

**INFORME DE LA COMISIÓN DE
CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN,
JUSTICIA Y REGLAMENTO,** recaído en el
proyecto de ley, en segundo trámite
constitucional, sobre información,
orientación y prestaciones en materia de
regulación de fertilidad.

BOLETÍN Nº 6.582-11

HONORABLE SENADO:

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento informa sobre el proyecto de ley de la suma, en segundo trámite constitucional, iniciado en mensaje de Su Excelencia la señora Presidenta de la República, enviado a la Cámara de Diputados.

Asistieron a la sesión en que la Comisión discutió el proyecto, por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministro, señor José Antonio Viera-Gallo, y el Asesor del Ministro, señor Marco Opazo.

Concurrieron por el Ministerio de Salud, el Ministro, señor Álvaro Erazo Latorre; el Asesor Legislativo del Ministro, señor Rafael Méndez Mella; el Jefe del Departamento de Asesorías Jurídicas, señor Sebastián Pavlovic, y la Encargada Nacional del Programa de los y las Adolescentes y Jóvenes del Departamento de Ciclo Vital, señora Paz Robledo.

Asistió, por el Servicio Nacional de la Mujer, la Ministra Directora, señora Carmen Andrade.

Concurrieron, especialmente invitados, los señores Miguel Ángel Fernández, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de los Andes; y Patricio Zapata Larraín, profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad de las Américas.

Asistieron, por la Biblioteca del Congreso Nacional, la Coordinadora del Área de Análisis Legal, señora Alejandra Voigh, y el Asesor Legislativo, señor Juan Pablo Cavada.

Concurrió por la Fundación Jaime Guzmán, el profesional señor Francisco López.

- - -

Cabe hacer presente que Su Excelencia la señora Presidente de la República ha hecho presente la urgencia para el despacho de este proyecto, en el carácter de “suma”.

- - -

Asimismo, cabe destacar que el inciso cuarto del artículo 1° del proyecto tiene el carácter de norma orgánica constitucional, en virtud de lo dispuesto por el párrafo quinto del N° 11° del artículo 19, en relación al inciso segundo del artículo 65, ambos de la Constitución Política de la República, por lo que requiere para su aprobación el voto conteste de las cuatro séptimas partes de los señores Senadores en ejercicio.

- - -

Para los efectos de lo señalado en el artículo 124 del Reglamento del Senado, se deja constancia de lo siguiente:

1.- Artículos que no fueron objeto de indicaciones ni de modificaciones: 1 y 3.

2.- Indicaciones aprobadas sin modificación: no hay.

3.- Indicaciones aprobadas con modificaciones: 7, 17 y 21.

4.- Indicaciones rechazadas: no hay.

5.- Indicaciones retiradas: no hay.

6.- Indicaciones declaradas inadmisibles: no hay.

- - -

TRAMITACIÓN DEL PROYECTO Y OBJETO DE ESTE INFORME

El Proyecto en informe se inició por mensaje de Su Excelencia la señora Presidente de la República, del que se dio cuenta en la Cámara de Diputados en sesión celebrada el día 30 de junio del presente año. En esa ocasión se dispuso que el proyecto fuera informado por la Comisión de Salud, la cual lo despachó el día 14 de julio del 2009. En sesión celebrada ese mismo día, la Cámara de Diputados le prestó su aprobación en general y particular a la vez.

En el Senado se dio cuenta del proyecto en sesión celebrada el día 28 de julio de 2009, remitiéndola la Sala a informe de la Comisión de Salud y a la de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

La Comisión de Salud emitió su primer informe el día 26 de Agosto de 2009, y remitió los antecedentes a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Esta Comisión, con fecha 30 de septiembre, envió a la Presidencia del Senado el oficio CL/179/2009, para conocer el objeto preciso que se tuvo en vista al disponer que el proyecto de ley pasara a ella.

Con fecha 6 de Octubre de 2009, Su Excelencia el Presidente del Senado, Honorable Senador señor Jovino Novoa Vásquez, respondió la consulta mediante oficio N° 879/SEC/09, en el que señaló que el objeto del envío del proyecto a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento es que esta "...informe si dicha iniciativa se ajusta al ordenamiento de nuestra Carta Fundamental y, en especial, a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su fallo sobre esta materia.". En paralelo, y a petición del Honorable Senador señor Mariano Ruiz-Esquide, la Sala solicitó que la Comisión le remitiera los antecedentes del proyecto, lo puso en tabla, discutió el informe de la Comisión de Salud en la sesión de 27 de octubre de 2009, y lo aprobó en general, por veintiún votos a favor, doce en contra y una abstención. Ese mismo día los Comités acordaron que la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento conocería del proyecto una vez que la Comisión de Salud lo despachara en particular.

En el plazo para presentar indicaciones se presentaron veinticuatro, que fueron discutidas y votadas en sesión de la Comisión de Salud de 3 de noviembre, fecha en la que ella emitió su informe.

En consecuencia el presente informe se refiere a la constitucionalidad del proyecto en el estado que actualmente se encuentra, esto es, con las modificaciones aprobadas por la Comisión de Salud, y a la luz de lo resuelto en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el punto, Rol N° 740.

- - -

A continuación se realiza una breve síntesis de los hechos, y de algunos de los fundamentos de la referida sentencia.

Con fecha 3 de febrero de 2007 fue publicado en el Diario Oficial el decreto supremo N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba el texto que establece las normas nacionales sobre regulación de la fertilidad. Según disposición expresa de ese acto administrativo, forman parte de él el documento de 171 paginas titulado "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", publicado en la página web del Ministerio de Salud y remitido a los Servicios de Salud, los Establecimientos Experimentales de Salud y a las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, a fin de que sea cumplida íntegra y obligatoriamente por los funcionarios que integran la Red Asistencial del Sistema Nacional de los Servicios de Salud.

El 5 de marzo de 2007, treinta y seis señoras y señores diputados en ejercicio presentaron un requerimiento de inconstitucionalidad contra el decreto supremo N° 48, en virtud de la facultad concedida en el artículo 93, N° 16°, de la Constitución Política de la República. Los diputados requirentes fueron las señoras María Angélica Cristi Marfil, Amelia Herrera Silva y Marisol Turres Figueroa, y señores Claudio Alvarado Andrade, Gonzalo Arenas Hödar, Ramón Barros Montero, Eugenio Bauer Jouanne, Sergio Bobadilla Muñoz, Alberto Cardemil Herrera, Sergio Correa de la Cerda, Francisco Chahuán Chahuán, Roberto Delmastro Naso, Andrés Egaña Respaldiza, Enrique Estay Peñaloza, Marcelo Forni Lobos, Pablo Galilea Carrillo, René Manuel García García, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Javier Hernández Hernández, José Antonio Kast Rist, Juan Lobos Krause, Rosauro Martínez Labbé, Juan Masferrer Pellizzari, Patricio Melero Abaroa, Cristián Monckeberg Bruner, Nicolás Monckeberg Díaz, Iván Norambuena Farías, Carlos Recondo Lavanderos, Roberto Sepúlveda Hermosilla, Jorge Ulloa Aguillón, Gonzalo Uriarte Herrera, Ignacio Urrutia Bonilla, Alfonso Vargas Lyng, Germán Verdugo Soto, Gastón Von Muhlenbrock Zamora y Felipe Ward Edwards.

