DE CÉLULAS REPRODUCTORAS HUMANAS

Artículo 3º.- Quien modifique artificialmente el genoma de una célula reproductora humana será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo. La misma pena se aplicará a quien utilice con propósitos de fecundación una célula reproductora humana modificada artificialmente.

MUTANTES O HÍBRIDOS

Artículo 4º.- Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo e inhabilitación especial perpetua de la profesión titular:

a) Quien intente asociar en una unidad celular embriones con genomas diferentes, mediante la utilización de a lo menos un embrión humano;

b) Quien intente unir un embrión humano a una célula que posea un genoma distinto que el humano;

c) Quien intente producir un embrión mediante la fecundación de un óvulo humano con el espermatozoide de un animal, o de un óvulo animal con el espermatozoide de un ser humano; y,

d) Quien implante un embrión producto de alguna de las manipulaciones señaladas en los números anteriores a una mujer o a un animal.

ECTOGENESIS

Artículo 5º.- Será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo e inhabilitación especial perpetua de la profesión titular quien implante un embrión humano a un animal.

FECUNDACIÓN POST MORTEM

Artículo 6º.- Quien artificialmente fecunde un óvulo con el espermatozoide de un hombre tras la muerte de éste será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo."

IV Ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos. (boletín N° 2608-11)

PROYECTO DE LEY:

Titulo I

Disposiciones Generales

Artículo 1 La presente ley tiene por objeto establecer las bases normativas generales para el reconocimiento, garantía, protección y promoción del ejercicio pleno de los Derechos Sexuales y Reproductivos de la población, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 2º artículo 5º de la Constitución Política de la República.

Artículo 2 Corresponderá al Estado, mediante la elaboración y ejecución de políticas públicas y la actuación de sus órganos, promover los cambios culturales, sociales, económicos políticos y normativos necesarios para el pleno ejercicio de estos derechos.

En el cumplimiento de esta obligación, corresponderá al Estado, especialmente, a través de los órganos centralizados y descentralizados, promover e impulsar una cultura y educación no sexista, promoviendo y desarrollando acciones educativas destinadas a reconstruir los roles asignados y que mantienen la desigualdad de género, así como promover una educación que enfatice una valoración positiva de la sexualidad, entendida como un aspecto fundamental en todas las etapas de la vida, a fin de contribuir a que las personas asuman las responsabilidades que conlleva el ejercicio de la sexualidad, en todos sus aspectos, de tal manera de que hombres y mujeres puedan decidir plena, consciente, libre y responsablemente sobre el ejercicio de su vida sexual y reproductiva.

Artículo 3 Todos los órganos y agentes del Estado deberán elaborar, ejecutar y evaluar sus acciones y políticas sobre sexualidad y reproducción, con participación de toda la comunidad, promoviendo el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos del modo que mejor aseguren la efectiva vigencia de los mismos.

Artículo 4 Las políticas públicas, programas, servicios y acciones sobre sexualidad y reproducción deberán siempre promover relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres.

Deberán además favorecer la modificación de los patrones socioculturales injustos, promoviendo la responsabilidad, eliminando los prejuicios y las prácticas que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Artículo 5 Se prohíbe toda forma de discriminación en el ejercicio de estos derechos, ya sea del Estado, de cualquiera de sus agentes o de los particulares. Para efectos de esta ley, se entenderá por discriminación cualquier exclusión, menoscabo, restricción o diferenciación arbitraria basada en el sexo, la edad, la orientación sexual, el estado civil, el origen étnico, el origen de clase social, religión o creencias, discapacidad o cualquier causa análoga.

En particular la discriminación contra las y los jóvenes en edad escolar a causa de la maternidad o paternidad, que se manifieste en la expulsión de los establecimientos educacionales, públicos o privados, de educación media o superior, o en cualquier otra acción vejatoria.

Titulo II

Conceptos Generales

Artículo 6 Los Derechos Sexuales y Reproductivos aseguran a todas las personas la posibilidad de tomar decisiones y ejercer libre, consciente y responsablemente su sexualidad y reproducción, sin ningún tipo de coacción o violencia. Ellos aseguran, asimismo, que todas las personas puedan contar con la información, la educación y el acceso a los servicios, medios e instrumentos que se requieren para tomar tales decisiones.

Artículo 7 La salud sexual y reproductiva es un estado de completo bienestar biológico, social y emocional en todos los aspectos de la vida humana vinculados a la sexualidad y a la reproducción, no siendo solamente la ausencia de enfermedades, sino que integra las múltiples facetas humanas comprendidas en las decisiones, comportamientos y vivencias sexuales y reproductivas.

Título III

Los Derechos Sexuales y Reproductivos

Artículo 8 Se reconoce el derecho de toda persona a disfrutar de la sexualidad como fuente de desarrollo personal y felicidad.

Es deber del Estado diseñar y ejecutar las políticas públicas que garanticen y promuevan dicho derecho, mediante los programas y acciones necesarios a tal efecto, especialmente las que aseguren la información, la educación y acceso a los servicios que esta ley regula, para todas las personas y las que prevengan las enfermedades de transmisión sexual y el embarazo no deseado.

Artículo 9 Se reconoce el derecho a toda persona a ejercer la sexualidad independiente de la reproducción y la libertad para elegir con quien vivir la sexualidad.

Artículo 10 Se reconoce el derecho a la libertad sexual e integridad física y síquica de las personas en materia sexual, lo que implica el derecho a decidir libremente sobre el ejercicio de la sexualidad, a la autonomía y control corporal y a no ser sometido a ninguna forma de abuso, tortura, mutilación o violencia sexual.

El que incurra en la comisión de los actos criminales mencionados será penado conforme a lo dispuesto en los títulos VII y VIII del Libro Segundo del Código Penal.

Artículo 11 Se reconoce el derecho de las personas a tomar decisiones libremente respecto de la procreación, lo que implica que las personas puedan decidir libre, informada y responsablemente si desean o no tener hijos, el número de éstos y el intervalo entre los nacimientos. Así como también el derecho de mujeres y hombres a recuperar la fertilidad cuando ésta ha sido dañada por falta de información y la falta de tratamientos adecuados.

Se prohíbe toda forma de violencia, coacción y discriminación de cualquier naturaleza en el ejercicio de este derecho.

Artículo 12 Se prohíbe toda esterilización sin el consentimiento informado y escrito de la persona en quien se efectúa, ni podrá exigirse el consentimiento del cónyuge, pareja u otra cualesquiera persona al efecto. Asimismo, se prohíbe el suministro o uso forzado de anticonceptivos.

Ninguna persona con discapacidad mental podrá ser esterilizada sin su consentimiento, a menos que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Se presente una solicitud al comité de Ética del Servicio de Salud correspondiente por el representante legal o el familiar más cercano.

b) Que los servicios de salud hayan entregado consejería y provean todos los medios disponibles de control de fecundidad a la persona y a su familia.

c) El Comité de Ética deberá resolver la solicitud de esterilización después de haber citado y escuchado personalmente a el o la discapacitado o discapacitada.

d) Que la esterilización sea la única alternativa para regular la fecundidad de la persona. Lo que será certificado por el servicio de salud correspondiente.

Incurrirá en responsabilidad solidaria el facultativo y el respectivo servicio de salud cuando se practique una esterilización a una persona sin su consentimiento o con infracción a los requisitos establecidos en los incisos anteriores, sin perjuicio de las sanciones contempladas en el Estatuto Administrativo y del delito contemplado en el artículo 395 del Código Penal.

Artículo 13 Las experimentaciones sobre métodos anticonceptivos y acciones para regular la fecundidad deben estar sujetos a protocolos de experimentación científica y éticamente aprobados por organismos internacionales pertinentes.

Ninguna persona podrá acceder o ser sometida a métodos experimentales sin cumplir con las condiciones anteriormente señaladas y contando siempre con su consentimiento informado, con la debida anticipación manifestada por escrito, a fin de promover, proteger y garantizar los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Incurrirá en responsabilidad solidaria el o la facultativo o facultativa y el respectivo servicio de salud cuando una persona sea sometida a métodos experimentales con infracción a lo dispuesto en los incisos anteriores. Será, asimismo, sancionado conforme a las penas establecidas en los artículos 313b y 317 del Código Penal.

Artículo 14 Se reconoce el derecho a ser informados y acceder a información clara, comprensible y completa sobre métodos de regulación de la fecundidad y de prevención de enfermedades de transmisión sexual, incluida la infección causada por virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia humana (Sida), a tener acceso a servicios de consejería sobre métodos seguros y eficaces de regulación de la fecundidad que cumplan con los estándares internacionales de seguridad y eficacia.

Se prohíbe toda discriminación que implique menoscabo, restricción o limitación al ejercicio de este derecho por razones de edad o sexo.

El funcionario que niegue el acceso a la información y los servicios señalados en el inciso primero, tal conducta será constitutiva de una infracción al artículo 55 letras a), b), c) del Estatuto Administrativo y será sancionado conforme a dicho Estatuto.

Artículo 15 Se reconoce el derecho a todas las personas de acceder a una educación integral para la vida afectiva y sexual desde la temprana edad posibilitando el bienestar, el desarrollo de la persona y el ejercicio de la sexualidad en forma plena, libre e informada.

Es deber preferente del Estado orientar e informar sobre la sexualidad y la reproducción de manera sencilla, precisa y veraz desde una temprana edad.

Artículo 16 Es deber del Estado asegurar y garantizar el acceso a servicios de salud de calidad y adecuados a las necesidades de mujeres y hombres en todo el ciclo vital que promuevan la salud integral y ayuden a recuperarla.