Los requirentes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de puntos específicos y un párrafo de ciertas secciones del documento “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, que forma del decreto supremo N° 48: de la sección C, “Tecnología anticonceptiva”, el punto 3.3. “Anticoncepción hormonal de emergencia” del párrafo 3 “Anticoncepción hormonal”, y el punto 4.1.1. “Dispositivos intrauterinos” del párrafo 4 “Anticoncepción no hormonal”. Impugnaron también, de la sección D, “Anticoncepción en poblaciones específica”, el párrafo 1 “Anticoncepción para adolescentes”.

El Tribunal Constitucional resolvió el tema mediante sentencia rol N° 740, de 18 de abril de 2008.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, el fundamento del conflicto constitucional sometido a su consideración son los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan no considerados en forma aislada, sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que abarca mas que un mero control abstracto de constitucionalidad que contrasta una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva. Esto lleva a la necesidad de que el tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con una ciencia o técnica a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Constitución Política de la República (Considerando 21°).

Los asuntos de hecho considerados por el Tribunal son los siguientes (Considerando 23°):

1) Objetivo de la anticoncepción de emergencia (AE): La anticoncepción de emergencia contribuye a disminuir los embarazos

no deseados y sus consecuencias, incluido el aborto, y permite a las mujeres ejercer su derecho a prevenir un embarazo después de la violación.

2) Situaciones en que está indicada la anticoncepción hormonal de emergencia:

a) Una relación sexual voluntaria sin uso de método anticonceptivo.

b) Uso incorrecto o accidente con un método anticonceptivo, como, por ejemplo, ruptura o deslizamiento del condón, desplazamiento del diafragma, expulsión del dispositivo intrauterino, relaciones en período fértil, olvido de tomar varias píldoras anticonceptivas o falla del coitus interruptus.

3) Métodos anticonceptivos hormonales de emergencia: se prescribe el uso de píldoras de levonorgestrel solo o píldoras combinadas de etinil-estradiol y levonorgestrel. En ambas prescripciones se utilizan las mismas hormonas que contienen algunos anticonceptivos hormonales orales de uso regular, pero en dosis más altas y en un plazo de tiempo definido.

El levonorgestrel se puede utilizar para este fin de dos maneras:

a) En una dosis única de 1.500 miligramos. En Chile existen dos productos registrados para este fin, el “Postinor-2” y el “TACE”; ambos contienen dos pastillas de 750 miligramos de levonorgestrel que se pueden tomar juntas.

b) En dos dosis de 750 miligramos de levonorgestrel, la primera se administra en el período más inmediato posible después de la relación sexual y la segunda 12 horas después de la primera. Alternativamente las dosis pueden ser de 25 píldoras de levonorgestrel de 30 miligramos cada una.

La prescripción de píldoras combinadas o “régimen de Yuzpe” emplea dos dosis de 100 miligramos de etinil-estradiol más 500 miligramos de levonorgestrel cada una, separadas por un intervalo de 12 horas. La primera dosis se administra en el período más inmediato posible después de la relación sexual, que no sea superior a 72 horas posteriores al hecho, y la segunda dosis se administra 12 horas después de la primera. Como alternativa puede cambiarse cada dosis por 4 píldoras anticonceptivas combinadas que contengan 30 miligramos de etinil-estradiol y 0,15 miligramos de levonorgestrel.

4) Consejería y orientación: conjuntamente con la prescripción farmacológica se prestará una consejería, que enfatice que la utilización de la anticoncepción de emergencia es una decisión personal que sólo corresponde a la mujer que lo solicita. En ella se preguntará si la

consulta se hace dentro de los cinco días siguientes a la relación sexual, se confirmará que la mujer no desea quedar embarazada y que comprende que existe la posibilidad de embarazo aún después de usar el método, se informará sobre los posibles efectos colaterales, y se tendrá presente que la orientación sobre otros métodos anticonceptivos es importante pero no debe ser un requisito para entregar o prescribir la anticoncepción de emergencia.

En relación con estos asuntos de hecho, el Tribunal Constitucional considera que la anticoncepción hormonal de emergencia supone la utilización de métodos que tienden a prevenir el embarazo después de producida una relación sexual y cuando no se han utilizado métodos anticonceptivos previos o el utilizado ha presentado una falla (Considerando 26º).

Agrega que el centro del asunto debatido es si la anticoncepción hormonal de emergencia puede llegar a afectar al embrión. Al respecto, se tuvo presente que los especialistas consultados por el Tribunal en los mecanismos de acción de los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia, ya se trate del uso de levonorgestrel solo o combinado (Yuzpe), coinciden en la dificultad y complejidad de su determinación; al respecto existen posiciones encontradas acerca de los efectos de la anticoncepción de emergencia cuando ellos se relacionan con impedir la implantación del óvulo en el endometrio, puesto que la evidencia que provee la ciencia médica es contradictoria y no aparece rodeada de elementos que convenzan definitivamente en orden a que ella no afectará la vida de un ser humano concebido aunque no nacido, que merece la plena protección constitucional (Considerando 33º).

Sostiene que la duda razonable suscitada en el Tribunal acerca de si la distribución obligatoria de la “píldora del día después” en los establecimientos que integran la Red Asistencia del Sistema Nacional de Servicios de Salud, puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión o impedirle implantarse en el endometrio femenino genera, a su vez, una incertidumbre acerca de la posible afectación del derecho a la vida de quien ya es persona desde su concepción, en los términos asegurados por el artículo 19, Nº 1, de la Constitución Política de la República. La referida duda llevó al Tribunal Constitucional a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de la persona a la vida frente a cualquiera otra interpretación que suponga anular ese derecho (Considerando 67º).

De lo anterior el Tribunal deduce que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer, implica una vulneración a la Carta Fundamental, porque esta sola duda o posibilidad de afectación obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine”, en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana, que es el derecho a la vida, del que el embrión participa en plenitud.

En consecuencia, el Tribunal concluye que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 19, N° 1º, de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que forman parte del decreto supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, en la parte contenida en el acápite 3.3 de la Sección C, “Anticoncepción Hormonal de Emergencia”.

Asimismo, indica, debe estimarse inconstitucional, por derivación, la sección D de las mismas Normas Nacionales, referida a la “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, acápite 1, en la parte que se refiere a la “anticoncepción de emergencia”. Ello, porque siguiendo la jurisprudencia reiterada de ese Tribunal, establecido que “... un determinado artículo es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas a aquél, que por sí solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o, dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieren aprobado” (sentencia de 28 de julio de 1998, Rol N° 276) (Considerando 69º).

Resolución respecto a los dispositivos intrauterinos

En relación con la impugnación de la sección C, “Tecnología anticonceptiva”, el punto 4.1.1. “Dispositivos intrauterinos” del párrafo 4 “Anticoncepción no hormonal”, el Tribunal estableció que en el escrito de subsanación de los defectos del requerimiento, presentado por los requirentes en cumplimiento de la resolución del Tribunal Constitucional que impugnó la presentación original por defectos de forma, “...la impugnación parece restringirse únicamente a los dispositivos intrauterinos que liberan levonorgestrel. Esta contradicción entre la parte argumentativa y la parte conclusiva acarrea una falta de claridad y precisión que impide entrar a conocer el asunto, por lo que el Tribunal desestimaré en esta parte del requerimiento.” (Considerando 12º), por tanto el Tribunal no se pronunció sobre el asunto.

Resolución respecto de la consejería confidencial a los adolescentes

En relación con la impugnación de la sección D, “Anticoncepción en poblaciones específica”, el párrafo 1 “Anticoncepción para adolescentes”, que establece una consejería confidencial para el adolescente que lo requiera en materias de anticoncepción, sin el consentimiento y conocimiento de los padres, impugnado por los requirentes porque vulneraría el derecho y el deber preferente de los padres de educar a su hijos, asegurado en el artículo 19, N° 10º, inciso tercero, de la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional estimó que los padres, en materia educativa, tienen el derecho preferente y el deber de educar a su hijos y que corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho (Considerando 15º).

En cuanto al derecho de los padres, el Tribunal señaló que es una facultad de obrar frente a los órganos del Estado, instituciones, grupos y personas que pretendan dirigir, orientar o llevar a cabo la educación de sus hijos, y se traduce en la elección del establecimiento de enseñanza en que tendrá lugar la enseñanza formal y en las acciones educativas que realice el núcleo familiar en la enseñanza informal de niños y adolescentes.

En cuanto al deber de los padres, el Tribunal indicó que se este se traduce en obligaciones de hacer, las que existen tanto respecto de la enseñanza formal, en que los padres han de colaborar con la acción educativa del establecimiento que eligieron para sus hijos, como en la enseñanza informal, en la que no pueden eludir la responsabilidad educativa que les incumbe.

Respecto de la impugnación, el Tribunal consideró que la sección D citada no vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impide el cumplimiento del deber que les incumbe. Determinó que las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad sin consentimiento ni conocimiento de los padres no impiden a los padres de los adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijos ni transmitir a estos conocimientos y valores sobre la vida sexual, ni menos vulneran el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado. (Considerando 16º).

- - -

En su segundo informe la Comisión de Salud aprobó el siguiente:

“PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial.

Dicha educación e información deberán entregarse por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, y abarcar todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, y el grado y porcentaje de efectividad de cada una de ellas, para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad y, especialmente, para prevenir el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, y la violencia sexual y sus consecuencias, incluyendo los secundarios o no buscados que dichos métodos puedan provocar en la persona que los utiliza y en sus hijos futuros o en actual gestación. El contenido y alcance de la información deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega.

Este derecho comprende el de recibir libremente, de acuerdo a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y

sexual. Un reglamento, expedido a través del Ministerio de Salud, dispondrá el modo en que los órganos con competencia en la materia harán efectivo el ejercicio de este derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados.

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos, en la forma señalada en el artículo siguiente.

Artículo 3º.- Toda persona tiene derecho a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual.

Artículo 4º.- Los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, adoptarán las medidas apropiadas para garantizar el ejercicio de los derechos establecidos por esta ley. Para ello deberán elaborar planes que señalen las acciones respectivas.

Asimismo, los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, tales como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales.

Artículo 5º.- Si al momento de solicitarse la prescripción médica de un método anticonceptivo de emergencia o de solicitarse su entrega en el sistema público o privado de salud, fuese posible presumir la existencia de un delito sexual en la persona del solicitante o para quien se solicita, el facultativo o funcionario que corresponda deberá poner los antecedentes a disposición del Ministerio Público y, si fuese menor de dieciocho años, en conocimiento inmediato de los padres.”.

- - -

La Comisión, en primer término, escuchó a los especialistas en Derecho Constitucional, profesores señores Patricio Zapata y Miguel Ángel Fernández, y a los Ministros Secretario General de la Presidencia, señor José Antonio Viera-Gallo, y de Salud, señor Álvaro Erazo.

El profesor señor Patricio Zapata indicó que el análisis de constitucionalidad del proyecto se puede hacer desde tres ópticas distintas.

La primera es indagar si el proyecto en discusión vulnera lo dispuesto en el fallo rol N° 740 del Tribunal Constitucional, en el sentido de que manda prohíbe o permite algo que expresamente fue declarado inconstitucional en esa instancia.

Otra forma de analizar el asunto, señaló, es comparar el proyecto de ley con los fundamentos que ese tribunal tuvo a la vista cuando emitió el fallo citado.

Un tercer aspecto es considerar, en general, la constitucionalidad del proyecto a la luz de la interpretación del texto de la Constitución Política de la República, con independencia de lo que haya dicho el Tribunal Constitucional.

Dicho lo anterior, analizó el fallo rol N° 740.

En primer término se refirió al contenido esencial del fallo. Al respecto, observó que en ese instrumento hay dos decisiones de distinta entidad.

La primera, se refiere a la pregunta desde cuándo se está en presencia de una persona humana, o sea, de un titular de derechos.

En esta materia, indicó, estimó el Tribunal Constitucional, por cinco votos contra dos, que se está en presencia de una persona humana desde la concepción misma, a la luz de la interpretación que el Tribunal hace al respecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocido como Pacto de San José de Costa Rica, y un análisis sistemático y finalista de nuestra Constitución Política de la República.

Los ministros Colombo y Vodanovic, agregó, estuvieron en contra de esa decisión pues consideraron que la Constitución no hace tal declaración, y que el ordenamiento jurídico chileno consagra, hace más de un siglo y medio, que la personalidad humana se inicia desde el momento que el individuo es separado de la madre y logra subsistir por sí

mismo un instante siquiera¹. Por su parte, los ministros Fernández Fredes y Correa no hicieron asunto del tema.