Particularmente se deben proveer servicios: a las y los adolescentes en salud sexual y reproductiva; en cuidados pre y post natales; prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual y VIH/Sida; prevención y tratamiento adecuado de la infertilidad; prevención y tratamiento adecuado del cáncer cérvico uterino, de mamas y de próstata; prevención del embarazo no deseado; atención de calidad, adecuada y digna, para tratar las complicaciones del aborto y sus efectos en la salud de las mujeres; consejería en regulación de la fecundidad post aborto y servicios multidisciplinarios adecuados para la menopausia y la tercera edad.

Artículo 17 Se reconoce a todo usuario de los servicios de salud pública y privada el derecho a la confidencialidad de la información relacionada con la salud sexual y reproductiva, entre los cuales se incluye la confidencialidad de la información en complicaciones de aborto y acceso a métodos anticonceptivos.

Todo profesional o funcionario de un servicio de salud pública o privado que incurriere en una infracción a la violación de la confidencialidad establecida en el inciso anterior será penado conforme al artículo 246 del Código Penal y será responsable civilmente de acuerdo a las normas generales”.

ANEXO 5

FALLO PÍLDORA DIA DESPUÉS

PRIMER FALLO RELATIVO A LA PÍLDORA DEL DIA DESPUÉS.

Santiago, veintiocho de mayo de dos mil uno.

VISTOS Y teniendo presente

1° Que recurren de protección, a fojas 17, Sara Philippi Izquierdo, en representación de la Organización no Gubernamental de Desarrollo para la investigación, formación y estudio sobre la Mujer (ISFEM), Patricio Mena González, por el Centro Internacional para la Vida Humana y Elizabeth Bunster Chacón, por el movimiento Mundial de Madres; a fojas 89, Francisco Chahuán Chahuán, por la Organización no Gubernamental Frente por la Vida y la Acción Solidaria, a fojas 379, Juan Jara Opazo, en representación del Centro Juvenil Ages y a fojas 411, Patricio García Palominos, por el Movimiento Nacional por la Vida “Antu-Kuyen”, en contra del Instituto de Salud Pública y de la Ministra de Salud y los tres últimos, en contra también del Laboratorio Médico Silesia S.A, a favor de ellos mismos, de los que están por nacer en Chile, de sus madres y padres, y en especial por toda mujer, víctima potencial, por su derecho a la vida, que consideran amagado por el acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria, que ha acogido a tramitación y luego dado su aprobación a la comercialización del fármaco Postinal.

Fundamentan el recurso en que el citado fármaco, en comprimidos recubiertos 0,75 mg, que se ha autorizado, contiene la droga levonorgestrel en dosis de 0,75, es abortiva y

su objeto es impedir embarazos no deseados, toda vez que su administración inhibe la ovulación, evita la fecundación del óvulo, al hacer perder a las trompas de Falopio aquellas contracciones que permiten el desplazamiento espermático, alteran el moco cervical haciéndolo impermeable a los espermios, y, por evitar la anidación del huevo al provocar la atrofia del endometrio.

Estiman legítima la acción de que hacen uso, al ser coherentes con los fines perseguidos por cada una de las organizaciones que representan, además de haber actuado a nombre propio.

Solicitan la declaración de ilicitud constitucional de la droga levonorgestrel, se reconozca el derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción y se ordene a la recurrida abstenerse de autorizar la comercialización del levonorgestrel, todo con costas.

2° Que informando la Señora Ministra de Salud, a fojas 63, 557, 796 y 799, como cuestión previa, precisa que el producto farmacéutico "Postinal", cuya solicitud de registro se cuestiona, está elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel y fue presentado por el Laboratorio Silesia S.A al Instituto de Salud Pública, conforme lo disponen los artículos 94 y 102 del Código Sanitario y 37 del Decreto Ley 2763 de 1979 (su Ley Orgánica), sin que exista en la reglamentación aplicable en la especie ninguna disposición que permita el rechazo de plano a una solicitud de esta naturaleza. Por el contrario, la denegación del registro debe ser dispuesta por resolución fundada en antecedentes técnicos que la justifiquen, previo pronunciamiento del Ministerio que representa.

Y en lo que se refiere al fondo del debate planteado por los recurrentes, señala que ha sido encomendada a la ley la protección de la vida del que está por nacer, al tipificar en el artículo 342 y siguientes del Código Penal, el delito de aborto y en el artículo 119 del Código Sanitario, al prohibir cualquier acción destinada a interrumpir el embarazo -refiriéndose al aborto terapéutico- amén de los artículos 74 y siguientes del Código Civil, relativas al principio y fin de la existencia de las personas.

Argumenta, que el medicamento que se cuestiona, cuya comercialización en Chile por el Instituto de Salud Pública, se fundamenta en la necesidad terapéutica de su indicación anticonceptiva, sin atentar contra la vida de una criatura ya concebida, ni perseguir la interrupción de un embarazo, sino por el contrario, busca prevenir y eliminar, en la medida de lo posible, el aborto provocado que se origina en la falta de acceso, mal uso o defecto a los medios de planificación familiar o legítimos mecanismos de anticoncepción.

Refiere, que actualmente existen registrados y comercializados en Chile, diferentes productos anticonceptivos formulados sobre la base del principio activo del progestágeno levonorgestrel, en una dosis de 0.75 mg, sólo o en asociación, prescritos por los profesionales médicos, dentro de los programas de planificación familiar y regulación de la fertilidad, usados periódicamente durante el ciclo menstrual.

Define la contracepción postcoital, o de "emergencia", como un conjunto de métodos que, utilizados con posterioridad a una relación sexual coital, sin protección, puede evitar, según la etapa del ciclo menstrual en que se utilice, la ovulación, la

fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide, por alteración de su transporte y efectividad y como consecuencia de ella, la formación del embrión.

A la inversa, al haberse iniciado el proceso de fecundación, implantación o anidación del embrión, el método pierde totalmente su efectividad, sin ningún riesgo específico de malformaciones congénitas u otros propios de todo embarazo.

Agrega, que todos los preparados farmacéuticos de tipo anticonceptivos, de uso generalizado en el país desde hace aproximadamente cuatro décadas, actúan sobre las mismas bases y su diferencia con los denominados de “emergencia”, radica en su posología de inferior cantidad en miligramos además de su administración fraccionada diariamente durante el ciclo menstrual.

El producto que se discute, se pretende ponerlo a disposición de personas que han tenido una relación sexual sin contar con la debida protección anticonceptiva, en algunas de las situaciones que señala la guía de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el más alto organismo internacional especializado en la materia, tales como violación, acto sexual voluntario sin protección anticonceptiva o uso incorrecto o inconsistente de un método anticonceptivo.

3° Que hace lo propio el Instituto de Salud Pública, a fojas 104 y 609 pidiendo el rechazo de los recursos, refiriéndose circunstanciadamente a la tramitación de la solicitud del medicamento farmacéutico Postinal, presentada por el Laboratorio Silesia S.A, a los profesionales que integraron la Comisión de Evaluación, con indicación de sus respectivos cargos docentes universitarios y votación final.

A continuación, explica en que consiste la fertilización, lugar en que se produce: momento de la implantación que da inicio al proceso embrionario; formación de la placenta y existencia de un feto; funciones del ovario en la producción de hormonas; el fin de ellas, en especial la progesterona, para, finalmente, instruir acerca de los métodos anticonceptivos orales.

Continúa que, entre los últimos se encuentra el levonorgestrel, que es una progestina sintética, biológicamente activa, utilizada como principio en más del 70% de los anticonceptivos que se comercializan a nivel nacional y mundial, cuyo mecanismo es la prevención del embarazo, inhibiendo la ovulación y efectuando cambios en el mucus cervical, que impiden la migración de los espermatozoides y la consecuente fertilización y advierte sobre sus efectos adversos, entre los que se encuentran, en algunos casos, sangramientos irregulares, acné, dolores de cabeza y náuseas.

Explica, que se usó inicialmente en la anticoncepción de emergencia, en altas dosis durante cinco días, con algunos fenómenos adversos de aquellos descritos precedentemente, por lo que la administración del levonorgestrel en dos dosis de 0.75 mg, separadas en doce horas, ha demostrado mayor efectividad y reducido sus efectos desfavorables.

A continuación nombra 51 productos farmacéuticos registrados en el país que contienen levonorgestrel en asociación con otros principios activos y cinco de aquellos que contienen únicamente dicha hormona, con indicación de los Laboratorios que los fabrican o comercializan.

Concluye, con los fundamentos científicos que refiere abundantemente, que el producto farmacéutico que motiva el recurso, no es abortivo, a nadie obliga su autorización de comercialización, nadie está obligado a comprarlo o a consumirlo, de tal modo que quien se sienta violentado en sus mas íntimas convicciones, esta en completa libertad de acción a su respecto.

4° Que, a su vez y a fojas 343 el laboratorio Silesia S.A, pide el rechazo de los recursos por estimar que no se ha cometido ningún acto ilegal o arbitrario en la solicitud que presentara al Instituto de Salud Pública de registro para la comercialización del producto farmacéutico Postinal, comprimidos recubiertos 0.75 mg. de levonorgestrel, presentada como respuesta al permanente requerimiento del Cuerpo Médico de contar con un producto de esa naturaleza que le permitiera evitar el uso de otros en base a combinaciones cuyos efectos secundarios se hace difícil tolerar a algunas pacientes y fue así como una vez acompañada toda la documentación requerida, que se pone a disposición del tribunal, la autoridad competente lo evaluó favorablemente, registrándolo a su nombre, con el numero F-7523/11, para los efectos de su fabricación y venta en el país, en las condiciones que se detallan en la resolución 2141 de 21 de marzo del presente año.