Señaló que una decisión como la indicada previamente es fundamental para el ordenamiento jurídico, y no es una discusión meramente filosófica o religiosa sino que tiene el carácter de decisión política crucial para la comunidad.

La segunda decisión que tomó el Tribunal Constitucional en el fallo analizado, expresó, dice relación con los efectos de un método de anticoncepción específico, asunto mucho más contingente que el anterior y, por cinco votos contra cuatro, sopesando la prueba de la que dispuso en el proceso, consideró que hay dudas razonables sobre el efecto que puede tener en la anidación del óvulo fecundado en la pared del endometrio materno el uso del levonorgestrel y que, en virtud de esta duda razonable, el Estado debía abstenerse de proveer dicho fármaco en la red pública de salud.

Indicó que pese a que ambas decisiones son revisables, tienen una entidad distinta, ya que la primera es una afirmación doctrinaria gruesa, y la segunda es una apreciación hecha con un procedimiento rudimentario en una materia que es de por sí difícil para los abogados.

En relación con los efectos del fallo, expresó que hay dos formas de concebir el asunto. La primera es centrarse en la literalidad de la decisión y concluir que el fallo tuvo por único objeto declarar inconstitucional partes específicas del decreto supremo N° 48. La otra es considerar que hay una especie de declaración genérica relativa al levonorgestrel, y que con ella es posible concurrir a la Contraloría para impugnar otras resoluciones relativas a ese producto, hacer presentaciones al Instituto de Salud Pública solicitando que se anule el registro de ese medicamento o, incluso, concurrir a las farmacias y exigirles que lo retiren de sus locales. Sobre el particular, señaló que no corresponde atribuir tal efecto expansivo al fallo, y que para lograr la proscripción absoluta del fármaco sería necesario un conjunto de actos administrativos y legales que van mucho más allá de la referida decisión.

En relación con el proyecto propiamente tal, manifestó que en su exposición de motivos señala que tiene por objeto reconocer legalmente los derechos que las personas tienen en materia de regulación de fertilidad, y los deberes que el Estado asume como contrapartida a ellos. Anotó que ese es un propósito constitucionalmente legítimo, pero que hecha de menos que en la exposición de motivos se

¹ Artículo 74, Código Civil: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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.”

desarrollara la naturaleza de los derechos que se precisan en el proyecto, y como ellos se anclan en las garantías establecidas en la Constitución Política de la República. Por su parte, agregó, el mensaje se limitó a hacer un razonamiento de salud pública que es atendible, pero que estimó insuficiente.

Manifestó que valoraba que el Poder Legislativo intervenga en esta materia, porque el problema con la pastilla del día después no es nuevo, pues partió con los primeros registros de medicamentos que tenían similar efecto, los que fueron impugnados por resoluciones judiciales. Posteriormente, acotó, se registraron otros compuestos para el mismo fin, y sus registros quedaron a firmes ya que las primeras sentencias se referían a registros anteriores, y las nuevas acciones judiciales intentadas no tuvieron éxito. Paralelamente, continuó expresando, el Ministerio de Salud intentó regular el asunto mediante una resolución exenta, la que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por razones de forma, al considerar que la materia no podía ser regulada por instrumentos jurídicos de esa naturaleza. Finalmente, se dictó el decreto supremo N° 48, que fue objeto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la citada sentencia rol N° 740.

A su juicio, indicó, toda esta seguidilla de actos administrativos e impugnaciones judiciales no es la forma apropiada de regular una materia como esta, que requiere disposiciones generales y permanentes que son más propias de una ley que de un acto administrativo y, agregó, las sucesivas impugnaciones intentadas sólo tuvieron efectos fragmentarios, porque se referían a actos administrativos específicos.

Expresó que, al igual que en Chile, en Argentina se inició un proceso de inscripción de estas drogas ante la autoridad sanitaria, registro que fue impugnado judicialmente por grupos de la sociedad civil que obtuvieron una sentencia favorable a su posición, emitida por la Corte Suprema del país vecino, en la misma época en que se decretaron en Chile las primeras impugnaciones judiciales al primer registro sanitario de un medicamento con estos mismos efectos. Pero, a contrario de lo que pasó en Chile, en el año 2001 el Parlamento Argentino discutió un proyecto de ley sobre salud sexual y procreación responsable que se convirtió en la ley N° 25.673 de 30 de Octubre de 2002, ley que zanjó el tema.

En seguida, formuló algunos reparos al proyecto en informe.

En primer lugar, estimó que falta una definición legal del concepto de “regulación de la fertilidad”, que es un elemento central del proyecto y de la disputa que se ha observado sobre el tema. Indicó que también sería bueno que el legislador, en el artículo 4° del proyecto aprobado por la Comisión de Salud, junto con establecer el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos establecidos en la ley, indique algunos parámetros o criterios generales de referencia para las partes de la Administración que deberán cumplir con las prestaciones

garantizadas, y para los tribunales que sean llamados a conocer asuntos relativos a ellas.

Sobre el punto, el profesor Zapata, señaló que la ley argentina antes citada contiene una indicación para la Administración de Salud, que señala: “Artículo 6°: Se deberá: ...a demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de los destinatarios, salvo contraindicación específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y los aprobados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.”. Agregó que si se considera una norma similar en este proyecto de ley para que oriente a los Servicios de Salud, al Instituto de Salud Pública, a las Municipalidades y a los demás entes públicos involucrados en el tema, se alinearía el proyecto de ley con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia rol N° 740, y se haría muy difícil que esa decisiones de ejecución puedan ser impugnadas en sede judicial por infringir el fallo tantas veces citado.

Agregó que este tema fue tratado en la Cámara de Diputados, pero se desestimó la modificación por inadmisible, ya que se partió de la base de que un método anticonceptivo, por definición, no puede ser abortivo. Indicó que esa forma de ver las cosas se explica desde la perspectiva de la visión de la medicina sobre el tema, que fue el criterio que imperó en la Cámara Baja, pero desconoce el hecho que justamente la discusión judicial, en distintas instancias, que ha acaecido en Chile en los últimos ocho años sobre la píldora del día después, se fundamenta, esencialmente, en los posibles efectos abortivos de ella, por lo que no es para nada redundante aclararlo en la ley.

Señaló que aunque en la discusión en el Tribunal Constitucional habría quedado en principio claro que las dosis de levonorgestrel indicadas en el decreto supremo N° 48 no generan daños apreciables en el endometrio, en definitiva fue justamente la posición contraria la que terminó imponiéndose en el fallo, que determinó que no hay prueba suficiente que descarte que ese medicamento pueda provocar microabortos.