5° Que la acción cautelar por la que se recurre, tiene su origen en el texto del artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuyo objeto ha sido amparar el legítimo ejercicio de alguna de las garantías establecidas en su artículo 19, para cuyo ejercicio es preciso definir a la persona del afectado en cuyo favor se recurre. Dicho de otro modo, a quien le corresponde la legitimación procesal activa para recurrir por esta vía.

6° Que la definición aludida debe asentarse en un grado de convicción que no permita la existencia de reserva alguna sobre su procedencia.

En tal caso, el sujeto activo que ejercita la acción de protección constitucional habrá de aparecer claramente definido en los propios términos de la disposición legal citada, que se inicia señalando textualmente “El que por causa de actos u omisiones...”.

La premisa básica de exigir como afectado a una persona o ente determinado, excluye la pretensión de que la acción de protección tenga el carácter de general o popular, que permita su ejercicio por cualquiera aún cuando no aparezca directamente perjudicado.

7° Que, por otra parte, el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, para la tramitación y fallo del recurso de protección, al disponer que el de la especie puede interponerse por el afectado o por cualquiera otra persona a su nombre, no significa sino que un tercero, capaz de parecer en juicio, y aunque carezca de mandato para ello, pueda plantearlo, pero sólo como intérprete de la voluntad del afectado por el acto ilegal o arbitrario que vulnere algunos de los derechos que lo hacen procedente.

8° Que de lo razonado debe concluirse necesariamente que para que pueda prosperar un recurso de esta naturaleza, debe existir un sujeto pasivo perturbado, privado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos, que por sí o por tercera persona, requiera la correspondiente actividad judicial para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad o ilegitimidad de un acto que produce menoscabo en alguno de sus derechos protegidos constitucionalmente.

9° Que en la especie, se ha recurrido por diferentes organizaciones a favor de personas naturales, a nombre propio, de las entidades que representan, por los individuos por nacer en Chile que se encuentran concebidos y por sus padres, sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección de que se trata.

10° Que de todo lo anterior se desprende que los recursos intentados no se ajustan a las exigencias que establecen las disposiciones tanto constitucionales como las que emanan del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema para su tramitación y fallo, por lo que deben desestimarse.

11° Que la discusión de orden doctrinario planteada en los diferentes recursos y consiguientes informes, además de los estudios científicos y técnicos que sirvieron de fundamento a la decisión del Instituto de Salud Pública, que controvierten los recurrentes, son ajenos a esta acción de protección, desde que requerirían una instancia de lato conocimiento además de prueba diversa y compleja, procedimiento que no se aviene con su objetivo de ser un remedio pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado.

Y visto además lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales, se rechazan los recursos de la especie, deducidos a fojas 17, 319, 379 y 411, con costas.

Acordada con el voto en contra de la ministro señorita Morales quien estimó procedente el recurso tanto respecto a la titularidad de quienes concurren, como a la materia que se ha sometido al conocimiento de esta Corte, y en atención al mérito de los antecedentes acumulados a los autos y lo expuesto por las partes, estuvo por acogerlo y dejar sin efecto la resolución N° 2141 de 21/3/2001 del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario del fármaco “Postinal” elaborado sobre la base de la droga “levonorgestrel”;

Funda su disidencia en lo siguiente:

Los recursos acumulados tienen como finalidad que esta Corte adopte las providencias necesarias para asegurar el derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción, derecho que estiman amenazado por la comercialización del fármaco Postinal elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel cuyo efecto es impedir que el óvulo fecundado anide en el endometrio por la vía de eliminar las condiciones necesarias para que dicho anidamiento se produzca;

La Constitución Política de la República de Chile reconoce como el primero y fundamental de todos los derechos que garantiza, el derecho a la vida, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer, lo que implica necesariamente su protección en todas las fases de su desarrollo desde la época de la concepción;

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, que fue ratificada por Chile y aprobada por el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, establece en su artículo 4 N° 1; “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir de la concepción

nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

c) Estimándose por los recurrentes comprometido aún en grado de amenaza el derecho de los concebidos, que, como tales, no tienen existencia legal como personas, quienes han concurrido en estos autos acumulados solicitando el resguardo constitucional de ese derecho, tienen, en concepto de la disidente, la titularidad suficiente para requerir de esta Corte las medidas tendientes a obtener su protección en uso de sus facultades conservadoras;

d) Ahora bien, como ya se dijo en la letra a) y b) de este voto, nuestra Carta Fundamental y el Pacto de San José de Costa Rica, imponen a la ley en protección de la vida del que está por nacer, principio ya consagrado en el artículo 75 del Código Civil, y tanto este cuerpo legal, artículo 76, como la Convención citada, en su artículo 4° N° 1, fijan el inicio de la vida desde la época de la concepción;

Consta de estos antecedentes acumulados el amplio debate tanto en el orden científico como en el orden moral que se ha suscitado alrededor del tema que nos ocupa, lo que de por sí suscita graves dudas sobre los efectos del fármaco en cuestión, en la interrupción del normal desarrollo del cigoto hacia sus distintas fases, célula en la que ya se encuentra la vida con toda su potencialidad de evolución hasta llegar a su concreción como persona por el hecho del nacimiento;

e) Por consiguiente, en concepto de quien disiente el Instituto de Salud Pública, que como órgano del Estado está obligado a someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, incurrió en manifiesta ilegalidad al dictar la Resolución impugnada, por lo que la Ministra disidente estuvo por dejarla sin efecto acogiendo así los recursos deducidos.

Regístrese y notifíquese.

Redactó la ministra Señora Valdovinos y el voto disidente su autora.

Rol N° 850-2001 y acumulados roles 1579, 1676 y 1737 de 2001.

Corte Suprema

Santiago, treinta de agosto de dos mil uno.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada sólo en sus fundamentos primero, segundo, tercero y cuarto, eliminándose los demás restantes.

Y se tiene en su lugar y además presente:

En cuanto a la legitimación activa de los recurrentes.

1°.- Que para dilucidar si los recurrentes de protección se encuentran legitimados para accionar como lo han hecho, a fin de evitar la autorización de la fabricación y posterior venta y distribución del fármaco que cuestionan por tener un efecto abortivo, se hace necesario examinar la disposición constitucional que lo consagra y el alcance de la representación que se atribuyen para actuar a nombre de los concebidos, no nacidos, cuyo desarrollo y posterior nacimiento estaría amenazado por el mismo;

2°.- Que el medio o arbitrio procesal que constituye el Recurso de Protección, se

encuentra establecido en términos muy amplios, precisamente para amparar y resguardar el ejercicio de aquellos derechos que se estiman más preciados por los individuos o la persona humana sin distinción de ninguna naturaleza. En efecto, el artículo 20 de la Constitución Política dispone: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1,2,3 inciso 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes;

3°.- Que en concepto de esta Corte, la legitimación activa de los actores, esto es la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la garantía constitucional invocada como agraviadas por aquellas autoridades que señalan en su libelo, se encuentra fundamentada en lo que dispone nuestra Carta Fundamental, tanto en el ya recordado artículo 20, cuando en su artículo 19 al establecer que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que está por nacer;

4°.- Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y que culminará en el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción. Por ello que han podido accionar para obtener, por esta vía de protección constitucional, el retiro de la autorización del fármaco uno de cuyos efectos podría ser abortivo;

5°.- Que, por otra parte, deben considerarse las disposiciones del artículo 75 del Código Civil que obliga al juez a tomar por propia iniciativa o a petición de cualquiera persona, “todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará” y las del Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por decreto N° 873 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 05 de enero de 1991, que en su artículo 4.1 declara: “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”;

6°.- Que, el fundamento de los recurrentes de protección para invocar la decisión de los tribunales, es que el poder Judicial ejerza la facultad que le es propia -la jurisdicción- y resuelva el conflicto planteado, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Al respecto conviene tener presente que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión;

7°.- Que, desde otro punto de vista debe concluirse que no se ha recurrido por

sujetos indefinidos y faltos de concreción, seres indeterminados que no podrían individualizarse para ser considerados titulares de la acción de protección de que se trata.

En efecto, las acciones entabladas tienen como finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que en un momento determinado, acabado su desarrollo intrauterino, surgirán a la vida legal con todos los atributos de las personas que el estatuto jurídico correspondiente les reconoce.

Desde esta perspectiva debe admitirse y resolverse las peticiones planteadas por los recurrentes, pues efectivamente lo que aquí se decida, afectará a muchos no nacidos, en actual o futura etapa de gestación o desarrollo pre natal.

8°.- Que a mayor abundamiento, la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa donde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre y de ningún otro atributo individualizado.

Esto no significa que el recurso de protección se utilice en el caso presente, como acción popular o general a favor del orden jurídico, sino como una acción cautelar de derechos subjetivos concretos; tal como en otros casos, los tribunales han acogido recursos de protección respecto de una persona actualmente afectada, pero otorgando protección también a todas las otras personas afectadas en el presente y en el futuro.

Es así que en el caso de una acción ilegal o arbitraria que amenaza un derecho fundamental, es necesario que la persona titular del derecho sea cierta o probable en el momento de hacerse efectiva la amenaza. Si el sujeto no existe en el momento de formularse la amenaza -lo que impide recurrir por cualquiera a su nombre-, pero ciertamente existirá al momento previsto para el cumplimiento de la amenaza, el sujeto merece entonces la protección adelantada del derecho prevista precisamente por este recurso de protección, que contempla explícitamente la posibilidad de proteger contra una amenaza, acción por definición referida a la existencia del sujeto en el futuro;

EN CUANTO AL FONDO:

9°.- Que, para los recurrentes, la ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga levonorgestrel radica en que en uno de sus variados efectos, amenaza la vida del que esta por nacer, y además amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto;

10°.- Que por otra parte, los recurridos han aceptado que uno de los posibles efectos del medicamento referido, administrado después de una relación coital sin protección, es la de evitar el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo que ocurre dentro de unos 5 a 7 días después de la fecundación, puesto que su administración produce una alteración o modificación en la respuesta del endometrio a las hormonas sexuales, haciéndolo menos apto o impidiendo su implantación;

11°.- Que en apoyo a su decisión para aceptar el fármaco con contenido de la droga levonorgestrel en la calidad de “contraceptivo de emergencia” o “la píldora para el día siguiente” como comúnmente se le conoce, han citado una definición operativa de la Organización Mundial de la Salud y otra de la Federación Internacional de Ginecología y

Obstetricia que señalan que el embarazo comienza cuando el huevo fecundado se implanta en la pared uterina y que, el aborto inducido es el término del embarazo después de ocurrida la implantación;

12°.- Que en oposición, los recurrentes estiman, basados también en evidencias científicas, que el huevo fecundado, que es el embrión, es una célula viva, en la forma original y primera del ser humano, con un material genético único y distinto de sus progenitores destinado, desde ese momento, a dar origen a un ser humano.

Afirman que desde el instante en que el óvulo recibe al espermatozoide la totalidad de la información necesaria y suficiente se encuentra reunida en ese huevo y todo está escrito para ser un hombre que nueve meses más tarde podremos identificar plenamente. Después de la fecundación a ese huevo fertilizado no entrara ninguna otra información genética.

En aval de su postura, afirman que muchos países consideran en su legislación que el momento de la concepción es el punto de partida desde el cual debe protegerse la vida humana y que desde ese momento merece ser protegido por el ordenamiento jurídico;

13°.- Que las acciones de protección entabladas se fundamentan como se ha dicho, en que el fármaco autorizado para ser utilizado post coitalmente, podría en uno de sus resultados afectar al huevo fertilizado ya, esto es, al embrión con toda su carga genética, impidiéndole su implantación en el útero y provocándose en consecuencia, un aborto;

14°.- Que en consecuencia, lo que debe resolverse es desde cuando podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien desde cuando corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida;

15°.- Que el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho.

El ser humano tiene derecho a la vida y debe estar protegido contra la agresión que atente contra ella y de exigir, además, de conductas positivas para conservarla;

16°.- Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se encuentra el N° 26 del mismo artículo 19 al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

17°.- Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer -cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal- pues la norma constitucional no distingue, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación;

18°.- *Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.*

Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal;

19°.- *Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que esta por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiese producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide;*

20°.- *Que cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado "Postinal" con contenido de 0.75 mg. de la hormona de síntesis levonorgestrel, uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código Penal y prohibido aún como terapéutico, en el Código Sanitario.*

Por estos fundamentos y atendido lo dispuesto en los artículos 1°, 5° inciso segundo, 19 número 1 y 26, 20 y 73 de la Constitución Política; 55, 74, 75 y 76 del Código Civil y artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica y Auto Acordado sobre tramitación y fallo del recurso de protección de la Excma. Corte Suprema, se revoca la sentencia apelada de veintiocho de mayo del año en curso, escrita de fs. 850 y se declara que se acogen los recursos de protección deducidos a fojas 17, 319, 379 y 411 y restableciéndose el imperio del derecho a la vida se declara que se deja sin efecto la Resolución número 2141 del 21 de marzo del año en curso, del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado "Postinal" y elaborado sobre la base de la droga "levonorgestrel".

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Yurac y Kokisch, quienes fueron de opinión de confirmar el fallo en alzada y rechazar el recurso de protección de que se trata, en virtud, además de las que dicho fallo contiene, a las siguientes consideraciones:

1°) *Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, que en esa misma disposición se enumera, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben adoptar ante un acto arbitrario o ilegal*

que impida, moleste o amague ese ejercicio;

2°) Que la naturaleza propia de la acción, recién aludida, y el procedimiento inquisitivo dispuesto para su tramitación, determinan que no sea procedente emplear este arbitrio constitucional para declarar, constituir o extinguir derechos, o introducirse al estudio y resolución de cuestiones que implican conocimientos de orden científico, materias todas propias de un juicio de lato conocimiento, en que haya amplias oportunidades de accionar, excepcionar, debatir, fundamentar y probar, para todas las partes en conflicto;

3°) Que, en armonía con lo consignado anteriormente cabe concluir que la presente vía no es la idónea para dilucidar el problema planteado por los recurrentes, siendo su resolución propia de un juicio declarativo, donde podrá establecerse en definitiva la naturaleza de la píldora y su modo de actuar en los embriones humanos, todo lo que envuelve analizar informes científicos complejos y otras probanzas pertinentes y decidir acerca de su verosimilitud, de tal manera que no resulta conducente que se pueda proceder pronto y eficazmente en resguardo del derecho aparentemente amenazado utilizándose para ese objetivo un recurso de protección;

4°) Que, asimismo, conviene destacar que tampoco sería admisible que el tribunal entre primero a proteger y deje para más adelante una controversia más extensa; que igualmente decida a favor del derecho prima facie amenazado, sin perjuicio de que después, mediante la producción de una prueba adicionalmente más completa, se demuestre que no existía dicha amenaza, a primera vista verosímil. La situación recién descrita traduce una plena e ineludible discusión de fondo sobre la denominada “píldora del día después” y conlleva a adoptar una posición acerca del estatuto jurídico del embrión humano, aspectos todos que no pueden ser satisfechos por una acción constitucional de carácter cautelar.

Redacción del Ministro Sr. Medina y la disidencia del Ministro Sr. Yurac. Regístrese y devuélvase con sus agregados N° 2186- 2001

Pronunciado por los Ministros señores Orlando Álvarez E, Domingo Yurac S, Humberto Espejo Z, Jorge Medina C, y Domingo Kokisch M. No firma el Ministro señor Yurac, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo por estar en comisión de servicio.

ANEXO 6

FALLO PÍLDORA DIA DESPUÉS

SEGUNDO FALLO RELATIVO A LA PÍLDORA DEL DIA DESPUÉS.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Santiago, diez de diciembre de dos mil cuatro.

Vistos:

Por sentencia de treinta de junio de dos mil cuatro, que se lee a fs. 1.424, el tribunal de primera instancia acogió la demanda deducida por don Juan Enrique Jara Opazo, estudiante, en representación del Centro Juvenil "AGES", persona jurídica de derecho municipal, ambos domiciliados en la Comuna de Las Condes, declarando la nulidad de derecho público de la Resolución N° 7224, de 24 de agosto de 2001, dictada por la Directora del Instituto de Salud Pública de Chile, la que se materializó en el Registro del ISP F8527/01 que ha permitido la venta o comercialización del fármaco Postinor-2, elaborado en base al principio activo "Levonorgestrel 0,75 mg.",. Se condenó en costas a la demandada.

En contra de la aludida sentencia se alzaron, recurriendo de casación en la forma y apelación conjuntas, doña Lidia Casas Becerra, actuando por sí y en representación de la Asociación de Protección de la Familia –APROFA-, de doña María Verónica Schiapaccase y de doña Claudia Olaya Dides Castillo, todos terceros coadyuvantes por la parte demandada; los mismos recursos interpuso el abogado don Jesús Vicent Vásquez, en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, también tercero coadyuvante por la misma parte demandada. Por su lado, el Instituto de Salud Pública, representado por los abogados Sres. Davor Harasic Yaksic y Julián López Marle, dedujo derechamente apelación en contra del fallo, reclamando, además de las otras razones de fondo respecto de la excepción perentoria de falta de titularidad de la acción deducida por el demandante, opuesta al momento de contestar la demanda y que la sentencia, al acoger la acción de fondo y con los fundamentos pertinentes de lo considerativo, la desechó.

La casación de forma, en ambos casos y con similares argumentos, invoca como causal que la autoriza la contemplada en el artículo 768 N° 9 en relación a lo dispuesto en el artículo 795 N° 4, ambos del Código de Procedimiento Civil esto es, se afirma que antes de dictarse la sentencia se habría faltado a un trámite o diligencia declarado esencial por la ley, lo que, en este caso, se circunscribe a la omisión de un trámite durante el procedimiento, cual es la no designación de peritos por parte del tribunal, en circunstancias que, al no existir acuerdo entre las partes sobre la persona de ellos, quedó expresamente de hacerlo.

Concedidos los recursos, se trajeron los autos en relación, se oyeron las alegaciones de los abogados y quedó la causa en estado de acuerdo.