Refiriéndose al ámbito de acción de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el estudio del proyecto de ley en informe, expresó que debe tenerse a la vista lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el fallo rol N° 740, pero, además de excluir disposiciones que impliquen desacatar directamente ese fallo, debe tener a dicha resolución como un antecedente más en el estudio de la constitucionalidad del proyecto, estimando que la Comisión puede justificar su propia interpretación de la Carta Fundamental porque, aunque el Tribunal Constitucional alegue para si mismo el monopolio de la interpretación de la Constitución Política de la República, lo que es efectivo es que la Carta Fundamental no establece eso.

A continuación, **el profesor señor Miguel Ángel Fernández**, indicó que el primer asunto que hay que tener presente para el análisis de constitucionalidad del proyecto es el efecto del fallo rol N° 740 en lo relativo a la anticoncepción hormonal de emergencia, y como ese aspecto específico plantea dudas de constitucionalidad sobre ciertas partes del proyecto, pero no sobre su totalidad.

Expresó que las sentencias del Tribunal Constitucional, como las que emiten todos los tribunales, son inmutables una vez que ellas han quedado firmes o ejecutoriadas, y que en el caso del Tribunal Constitucional, por disposición constitucional expresa², no procede recurso alguno contra sus fallos, con excepción de la rectificación de los errores de hecho.

Este efecto, señaló, es similar al de cosa juzgada que tiene las sentencias del proceso civil, aunque en el caso del Tribunal Constitucional es mejor hablar de “inmutabilidad del fallo”.

Sobre el punto, distinguió entre el efecto del fallo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que al acoger la pretensión del actor tienen efectos sólo en el juicio del fondo respecto del cual fue planteada la cuestión, y le impide al juez que conoce de la causa aplicar la disposición impugnada; de los fallos que declaran la inconstitucionalidad de un acto administrativo, que tienen un efecto general, erga omnes.

En el caso del fallo rol N° 740, expresó, la declaración de inconstitucionalidad se refiere al fondo del asunto, a la antinomia que existe entre los fármacos objeto del fallo y la Constitución, y este es un efecto general, que afecta a todos. Por esta razón, estimó el profesor Fernández, la declaración de inconstitucionalidad genera una verdadera nulidad del acto administrativo impugnado, y deben retrotraerse sus efectos, en la medida que fuera posible, al estado anterior, y ni la Administración ni el Poder Legislativo puede reponer lo que ha sido declarado contrario a la Constitución porque ello implicaría desconocer, dejar sin efecto, vigencia o aplicación el fallo aludido, y supondría respecto de la persona o institución que lo hiciera auto atribuirse competencias que no se tiene, e infringir el artículo 94 de la Constitución Política de la República, que establece el imperio de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Agregó que a esta conclusión también se puede arribar si se mira el asunto desde la óptica de la seguridad jurídica. Tal como antes lo señaló el profesor Zapata, en este tema ha habido una seguidilla de actos administrativos e impugnaciones de diversa clase, que el fallo rol N° 740 dirime en definitiva al establecer, en términos generales, que ciertos métodos, productos o procedimientos supuestamente anticonceptivos son

² Artículo 94, inciso primero, Constitución Política de la República: “Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido.”.

contrarios a la Constitución Política de la República, y no debería quedar duda alguna de que dicho efecto se extiende a todos los órganos del Estado y al resto de la sociedad civil.

Indicó que, además, el proyecto presenta algunos déficit regulativos, porque la estructura básica de él establece que las personas tendrán ciertos derechos y, como correlato, el Estado se obliga a garantizarlos, pero para ese fin alude, de forma un tanto difusa, a los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, sin precisar cuáles son esos órganos, de qué competencia se trata, qué responsabilidades adquieren esos entes si no realizan estas imprecisas prestaciones, y, sobre todo, no queda claro si estas competencias implican nuevas funciones para órganos que la Constitución Política de la República requiere que su organización y funciones sean determinadas por ley orgánica constitucional, como es el caso de las municipalidades, lo que daría pie a afirmar que este proyecto es orgánico constitucional también en la parte que alude a las competencias, y como tal requeriría control obligatorio y preventivo de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

El último tema que trató, dice relación con las normas referidas a la educación, información y orientación en materia de la regulación de fertilidad.

Sobre el particular, indicó que el Tribunal Constitucional de una manera un tanto críptica, al referirse a las normas sobre consejería para adolescentes del decreto supremo N° 48, planteó que esas reglas no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impide el cumplimiento del deber que les incumbe, pues las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, no impiden a los padres de los adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijos ni transmitir a estos conocimientos y valores sobre la vida sexual, ni menos vulneran el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado. (Considerando 16°).

Observó que se puede tener otra aproximación al tema, considerando que el derecho a la educación es un proceso que no solo supone la transmisión de información o el desarrollo de habilidades o herramientas, sino que también supone la formación en valores.

Al respecto, el profesor citó al profesor Cea, quién habría dicho que la educación es un proceso a través del cual se infunden valores, se inculcan sentimientos y actitudes nobles y se forma la personalidad para que sea culta, respetuosa, esforzada, laboriosa; la educación busca entonces modelar la personalidad sobre la base de valores, perfeccionándola desde el ángulo espiritual, moral y también físico.

Añadió que si se admite este punto de vista la educación no es solo un proceso informativo, sino que esencialmente formativo, que tiene que ver con las acciones que en tal sentido realiza el

núcleo familiar en la enseñanza informal de los hijos para que el Estado, sus instituciones u otros grupos, no la dirija, no la oriente, o no la lleve a cabo en reemplazo de los padres. En el ámbito del proyecto, estimó, la orientación va más allá de la mera información y entra en el proceso formativo del niño, y como esta información se presta por funcionarios públicos en un contexto de confidencialidad, al final el Estado va a terminar siendo parte del proceso formativo en materia de la regulación de la fertilidad, va a ser parte del proceso de formación de la personalidad de ese sujeto menor de edad que requiere ese medicamento o que se acerca a preguntar, reemplazando o subrogando a los padres en esa función.

Expresó que lo anterior puede leerse también como una infracción al deber que la Constitución Política de la República le impone al Estado de otorgar especial protección al derecho de los padres a educar a los hijos, y en este escenario estimó dudosa la constitucionalidad de las normas sobre consejería para menores de edad que establece el proyecto.

Finalmente, anotó que aunque en materia civil carga con el peso de la prueba quién hace una afirmación o alega un derecho en el proceso, acá debe tenerse a la vista que en el proceso seguido ante el Tribunal Constitucional estuvieron en juego derechos constitucionales garantizados por lo que, haciendo uso correcto del principio interpretativo “pro homine”, establecido firmemente en la doctrina constitucional y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, el Tribunal Constitucional asumió un rol cautelar de esas garantías, que lo empuja a asumir un rol proactivo y evitar las situaciones en las que solo procede el intento de reparación de un mal causado. Por ello, y ante una prueba medianamente concluyente de que existía un posible riesgo de afectación grave de los derechos constitucionales de los no nacidos, solicitó a la contraparte que eliminara, más allá de la duda razonable, ese riesgo. Como tal cosa no pudo ser demostrada, al Tribunal no le quedó otra que elegir por la alternativa que protegiera más los derechos constitucionales, y por eso, indicó, justificadamente falló como lo hizo.

Seguidamente, **el señor Ministro General de la Presidencia, señor José Antonio Viera Gallo**, indicó que de las tres impugnaciones que en definitiva fueron válidamente presentadas por los requirentes ante el Tribunal Constitucional, que se referían a la anticoncepción hormonal de emergencia, a los dispositivos de anticoncepción no hormonales y a las normas sobre consejería confidencial a adolescentes, el Tribunal solo acogió la primera y rechazó las otras dos.

Respecto de la impugnación acogida, indicó que el efecto del fallo fue establecer que se debía retirar del decreto supremo N° 48 dos acápite relativos a ella, y no hay efectos más allá de eso.

Subrayó que desde la dictación del fallo el registro de los medicamentos ocupados para el procedimiento de anticoncepción hormonal de emergencia impugnado sigue perfectamente vigente, como

queda demostrado por el hecho de que cualquier persona, que cuente con una receta médica autorizada, puede acercarse a una farmacia y adquirirlo.

El efecto específico del fallo, agregó, fue que ese producto no puede ser suministrado por la red pública de los Servicios de Salud, y no más que eso, ya que la declaración de inconstitucionalidad se refirió únicamente a la norma reglamentaria que permitía esta prestación.

Señaló que esa conclusión fluye claramente del fallo y de la prevención que hace sobre el mismo uno de los redactores del voto de mayoría, el ministro Raúl Bertelsen, que específicamente indicó que el fallo está referido únicamente a la pretensión de los requirentes acogida, esto es, la declaración de inconstitucionalidad de una parte del decreto supremo N° 48.

Agregó que los otros entes del Estado, que tienen participación en el tema, son las municipalidades, y que habría quedado a discreción de ellas la entrega del fármaco.

Destacó que ese punto fue discutido por algunas organizaciones de la sociedad civil que solicitaron a la Contraloría General de la República un dictamen al respecto, dictamen que no fue compartido por el Gobierno que procedió a presentar una impugnación, la que aún no es resuelta por esa institución debido a que el caso lo están conociendo los tribunales de justicia.

Resaltó que esa situación produce una anomalía obvia, porque por una parte hay un fármaco con un registro vigente en el Instituto de Salud Pública, que es vendido libremente en las farmacias con la correspondiente receta médica pero, por otra parte, ese mismo fármaco no puede ser proporcionado por la red de salud pública, lo que hace que las personas que lo necesitan, pero que no tienen recursos propios para adquirirlo, simplemente no puedan obtenerlo, ni en los consultorios ni en los hospitales públicos.

Expresó que el problema tiene sólo dos soluciones prácticas: o el fármaco se proscribe para todos o se autoriza que el sistema público del salud lo suministre, sujetándose a todas las normas que sean pertinentes.

Añadió que la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución es palmariamente clara sobre el aborto. Al respecto, indicó que en la Comisión Ortúzar los Comisionados Guzmán y Silva hicieron todo lo posible para que el aborto se transformara en un ilícito constitucional, pero que su pretensión fue rechazada y en definitiva lo aprobado en el plebiscito del año 1980 fue una norma que establecía que la ley protege la vida del que está por nacer, lo que en la práctica le entrega al legislador la regulación sobre el aborto.

Señaló que, si bien ello no autoriza que la ley permita un aborto bajo cualquier circunstancia, hasta el 15 de septiembre de 1989 existió en Chile el aborto terapéutico legal, fecha en que se dictó la ley N° 18.826 que eliminó ese método al reemplazar el artículo 119 del Código Sanitario por una disposición que establece que “no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”.

Prosiguió señalando que esa disposición del Código Sanitario coincide con la doctrina católica sobre el aborto, que proscribe las acciones cuyo objetivo directo sea provocar un aborto, pero permite los procedimientos médicos que busquen un bien importante para el paciente, como salvarle la vida, pero que indirecta o consecuentemente provoquen un aborto. A la luz de ello, el Ministro observó que ninguna mujer que ingiera la píldora del día después siguiendo los consejos y procedimientos que anteriormente establecía el decreto supremo N° 48, ejecuta una acción cuyo fin sea provocar un aborto, lo que desmerece la pretensión de los requirentes ante el Tribunal Constitucional que alegaron que la píldora era abortiva.

Indicó que la Constitución Política de la República de Chile establece en dos disposiciones distintas el derecho a la vida y la obligación del Estado de proteger, por medio de la ley, la vida del que está por nacer.

Señaló que hay debate en muchas partes sobre el estatuto jurídico del que está por nacer, tal como lo muestran las normas del Código Civil que protegen las expectativas de derechos del no nacido pero establece que la persona inicia su existencia en el momento que se separa de la madre y lograr subsistir, por sí mismo, un instante siquiera. Este antecedente, indicó, es otra causa para evitar interpretaciones extensivas del fallo que mantenga la situación actual en que solo las mujeres con recursos pueden acceder a la píldora del día después, lo que a todas luces es injusto y discriminatorio.

A continuación, **el Ministro de Salud, señor Álvaro Erazo**, manifestó que en el país las políticas de regulación de fertilidad se iniciaron hace cuarenta años y que existe un importante acervo sobre el tema, que se ha traducido en infinidad de normas que regulan la materia, las que han sido probadas, en distintos momentos, con la intervención del personal del sistema de salud público. En este contexto, agregó, las normas sobre anticoncepción hormonal de emergencia son una parte pequeña del total de la política de salud sobre fertilidad, y la parte impugnada por el fallo del Tribunal Constitucional fue eliminada del decreto supremo N° 48, en estricto cumplimiento de la resolución.

Señaló que el proyecto de ley en discusión establece un estatuto de los derechos de las personas relativos a su fertilidad, y como correlato, un conjunto de obligaciones para el Estado para satisfacer esos derechos. Esta ley, indicó, dará un marco a la administración

de Salud para dictar las normas reglamentarias que sean necesarias, y hacer efectivos esos derechos en los casos concretos.