CONSIDERANDO:

I.- En cuanto a los recursos de casación en la forma:

1°.- Que, como se dijo, los recursos de casación en la forma de ambos terceristas se sustenta en la causal contemplada en el artículo 768 N° 9 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 795 N° 4 del mismo Código, esto es, los recurrentes estiman que se ha faltado un trámite o diligencia esencial durante el transcurso del proceso, cuya omisión produciría indefensión, específicamente, el que no se procedió a la designación de peritos en la causa, pese a solicitarse tal diligencia y no haberse obtenido acuerdo entre las partes respecto a la persona de los mismos;

2°.- Que, en efecto, que en el recurso de APROFA se dice que, atendida la naturaleza del juicio e importancia de la cuestión debatida en autos, oportunamente se

solicitó el nombramiento de peritos, adjuntándose nómina de expertos en la materia. En la audiencia respectiva no hubo acuerdo sobre la o las personas que debieran designarse en tal cargo y se designó, por tanto, que el tribunal quedaría de resolver lo pertinente, lo que no hizo, declarando seguidamente la conclusión del término probatorio para luego citar a las partes a oír sentencia. De la antes referida determinación jurisdiccional su parte recurrió de reposición, solicitud esta que fue rechazada por el tribunal. Posteriormente, como medida para mejor resolver, se nombró peritos en la causa, que sí cumplieron su cometido, no obstante lo cual y de la manera antes referida, expresa que igualmente se han violentado las reglas procesales referidas al nombramiento de peritos, negándose del modo ya dicho un medio probatorio fundamental, vicio éste que les ha causado un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo, por lo que pide anular éste y que la Corte, como tribunal de alzada, dicte otro en su reemplazo;

3º.- Que, por su parte, el recurso deducido por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva – ICMER- se basa en la misma causal y antecedentes de hecho, agregando que la actuación del tribunal privó a sus parte de aportar probanzas técnico-científicas que a ella interesaba, impidiéndole, además la oportunidad de hacer las observaciones pertinentes en el acto de reconocimiento a que debió citar el perito, lo que le causó indefensión. Pide, en lo conclusivo, anular el fallo y determinar el estado en que habría de quedar el procedimiento para permitir la práctica de la diligencia obviada por el tribunal a quo;

4º.- Que para rechazar los recursos de la especie concurren varias razones y que son aplicables a los deducidos por ambos terceristas coadyuvantes. En efecto, desde luego se advierte la falta de perjuicio para los reclamantes, que es esencial en un recurso como el de autos, el cual debe aparecer de manifiesto, lo que no sucede si se atiende la sola circunstancia que, por tratarse de un informe de peritos, en un tema de gran y actual discusión científica, las eventuales conclusiones de tales expertos, no necesariamente habrían de compartir su respectiva tesis sobre el asunto, pudiendo, en cambio, adherir a la sustentada por la parte contraria. Seguidamente, la causal que se invoca como base del recurso –falta de un trámite esencial, en los términos del artículo 795 N° 4 del Código de Procedimiento Civil- necesariamente ha de referirse a aquellas que produzcan indefensión de la parte que los reclama, lo que en proceso no ha sucedido, pues ellos tuvieron la oportunidad de agregar otro tipo de probanzas, lo que efectivamente hicieron en la etapa procesal pertinente. Cabe advertir sobre lo mismo, además, y como el propio recurso lo señala, que sí hubo nombramiento de peritos por parte del tribunal como medida para mejor resolver. Finalmente, de los antecedentes aparece también la falta de preparación de los recursos, en los términos exigidos por el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, pues ambos recurrentes se limitaron a plantear reposición a la negativa judicial de designar a los correspondientes peritos ante el desacuerdo de las partes, lo que es insuficiente al efecto, en que se exige ejercer “oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley”, por lo que debió reclamarse además, sea de apelación subsidiaria, queja u otra eventual nulidad procesal por la falta u omisión que se estimaba tan esencial.

Lo razonado anteriormente, aplicable a ambos recursos, es sin perjuicio del defecto formal de aquel deducido por la parte que representa la abogada señora Casas Becerra

en que, alegándose un vicio de procedimiento, se pide al tribunal de alzada dictar un fallo de reemplazo, sin que se inste por la corrección del supuesto defecto.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 766, 768, 769, 770, 776, 781, 783, y 795 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechazan los recursos de casación en la forma deducido por doña Lidia Casas Becerra a fojas 1518 y por don Juan Vicent Vásquez a fojas 1547, en sus respectivas representaciones.

II.- En cuanto a los recursos de apelación.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos 37°, 38°, 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, 44°, 45°, 46°, 47°, 48°, 49° 50°, 51°, 52° y 53°, que se eliminan.

Se suprimen, asimismo, los dos párrafos finales de motivo 11°, desde donde dice "Sin perjuicio de lo ... precedentemente..." hasta su conclusión, que lo es con la frase "... por las razones ya descritas."

En el fundamento 18°, se suprime su párrafo segundo, que comienza con "Por otra parte, doña Mayra..." y termina con "... medicamento Postinor 2." En el 20°, se elimina también la parte de su párrafo primero que empieza con "...serán pruebas concluyentes..." y termina con "... la juricidad de las normas de derecho."

En el basamento 17°, párrafo tercero, se sustituye el punto aparte con que concluye, por una coma, y se agrega lo siguiente: "... cuya autora es la señora María Elena Ortiz. Asimismo, a fs 1043, dicha parte agregó, además, el documento sobre "la anticoncepción de emergencia y su impacto en la fecundidad adolescente", del Dr. Ramiro Molina Cartes, profesor titular de Obstetricia y Ginecología, Director del Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral del Adolescente (CEMERA), Facultad de Medicina de la Universidad de Chile.

Y se tiene en su lugar, y además, presente:

5°.- Que la demandada de autos -el Instituto de Salud Pública de Chile-opuso, con el carácter de excepción perentoria la falta de titularidad de la acción deducida por la actora, basada en que, dada su condición jurídica de organización comunitaria funcional, perteneciente a la comuna de Las Condes y con finalidades estatutarias precisas, no le es posible atribuirse la representación que pretende, esto es, la de " toda mujer" o del ser " concebido y no nacido", que pudieran ser víctimas de la llamada píldora del día después, que califican como de abortiva, sin acompañar antecedentes científicos que lo avalen ni elementos que acrediten la representación que se atribuyen,

6°.- Que para enfocar y decidir adecuadamente esta excepción, que por su condición de perentoria tiende a destruir el fondeo de la acción y debe fallarse conjuntamente con las demás excepciones de la misma naturaleza que la atacan, no puede olvidarse que en la especie se trata de una acción de nulidad de Derecho público respecto de un acto administrativo, dictado por una autoridad pública en el ejercicio de sus funciones propias, que importa y afecta a un número indeterminado de personas de la comunidad nacional y que se refiere a temas de connotación científica, ética y valórica en actual y permanente discusión por parte de la comunidad toda, siendo su fundamento jurídico esencial la

presunta violación a principios y normas de rango constitucional y legal, que la jurisdicción ha de estar en el imperativo de proteger,

7°.- Que en esta parte, el fallo del tribunal a quo, acogiendo también argumentaciones de la demandante contenidas básicamente en el escrito de réplica, decidió el rechazo de la excepción, razonando, fundamentalmente, sobre la base de dos órdenes de consideración: el primero, que dice relación con el objeto, importancia y proyección de la acción incoada, ya que, según se dice, el acto impugnado atentaría contra la vida del que está por nacer, derecho que es motivo prioritario de protección constitucional y legal y que se extiende a todos los embriones humanos. En segundo lugar, se argumenta en base al contenido de la disposición del artículo 75 del Código Civil, en cuanto éste expresamente obliga al juez a actuar, aún de oficio disponiendo todas las providencias que le parezcan convenientes, para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr,

8°.- Que no obstante, y respecto del primer capítulo de argumentos, cabe dejar constancia que, en un estado de derecho como el nuestro, en por sobre todo impera el principio de legalidad, la activación jurisdiccional – particularmente en materia civil- se encuentra reglada, al extremo que, en los asuntos a que se refiere el presente juicio, es la propia Carta Fundamental quien impone la exigencia básica al decir, en su artículo 18 inc. 2°, que en materia contenciosa- administrativa puede reclamar en su favor ante los tribunales que determine la ley “ cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades”. En consecuencia, para accionar en este tipo de materias se exige la concurrencia de un interés actual, legítimo y razonable por parte de quien inicia la correspondiente acción, interés que ha de entenderse como una lesión personal o del grupo que demanda o por quien se demanda. De este modo, ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aún la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia por lo que si a ello se agrega que la nulidad de derecho público no tiene el carácter de acción popular, como asimismo que las revisiones o controles de constitucionalidad, ejercidos por vía jurisdiccional, han de ser concretos y no abstractos, y en todo caso a través de acciones especiales y específicas, forzoso es concluir que efectivamente a la actora ha faltado la necesaria legitimación activa para demandar. Al efecto, cabe advertir que también es inconducente aquel argumento sostenido en estrados por la parte apelada en orden a que, tratándose de un estado democrático moderno como el nuestro, aparece incomprensible la aludida limitación, lo que no es así, puesto que, precisamente, la mantención y fortalecimiento del mismo ha de fundarse en la certeza jurídica que emana de la existencia de reglas claras al respecto, como también de la seguridad que mientras no exista modificación expresa sobre el punto no podrán alterarse, sea por vía de interpretación u otras, las reglas de orden público referidas a la competencia y a la facultad de activar la jurisdicción;

9°.- Que, en este caso concreto, la falta de interés comprometido, en los términos antes señalados, se desprende del carácter de organización comunitaria funcional regida por la ley N° 19.418 que ostenta la demandante, condición que reduce sus facultades al ámbito territorial a que pertenece- en este caso Las Condes- y a los fines expresados en sus estatutos que en síntesis, en lo pertinente al documento de fs 2 son “ representar las

aspiraciones e inquietudes de la juventud, sirviendo de medio de expresión y realización de la vida juvenil; formar íntegramente a sus miembros en los aspectos físicos, intelectual, cultural y social, vinculándose con la comunidad vecinal; y promover al servicio de comunidad y solidaridad entre sus miembros, a través de la convivencia y de la realización de acciones comunes”;