Manifestó que el sistema de salud chileno pone a disposición de los ciudadanos una amplia gama de métodos anticonceptivos, naturales y artificiales, de probada eficacia, que no son abortivos y que respetan las preferencias individuales. Agregó que históricamente el Ministerio de Salud ha tomado decisiones de política pública basado en la información proporcionada por las sociedades científicas establecidas en Chile, y que en este punto, en especial, aportaron información la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología, la Sociedad Chilena de Fertilidad, la Sociedad Chilena de Pediatría, y se contó con evidencia internacional, que demuestran que el levonorgestrel no es abortivo. Ello no implica que esta posición sea absoluta, pues la evidencia científica cambia, pero en este tema, hasta el momento, no hay datos en contra y la evidencia que se ha logrado en los últimos años es creciente en el sentido de afirmar que la píldora no es abortiva.

- - -

Después de conocer las observaciones y opiniones antes señaladas, los miembros de la Comisión discutieron sobre la conveniencia de modificar el proyecto para evitar la alegación de cualquier ilícito constitucional en el texto sometido a examen.

La Honorable **Senadora señora Alvear** manifestó su opinión en el sentido que, a su juicio, la píldora del día después no es abortiva y que el objeto de la discusión debería ser como legislar sobre los derechos de las personas, sobre su fertilidad, sin que posteriormente se produzcan impugnaciones que deba resolver en el Tribunal Constitucional. Para evitar ello, agregó, estima adecuado el establecer en el proyecto una norma que expresamente excluyera, de entre los métodos anticonceptivos, cualquier sustancia cuya ingesta provoque de forma directa un aborto.

El Jefe del Departamento de Asesorías Jurídicas del Ministerio de Salud, señor **Sebastián Pavlovic**, indicó que el criterio general de la provocación directa del daño es el que siempre ha tenido en consideración el Ministerio para sus políticas.

Explicó que todos los fármacos tienen efectos secundarios y pueden generar consecuencias no deseadas, en un porcentaje pequeño de la población, aunque se tomen todas las medidas del caso.

A manera de ejemplo, indicó las políticas de vacunación, en las que está demostrado que un porcentaje infinitesimal de la población puede tener reacciones muy adversas, pero que el beneficio directo que se obtiene para la gran mayoría de la población, consistente en el fortalecimiento de las defensas ante las enfermedades, hace que esa política se implemente. Subrayó que no es posible exigir absoluta inocuidad a un

medicamento o a una política de salud, porque si se opta por esa vía simplemente la medicina no es posible.

En razón de lo anterior, propuso considerar que queden excluidos de la definición de método anticonceptivos aquellos que directa y conocidamente provoquen abortos y no los que, bajo circunstancias adversas del paciente, o mal administrados, tengan ese posible efecto secundario, porque de lo contrario sería necesario prohibir una infinidad de medicamentos para las más variadas dolencias, que estén contraindicados a las mujeres embarazadas por sus posibles efectos secundarios.

La Honorable **Senadora señora Alvear** agregó que otro punto que puede ser objeto de debate es la consejería y prescripción de anticonceptivos a menores de 14 años, porque evidentemente podría intentar impugnarse dicha acción por la intromisión indebida del Estado en el derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos. Para salvar ello propuso que, en este caso, la Administración de Salud deberá efectuar la consejería y suministrar el método anticonceptivo que proceda, pero informando a continuación a los padres o representantes del menor sobre la situación.

El Honorable **Senador señor Chadwick** manifestó que el decreto supremo N° 48, en la parte que establecía la anticoncepción hormonal de emergencia, fue declarado contrario a la Constitución Política de la República no por razones de forma sino porque el efecto de los productos ocupados para ese sistema infringían los derechos constitucionales de quién está por nacer.

Agregó que la Carta Fundamental obliga al legislador a proteger la vida del que está por nacer, lo que se materializa en el mandato de instauración de normas legales que protejan las conductas que favorecen la natalidad, y en la obligación de establecer, en el ordenamiento jurídico, reglas que proscriban las acciones que interrumpan o dificulten la vida del no nato.

Señaló que estas conductas alentadas o prohibidas son acciones que por su propia naturaleza tienden a favorecer o atacar la existencia del concebido, respectivamente, sin que sea relevante para ningún efecto la intención del agente, por lo que, por ejemplo, deben proscribirse todas las conductas que propendan al aborto aunque la intención de quién las realice no se encamine a ese fin, ya que el mandato de la Constitución es proteger, de forma objetiva, la vida del que está por nacer, y no favorecer las meras buenas intenciones al respecto.

El Honorable **Senador señor Gómez** manifestó que el fallo del Tribunal Constitucional es muy específico, porque en el, por un asunto de prueba, se estableció que partes del decreto supremo N° 48 que obligaba al Estado a proporcionar la píldora del día después eran inconstitucionales, pero en ningún caso señaló que la píldora en sí sea

inconstitucional, porque de lo contrario el registro sanitario que la autorizó estaría caducado y nadie podría adquirirlas en las farmacias privadas.

Como esto no es así, continuó, el objeto de este proyecto, totalmente lícito desde la perspectiva constitucional, es el establecer mecanismos para que las personas que no tienen recursos suficientes para proveerse por sí mismas de estos fármacos, cuando los necesitan, estén en igualdad de condiciones frente a las personas que también requieren el fármaco pero cuentan con recursos económicos propios para adquirirlos privadamente.

Sobre el punto, el **profesor señor Fernández** indicó que la prevención hecha por el Ministro Raúl Bertelsen, que limita el efecto del fallo al sistema público, es una prevención particular que no forma parte del texto redactado por la mayoría, y, que el texto que fundamenta la parte dispositiva del fallo expresamente señala que la declaración de inconstitucionalidad se produce no por un asunto de forma sino por los efectos que tiene los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia en los derechos de las personas. Agregó que, en su opinión, si esos efectos fueron considerados reñidos con la Constitución Política de la República, y por tanto dieron lugar a la exclusión del ordenamiento jurídico de las partes correspondientes del decreto supremo N° 48, es justamente porque esos métodos anticonceptivos son inconstitucionales y lo son para todo efecto, tanto públicos como privados, por lo que habría que eliminar esos productos del mercado.

El Honorable **Senador señor Muñoz Aburto** estimó que el proyecto se enmarca en las normas constitucionales y que su aprobación en ningún caso implica desacato de la resolución del Tribunal Constitucional, porque la parte resolutive de ese fallo sólo afecta a secciones específicas de un acto administrativo y, agregó, aunque es posible realizar muchas interpolaciones sobre la parte considerativa de la resolución, lo relevante es lo que el Tribunal Constitucional dispuso en definitiva y no las razones por las cuales se habría llegado a esa conclusión. Agregó que caben en esta discusión todas las observaciones que se quiera sobre el quórum con el que se deben aprobarse algunas disposiciones del proyecto en discusión, pero que esas cuestiones parten de la base de que el proyecto es constitucional.