10° Que en la relación a la línea argumental referida a la disposición del artículo 75 del Código Civil, el cual dispone que “ 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 crea que de algún modo peligrá”, con lo que se ha querido justificar el rechazo de la excepción en estudio, cabe advertir que no es ése el verdadero alcance y aplicación del precepto. Y no lo es porque el objeto de dicha norma es que el juez, ante el evento ya señalado y existiendo un riesgo grave, explícito y determinado en contra de la vida del que está por nacer, puede y debe tomar las providencias conservativas o de protección que sean necesarias, condición que importa la certeza previa de que existe un ser de esa naturaleza a quien proteger, lo que, como se ve , no ocurre en la especie, desde que aún no se ha dirimido científicamente la circunstancia fundante y primaria sobre el tema, consistente en saber en que momento se produce la concepción, esto es, si en el acto de la fecundación o de la implantación. Mayor es la imposibilidad del juez para actuar en el presente caso cuando, además de lo dicho, se pretende dar a aquella disposición el carácter de una verdadera regla especial de competencia con la que éste, prescindiendo de la falta de legitimación activa del actor, procede actuar de oficio en un proceso sobre nulidad de derecho público que, como ya se dijo, requiere insustituiblemente de un interés y un agravio de quien invoca la correspondiente protección;

11°.- Que del texto de la demanda aparece que, en lo sustancial y en cuanto dice relación con los argumentos y decisión sobre el fondo de lo discutido, la nulidad de derecho público solicitada se basa en la facultad de invocar la protección que el sistema jurídico nacional entrega al ser humano “ concebido y no nacido”, la cual se haría procedente ante el consumo del fármaco Levonorgestrel 0,75 mg., cuyo registro y venta se ha autorizado por el Instituto de Salud Pública de Chile, mediante la resolución que se objeta y se pide anular. Dicho fármaco es el popularmente llamado “ píldora del día después”, debido a que es utilizada como tal después del coito o relación sexual;

12°.- Que la antes señalada aspiración de proteger la vida del que está por nacer que pretende la demandante, evidentemente importa una certeza científica previa fundamental, cual es la de conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo.

Al efecto, en la demanda se dice – y el fallo en revisión lo da por cierto- que el fármaco Postinor-2 provoca una alteración del endometrio que impide la anidación del cigoto, esto es, que tiene efectos claramente antiimplantatorios, lo que equivale a decir, a juicio de éstos, que son abortivos. Pese a que en ambas oportunidades- en la demanda y la sentencia- se reconoce expresamente que sobre ese punto existe duda científica, y que es motivo de actuales estudios, en la primera de ellas, es decir la demanda, se pide

que, existiendo dudas sobre el efecto del fármaco, debe aplicarse a favor del óvulo fecundado o cigoto el principio que denomina “ pro vida” y por ello, en consecuencia, estiman que procedería prohibir el registro, venta y consumo del mismo;

13°.- Que de acuerdo con los antecedentes técnicos acompañados y con el propósito de entender el alcance de la acción de autos, ha de tenerse en cuenta que, en términos generales y con un grado elemental de profundidad, aunque sí de certeza biológica mínima, el proceso de gestación de un ser humano- entendido éste desde la relación sexual de un hombre y una mujer hasta el nacimiento- y para el sólo efecto de nuestro análisis, que está limitado únicamente a la materia en discusión, podríamos dividir el proceso inicial en dos etapas: el de la fecundación y el de la implantación del cigoto.

En tales condiciones debe considerarse que la ovulación en la mujer tiene lugar aproximadamente catorce días antes de un período menstrual regular. En el momento de la ovulación, el mucus cervical se hace menos viscoso, por lo que si hubiere una relación sexual, permitiría el tránsito rápido de los espermatozoides desde la vagina hacia la cavidad endometrial (espacio intrauterino. La unión de un espermatozoide con un óvulo maduro constituye la llamada fecundación y ésta se produce normalmente en la trompa de Falopio.

La unión del óvulo con el espermatozoide constituye el llamado cigoto y éste inicia su tránsito desde la trompa hacia la cavidad endometrial en busca de la anidación o implantación, que es un proceso que comienza entre el quinto y el octavo día y es completo hacia el noveno o décimo, contados desde la fecundación del óvulo.

14°.- Que atendidos los argumentos de la acción, en que se sostiene que el fármaco Postinor 2 evita o destruye la implantación, lo que equivaldría, en este último caso a decir que actúa después que el cigoto se ha anidado, adquiriendo así cualidades abortivas, el auto de prueba de fs 327 contempló como punto sustancial y controvertido sobre el que debería recaer la prueba, el cual ha de entenderse en concordancia con el otro punto fijado y que se refiere a los “ actos administrativos que aprobaron la comercialización de la píldora del día después”. Dicho segundo punto dice lo siguiente:” Si es efectivo que estos actos, atentan contra la vida del que está por nacer”. En este es, por tanto, en donde debió acreditarse legalmente las consecuencias del fármaco en cuanto a la etapa precisa de gestación en que actúa, lo que no resulta posible por el nivel de desarrollo y certeza alcanzado hasta el momento por la investigación médica

15°.- Que, como ya se dijo, de los antecedentes acompañados al proceso, surge la duda científica que es fundamental para resolver el conflicto propuesto. En efecto, de las probanzas rendidas por las partes- sea en el probatorio o durante el cumplimiento de las medidas para mejor resolver decretadas por el tribunal- y de cuyo análisis se hace cargo el fallo en sus fundamentos 22° al 31°, reproducidos por éste, específicamente respecto al punto denunciado sobre el supuesto efecto antiimplantatorio, aparece claramente que la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y el aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas, lo mismo se ratifica con los documentos acompañados en la alzada por la demandada a fs 158, consistentes en doce trabajos científicos sobre la materia, en idioma inglés pero traducidos a español, de los que aparece, en general, que si bien se avanza en términos de comprobar que la actuación del fármaco es anterior a la anidación, ello no es

constitutivo de una verdad científica exenta de duda y opinión. Los señalados documentos fueron agregados al proceso con citación y objetados de contrario por tratarse, se dice, de documentos privados no reconocidos por quien los otorga, impugnación ésta que, aún cuando en su oportunidad sólo se ordenó tenerla presente, sin dársele tramitación incidental, debe ser acogida y por tanto restar a ellos todo valor probatorio en cuanto instrumentos privados, sin perjuicio de considerar que su contenido constituye base de una presunción judicial que, unida al tenor y mérito de los documentos científicos agregados en primera instancia, son suficientes para concluir que se trata de un hecho médico- biológico no resuelto científicamente,

16°.- Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquellos de significación religiosa.

En tal sentido, se ha señalado que “ Si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho” (Jestaz Philippe “ El Derecho”. Editorial Jurídica de Chile.1966.pág.83)

Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad;

17°.- Que justamente ante la encrucijada actual de no existir verdad científica indiscutida en relación a los efectos del fármaco en análisis y ante el requerimiento o necesidad de que éste pueda comercializarse para su uso masivo, la organización administrativa estatal contempla organismos técnicos que, en uso de sus facultades, puede y debe resolver el problema, garantizando la salud pública allí comprometida. El Instituto de Salud Pública de Chile es el órgano contemplado por la legislación nacional para asumir esa responsabilidad, desde que en el Decreto Ley N° 2.763 de 1979 se señala que es su función “ Ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario”, función que comprende en lo que interesa, autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control, de acuerdo con las normas que determine el Ministerio de Salud, lo que constituye una condición para su comercialización y distribución en el país conforme con el artículo 102 del Código Sanitario;

18°.- Que en este ámbito de la administración, la entidad pública demandada ha

dado cumplimiento a sus obligaciones propias en cuanto al registro y autorización de que se trata en autos, haciendo uso de la discrecionalidad que su potestad le acuerda y tomando las providencias sanitarias que le han parecido pertinentes, lo que, en lo sustancial, ha sido analizado por el fallo enalzada en sus considerandos 31° a 36° inclusive, reproducidos por la presente sentencia. En consecuencia, el reproche de nulidad de derecho público que se atribuye a la autoridad administrativa de salud con motivo de la dictación de la resolución que autorizó el registro y venta del fármaco Postinor-2, conocido públicamente como la píldora del día después, debe rechazarse en todas sus partes por no existir vicio que la sustente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144, 158, 170 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de treinta de junio de dos mil cuatro, escrita a fojas 1.424 y siguientes, que acoge la demanda de fs.26, declarando nulo de derecho público la Resolución N° 7221, de 24 de agosto de 2001, de Instituto de Salud Pública de Chile, que materializó el registro ISP F8527-01, permitiendo la comercialización del fármaco Postinor 2, elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 mg., se declara en su lugar que la aludida demanda queda rechazada en todas sus partes, con costas.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redactó el Ministro señor Dolmestch.

Rol N° 4200-03 (D-6955-04) acumuladas.

Pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, presidida por el señor Hugo Dolmestch Urra y conformada por la Ministra señora Dobra Lusic Nadal y la Abogado Integrante señora Paulina Veloso Valenzuela.

ANEXO 7

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

ROE CONTRA WADE, 410, u. S. 113 (1973) 410 U. S. 113

Roe y otros contra Wade, distrito del procurador del condado de Dallas, apelación de la Corte del distrito de los Estados Unidos por el distrito de Texas del norte N° 70-18

Se alegó el 13 de diciembre de 1971 y volvió a alegarse el 11 de octubre de 1972. Se falló el 22 de enero de 1973.

Una mujer soltera y embarazada (Roe) interpuso una acción pública impugnando la constitucionalidad de las leyes de aborto de Texas, que prohíben efectuar o intentar un aborto, excepto cuando se realiza bajo prescripción médica con el objeto de salvar la vida de la madre. Un médico en ejercicio (Hallford), contra quien existían dos casos estatales que lo acusaban por practicar abortos, fue autorizado a participar en el caso. Una pareja casada, sin hijos (los Does), cuya mujer no se encontraba embarazada, atacó, en forma separada, estas leyes, fundamentando un supuesto daño grave ante posibilidades futuras de fracaso en las medidas anticonceptivas, en el embarazo, en la carencia de

preparación para ser padres y en el perjuicio a la salud de la cónyuge. Una Corte de Distrito de tres jueces, que confirmaron las acciones, sostuvo que Roe y Hallford, así como los miembros en situación semejante, tenían derecho a demandar en los tribunales y presentaban motivos justificables de controversia. Al dictaminar que una sentencia declaratoria, más no perentoria, garantizaba ayuda a los reclamantes, la corte declaró que las normas sobre aborto eran nulas, vagas e infringían ampliamente los derechos de los reclamantes, garantizados en la Novena y la Decimocuarta Enmienda Constitucional. La corte dictaminó que los reclamos de los Does eran injustificados. Los apelantes acudieron directamente a esta Corte en base a los pronunciamientos forzosos y los apelados reapelaron el otorgamiento de la Corte de Distrito favorable a Roe y Hallford.

Se sostuvo:

Mientras 28 U. S. C. 1253 no autoriza la apelación directa a esta Corte solo por el otorgamiento o negativa de apoyo, nada impide la revisión cuando el caso se presenta adecuadamente ante la Corte apelando de una negativa específica o de una respuesta favorable y obligatoria y los argumentos, tanto en la parte declaratoria como resolutoria del apoyo son necesariamente idénticos.

Roe tiene derecho a entablar acciones legales; los Does y Hallford no lo poseen.

Contrariamente a los alegatos de los apelados, la terminación natural del embarazo de Roe no liquidaban su acción legal. Los litigios relacionados con embarazos, que “pueden repetirse, aunque eviten su revisión”, son una excepción a la norma federal habitual de que debe existir una controversia presente en fase de revisión y no simplemente cuando se inicia la acción.

La Corte de Distrito correctamente rechazó apoyo obligatorio, pero erró al no emitir apoyo declaratorio a Hallford, quien alegó carecer de derechos federales protegidos y no demostrables como defensa contra los cargos estatales pendientes, emitidos de buena fe.

El reclamo de los Does, basado, tal como está, en contingencias, cualquiera de las cuales puede o no ocurrir, es demasiado especulativo como para constituir un caso judicial o controvertible real.

Las leyes criminales sobre aborto, como las invocadas aquí, que exceptúan de la persecución criminal sólo los procedimientos para salvarla vida de la madre, sin consideración al estado de su embarazo u otros intereses, violan la Cláusula del Debido Proceso de la Cuarta Enmienda Constitucional, que protege, contra la intervención estatal, el derecho a la privacidad, incluyendo el calificado derecho de una mujer a finalizar su embarazo. Aunque el Estado no puede sobrepasar ese derecho, posee legítimos intereses para proteger tanto la salud de la mujer embarazada, como la potencialidad de la vida humana, cada uno de cuyos intereses se desarrolla y alcanza un nivel obligatorio en varias fases de la cercanía de la mujer al parto.

En cuanto a la fase anterior a, aproximadamente, el fin del primer trimestre, la decisión del aborto y su realización, deben dejarse al juicio médico del profesional que asiste a la mujer embarazada.

En cuanto a la fase subsiguiente a, aproximadamente, el fin del primer trimestre, el

Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo escoge, regular el procedimiento de aborto en formas que estén razonablemente relacionadas con la salud maternal.

En cuanto al estado subsiguiente a la viabilidad, el Estado, al promover su interés en la potencialidad e la vida humana, puede, si así lo escoge, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando es necesario, según el adecuado juicio médico, para la preservación de la vida o de la salud de la madre.

El Estado puede definir el término “médico” significando sólo un médico actualmente con licencia estatal y puede prohibir cualquier aborto efectuado por una persona que no es un médico descrito de esta manera.

Es innecesario decidir el aspecto resolutorio del fallo, puesto que las autoridades de Texas indudablemente reconocerán, de modo íntegro, el dictamen de la Corte en el sentido de que las normas criminales sobre aborto de Texas son inconstitucionales.

EL JUEZ BLACKMUN emitió la opinión de la Corte. (Corte Suprema).

En vista de todo esto, no estamos de acuerdo en que, al adoptar una teoría de la vida, el Estado de Texas puede pasar a llevar los derechos de la mujer embarazada cuando ellos se encuentran en discusión. Sin embargo, repetimos que el Estado tiene un interés importante y legítimo en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada, sea ella o no una residente del Estado, cuando busca atención y tratamiento médico allí y que el Estado también tiene un interés importante y legítimo al proteger la potencialidad de la vida humana. Estos intereses son separados y diferenciados. Cada uno de ellos aumenta en trascendencia a medida que la mujer se acerca al parto y, en determinado momento durante el embarazo, cada uno de ellos llega a ser obligatorio.

Con respecto al legítimo e importante interés del Estado en la salud de la madre, a la luz de la etapa actual de conocimientos médicos, el momento obligatorio se produce, aproximadamente, a fines del primer trimestre. Esto es así porque ahora se ha establecido como un hecho médico evidente que, hasta el final del primer trimestre, la mortalidad por aborto puede ser inferior a la mortalidad en nacimientos normales. De ello se sigue que, tanto desde antes como después de ese momento, un Estado puede regular los procedimientos de abortos en la medida en que esa regulación se relaciona razonablemente con la preservación y la protección de la salud maternal. Los ejemplos de regulaciones estatales en esta área son requisitos legales en cuanto a las calificaciones de la persona que va a efectuar un aborto, en cuanto a la autorización legal de esa persona, en cuanto a las instalaciones donde el procedimiento se va a llevar a cabo, esto es, si debe ser un hospital o puede ser una clínica o algún otro lugar con instalaciones inferiores a la de un hospital, en cuanto a las autorizaciones legales (licencias) de esas instalaciones y así, sucesivamente.

Por otra parte, esto significa que, en cuanto al período de embarazo previo al momento obligatorio, el médico tratante, en consulta con su paciente, se encuentra en libertad de determinar, sin intervención legal del Estado, que, según su juicio médico, el embarazo de su paciente debe finalizar. Si se llega a tal decisión, ese juicio puede efectuarse para un aborto libre de toda intervención por parte del Estado.

Con respecto al interés legítimo e importante del Estado en la vida potencial, el momento obligatorio ocurre en la viabilidad. Esto es así porque entonces el feto, presumiblemente, tiene capacidad de vida significativa fuera del útero materno. Las regulaciones del Estado protectoras de la vida fetal después de la viabilidad tienen, así, justificaciones lógicas y biológicas. Si el Estado tiene interés en proteger la vida fetal después de la viabilidad, puede llegar incluso a prohibir el aborto durante ese período, excepto cuando es necesario para preservar la vida o la salud de la madre.

En relación con estas normas, el artículo 1196 del Código Penal de Texas, al restringir el aborto legal sólo a aquellos “que se efectúan o se intentan siguiendo consulta médica para el propósito de salvar la vida de la madre”, es exageradamente amplio. Esa ley no hace distinciones entre abortos realizados al comienzo del embarazo y aquellos hechos después y limita a un único motivo, -“salvar la vida de la madre”- la justificación legal para la intervención. Esa ley, por consiguiente, no puede sobrevivir al ataque que aquí se le hizo en base a los derechos constitucionales.

Esta conclusión hace irrelevante para nosotros considerar los desafíos adicionales a la ley de Texas, en base a su vaguedad.

Para sintetizar y repetir:

Una ley criminal estatal sobre aborto, como la del presente en Texas, que exceptúa de la persecución criminal sólo las intervenciones para salvar la vida de la madre, sin consideración a la etapa de embarazo y sin reconocimiento de los otros intereses comprometidos, es violatoria de la Cláusula del Debido Proceso de la Cuarta Enmienda Constitucional.

En cuanto a la etapa anterior a, aproximadamente, el final del primer trimestre, la decisión sobre el aborto y su realización deben dejarse al juicio médico del facultativo que atiende a la mujer embarazada.

En cuanto a la etapa aproximadamente posterior al final del primer trimestre, el Estado, al promover su interés en la salud de la madre, puede, si así lo escoge, regular el procedimiento del aborto en formas que estén razonablemente vinculadas con la salud maternal.

En cuanto a la etapa subsiguiente a la viabilidad, el Estado, al promover su interés en la potencialidad de la vida humana puede, si así lo escoge, regular e incluso prohibir el aborto, excepto cuando es necesario, de acuerdo con un apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre.

El Estado puede definir el término “facultativo” (médico), tal como se hay empleado en los párrafos previos de esta opinión, sólo para incluir a un médico, en el presente, con autorización legal del Estado y puede prohibir cualquier aborto efectuado por una persona que no sea un médico definido en esos términos.

Creemos que esta posición es consecuente con la importancia relativa de los intereses comprometidos, con las lecciones y ejemplos de la historia médica y legal, con la humanidad del common law y con las demandas de los profundos problemas de hoy en día. La decisión deja al Estado en libertad para disponer crecientes restricciones al aborto a medida que avanza el período del embarazo, en la medida en que tales

restricciones se ajustan a los intereses reconocidos por el estado. La decisión reivindica el derecho del facultativo a administrar tratamiento médico según su juicio profesional, hasta el nivel en que los intereses sustanciales del estado proporcionan justificaciones obligatorias para intervenir. Hasta ese momento, la decisión del aborto en todos sus aspectos es, inherente y principalmente una decisión médica y la responsabilidad básica en torno a él debe descansar en el facultativo. Si un facultativo individual abusa del privilegio de ejercer un adecuado juicio médico, existen entonces los recursos habituales, sean judiciales o interprofesionales.

BIBLIOGRAFÍA.

ÍNDICE DE CITAS:

Carlos Alonso Bedate, La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas. Federación Internacional de Universidades Católicas, Univ. Pontif. Comillas, Madrid, páginas 57-81, 1989. En www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/index.html

Hans Luttger, Medicina y Derecho Penal, La nueva distinción entre anticonceptivos y aborto desde el punto de vista biológico y jurídico-penal, Madrid, 1984, citado en Separata "Introducción a los delitos contra la vida humana", Cátedra de Derecho Penal II, parte especial, Universidad de Chile, profesor Antonio Bascañán Rodríguez, año 1999 y 2004.

Le Comité National français d'ethique a donné son avis sur les cas d'embryos. Dans d'embryos. *Medicine et Hygiene* 1990; 1841: 1569-1573.

Marco Bach J: Fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVET) Cuadernos de Bioética 1990; 1: 25-39. En http://idd0073h.eresmas.net/public/artic07/tebio_1.html

The Ethics Committee: The Biologic characteristics of the preembryo. *Fertility and Sterility* 1986; 46: 26s-27s

Suárez A: L'embryon est une personne si l'adult qui dort est une personne. *Medicine et Hygiene* 1990; 1864: 3458-3462.

López García G: Comienzo de la vida del ser humano. *Revista de Medicina de la*

Universidad de Navarra 1985, 2: 227-232

Marcuello AC, Torrents R, Barco MJ, López G, De la fuente F. Diferenciación Sexual y Reproducción III (fertilización y embriogénesis) Acta Ginecológica 1990, XLVIII, 79-82. 329

Sergio Politoff, Francisco Grisolfá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.

Raimundo del Río. Derecho Penal (1935), III, página 369.

Alfredo Etcheberry, derecho Penal III, página 30, citado en Sergio Politoff, Francisco Grisolfá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 46.

República de Chile, Código Civil.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935, GT, 1935-II, 123-414.

Antolisei, Manuale I. página 36, citado en Sergio Politoff, Francisco Grisolfá, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, página 49.

Roberto de Ruggiero, Fulvio Maroi, Institución di Diritto Privato, 7° edición, 1948.

Victorio Pescio Vargas, Manual de Derecho Civil, tomo III, Editorial Jurídica de Chile.

Zack BG. Abortion and Limitations of Science. Science 1981; 213 (4505):1

Serra A: Quando comincia un essere umano la margine ad un recente documento. Medicina e Morale 1987; XXXVII: 387-401

López Moratalla N, Ruiz Retegui A; Manipulación del Patrimonio genético Humano con fines eugenésicos. Deontología biológica, Facultad de Medicina Universidad de Navarra 1987: 341-349

Beller FK, Reeve J: Brain Life and Brain Death. Journal of Medicine and Philosophy 1989; 14: 5-23

Shea Mc: Embrionic Life and Human Life. Journal of Medical Ethics 1985; 11: 205-209

Hirsh B: Cerebral Activity and Human Life. 1983; 249-410

Adolf Eduard Schindler y Eva-María Schindler; Cuaderno Número 4, "Ginecología y obstetricia". Buenos Aires, Argentina, 1.989, páginas. 17 a 19,

Revista Nature, Francia, número 6 octubre 1987,

Diario El Mercurio, 28 de enero de 2003, 9 de mayo de 2004, 4 de julio de 2004 Chile.

Nicolás Velasco, Vicerrector académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en declaración pública brindada con motivo de la discusión entre doctores Croxatto y Ventura-Junca.

Revista Qué Pasa, número 1726, 7 al 13 de mayo de 2004, Chile.

Encyclopedia and Dictionary of Medicine, Nursing and Allied Health,

-
- Catecismo de la Iglesia Católica número 2270, 2370
Encíclica Humanae Vitae, número 14).
- Doctor Juan Pablo Beca Infante, Revista Mensaje, Mayo 2001.
- Doctor Alvaro Inzunza, en página web www.alemana.cl.
- Anónimo, Ensayo “¿Qué es la Ingeniería Genética?” en http://www.geocities.com/Research_Triangle/Lab/2513/quees.htm
- TitoUreta, en www.bioplanet.net/magazine/bio_marabr_2003/bio_2003_marabr_reportaje.htm
- Alfredo Pradenas, en www.bioplanet.net/magazine/bio_marabr_2003/bio_2003_marabr_reportaje.htm
- Diario La Tercera, 1 y 2 de Julio de 2004, 22 de Febrero de 2005.
- Carlos María Romeo Casabona, Biotecnología y Derecho, Ed. Comares, 1998
- “Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe”, Instrucción sobre el Respeto de la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, 1987.
- Gaceta de los Tribunales, 1948, volumen número 66, página 378.
- Carta de la diputada por la ciudad de Buenos Aires, María José Libertino.
- Declaración y Programa de Acción de Viena, año 1993, punto V.
- República de Chile, Congreso Nacional, boletín número 2608-11.
- Organización Mundial de la Salud, Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, (párrafo 7.2).
- Documento Oficial de Chile a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, 1994.
- Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, 1997.
- República de Chile, Congreso Nacional, Boletín 1026-07.
- República de Chile, Congreso Nacional, Boletín número 1993-11
- Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001
- Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003
- ÍNDICE DE CONSULTA:
- Separata “Introducción a los delitos contra la vida humana”, Cátedra de Derecho Penal II, parte especial, Universidad de Chile, profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, año 1999 y 2004.
- Sergio Politoff, Francisco Grisolia, Juan Bustos. “Derecho Penal Chileno, parte especial”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición.
- Raimundo del Río. Derecho Penal (1935), III.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1935, GT, 1935-II, 123-414.
- Victorio Pescio Vargas, Manual de Derecho Civil, tomo III, Editorial Jurídica de Chile.
- Carlos María Romeo Casabona, Biotecnología y Derecho, Ed. Comares, 1998

Gaceta de los Tribunales, 1948, volumen número 66, página 378.

Proyecto de ley boletín número 2608-11.

Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, 1997.

10) República de Chile, Congreso Nacional, Boletín 1026-07.

11) República de Chile, Congreso Nacional, Boletín número 1993-11

12) Corte Suprema, fallo causa 2186-2001, 30 Agosto de 2001

13) Corte de Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre de 2004, causa rol 4200-2003

14) Carlos Quintana, “Los derechos del niño antes de nacer. Aspectos éticos y científicos” Ediciones Universidad Católica de Chile.

15) Revista de Derecho Público, “Límites a la prohibición y autorización legal del aborto consentido en el derecho constitucional comparado”.

16) Ronald Dworkin, “El Dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual”. Editorial Ariel, Barcelona

17) Centro de Ética, Universidad Alberto Hurtado, Informe Ethos, “La Píldora del Día Después”, número 14, año 2001.

18) Jonatan Valenzuela Saldías, Consideraciones sobre conflictos de intereses en el marco del tercer nivel protección penal a la vida humana, Universidad de Chile.

Revista Mensaje, Mayo 2001 número 498

Revista Qué Pasa, Mayo 2004, número 1726

21) U.S. Supreme Court, 410 U.S. 113 (1973) Roe et al v. Wade. District Attorney of Dallas Country Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas N° 70-18 Argued, traducción libre realizada por Camilo Marks, de materials de clases de Master en Derecho Infancia, Adolescencia y Familia, Universidad Diego Portales, 2004.

22) Verónica Undurraga Valdés, Material de lectura de Taller de Memoria: Regulación Constitucional del Aborto en el derecho comparado, Universidad de Chile, año 2002, Aborto: Realidad y contexto, perspectivas desde las experiencias de mujeres que abortan.

República de Chile, Código Civil.

República de Chile, Código Penal.

República de Chile, Código Sanitario.

República de Chile, Constitución Política de la república de Chile.

27) República de Chile, Actas oficiales de la Comisión de estudio de la nueva Constitución Política de la República, sesión 407.

28) Carlos Kunsemüller L., Apuntes de clases Derecho Penal Parte especial, Universidad de Chile, año 2000.

29) Vivian Bullemore, Apuntes de clases Derecho Penal Parte especial, Universidad de Chile, año 1999.

ÍNDICE DE CONSULTA WEB:

- 1) <http://www.geocities.com/ResearchTriangle/Campus/9851/sociedad.htm#NOTICIAS>
- 2) <http://www.aciprensa.com/clonacion/terapeutica.htm>
- 3) <http://www.waste.ideal.es/clonacion-cronologia.htm>
- 4) http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_cont5.htm
- 5) <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/478/10>
- 6) <http://www.vidahumana.org/temas/clonacion-datos.htm>
- 7) <http://www.bioeticaweb.com/index.php?item=2029&content=yes>
- 8) http://www.eticacyt.gov.ar/reproduccion_asistida.pdf
- 9) <http://www.argentina.linefeed.org/news/2003/09/135469.php>
- 10) <http://www.ua.es/es/servicios/juridico/genetica.htm>
- 11) http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/1999_06_01.htm
- 12) http://www.bcn.cl/pags/home_page/ver_articulo_en_profundidad.php?id_destaca=44-36k
(página Biblioteca del Congreso Nacional)
- 13) <http://www.geocities.com/Research Triangle/Lab/2513/quees.htm>
- 14) www.bioplanet.net/magazine/bio_marabr_2003/bio_2003_marabr_reportaje.htm