Sobre el punto, el **profesor señor Zapata** indicó que las normas que establecen leyes de quórum especial en la Constitución Política de la República son excepcionales, por lo que deben ser interpretadas de forma restrictiva. Agregó que los Servicios de Salud y las municipalidades tienen, entre sus funciones esenciales, la implementación de las políticas de salud, sean ellas de carácter preventivo, curativo, o ambos, y estimó obvio que las prestaciones y garantías que establece el proyecto caen dentro de las facultades ya establecidas en la ley, por lo que en ese aspecto no puede considerarse que el proyecto tenga rango orgánico constitucional, pues no establece nuevas atribuciones para organismos que, según la

Constitución Política de la República, deben estar regulados por una ley orgánica constitucional.

- - -

A fin de evitar cualquier defecto de constitucionalidad que lo pueda hacer objeto, en el futuro, a las disposiciones del proyecto de impugnaciones exitosas ante el Tribunal Constitucional, en el seno de vuestra Comisión se propuso reconsiderar las indicaciones N^{os} 7 y 17 y 21, refundidas, y aprobarlas, en los siguientes términos:

Al artículo 2º

- agregar un inciso final, del siguiente tenor:

“Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale.”.

Al artículo 4º

- agregar un inciso final, del siguiente tenor:

“En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto.”.

- - -

Finalmente, los miembros de la Comisión observaron que el artículo 5º del proyecto indica que el facultativo que atienda a la persona que requiera una prescripción médica de un método anticonceptivo, y sospeche de que esa persona, o la persona para quien lo solicita, fue víctima de un delito sexual, tendrá la obligación de denunciar el hecho al Ministerio Público.

Dicha norma, se consideró, es muy similar a lo que señala el artículo 198 del Código Procesal Penal³ que establece, de forma mucho más completa y minuciosa, la obligación de los

³ Artículo 198, Código Procesal Penal.- *Exámenes médicos y pruebas relacionadas con los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal.* Tratándose de los delitos previstos en los artículos 361 a 367 bis y en el artículo 375 del Código Penal, los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, sean públicos o privados, deberán practicar los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, debiendo conservar los antecedentes y muestras correspondientes.

establecimientos de salud de practicar reconocimientos y exámenes en caso de sospecha de delitos sexuales, y la forma específica de denunciarlos a la autoridad.

Aunque el artículo 5º en cuestión no merece reparos de constitucionalidad, se tuvo en especial consideración que ella puede, en su actual formulación, generar problemas legales prácticos si se considerara una derogación tácita de la norma del Código Procesal Penal citada que, como se indicó, establece mejores garantías para la víctima y para el éxito de la investigación criminal relativa a delitos sexuales.

Para evitar esta situación, en el seno de vuestra Comisión se concordó en la conveniencia de agregar en el citado artículo 5º una frase final, antecedida de una coma, del siguiente tenor: “ sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 198 del Código Procesal Penal”.

En consecuencia, y de acuerdo a lo expuesto, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, por la unanimidad de sus integrantes, **Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina, Gómez y Muñoz Aburto, acordó informaros que el proyecto, con las modificaciones que a continuación se indican, no le merece reparos de constitucionalidad.**

- - -

MODIFICACIONES

En mérito de lo expresado, vuestra Comisión os propone introducir las siguientes modificaciones al proyecto despachado por la Comisión de Salud:

Artículo 2º

Agregar, como inciso final, el que sigue:

“Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o

Se levantará acta, en duplicado, del reconocimiento y de los exámenes realizados, la que será suscrita por el jefe del establecimiento o de la respectiva sección y por los profesionales que los hubieren practicado. Una copia será entregada a la persona que hubiere sido sometida al reconocimiento, o a quien la tuviere bajo su cuidado; la otra, así como las muestras obtenidas y los resultados de los análisis y exámenes practicados, se mantendrán en custodia y bajo estricta reserva en la dirección del hospital, clínica o establecimiento de salud, por un período no inferior a un año, para ser remitidos al ministerio público.

Si los mencionados establecimientos no se encontraren acreditados ante el Servicio Médico Legal para determinar huellas genéticas, tomarán las muestras biológicas y obtendrán las evidencias necesarias, y procederán a remitirlas a la institución que corresponda para ese efecto, de acuerdo a la ley que crea el Sistema Nacional de Registros de ADN y su Reglamento.

privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale.”.

(Indicación N° 7, modificada unanimidad, 5x0).

Artículo 4º

Incorporar, como inciso final, el siguiente:

“En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto.”.

(Indicación Nos 17 y 21, modificadas, unanimidad, 5x0).

Artículo 5º

Intercalar entre la palabra final “padres” y el punto final (.) la siguiente frase, antecedita de una coma (,) : “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 198 del Código Procesal Penal”.

(artículo 121 Reglamento del Senado. Unanimidad 5x0).

- - -

De aprobarse las enmiendas propuestas, el proyecto queda como sigue:

PROYECTO DE LEY

De ser aprobadas las modificaciones propuestas por la Comisión, el texto del proyecto queda como sigue:

"PROYECTO DE LEY

Artículo 1º.- Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial.

Dicha educación e información deberán entregarse por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, y abarcar todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, y el grado y porcentaje de efectividad de cada una de ellas, para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad y, especialmente, para prevenir el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, y la violencia sexual y sus consecuencias, incluyendo los secundarios o no buscados que dichos métodos puedan provocar en la persona que los utiliza y en sus hijos futuros o en actual gestación. El contenido y alcance de la información

deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega.

Este derecho comprende el de recibir libremente, de acuerdo a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual. Un reglamento, expedido a través del Ministerio de Salud, dispondrá el modo en que los órganos con competencia en la materia harán efectivo el ejercicio de este derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, los establecimientos educacionales reconocidos por el Estado deberán incluir dentro del ciclo de Enseñanza Media un programa de educación sexual, el cual, según sus principios y valores, incluya contenidos que propendan a una sexualidad responsable e informe de manera completa sobre los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados, de acuerdo al proyecto educativo, convicciones y creencias que adopte e imparta cada establecimiento educacional en conjunto con los centros de padres y apoderados.

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho a elegir libremente, sin coacción de ninguna clase y de acuerdo a sus creencias o formación, los métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, que cuenten con la debida autorización y, del mismo modo, acceder efectivamente a ellos, en la forma señalada en el artículo siguiente.

Sin embargo, en aquellos casos en que el método anticonceptivo de emergencia sea solicitado por una persona menor de 14 años, el funcionario o facultativo que corresponda, sea del sistema público o privado de salud, procederá a la entrega de dicho medicamento, debiendo informar al padre o madre de la menor o al adulto responsable que la menor señale.

Artículo 3º.- Toda persona tiene derecho a la confidencialidad y privacidad sobre sus opciones y conductas sexuales, así como sobre los métodos y terapias que elija para la regulación o planificación de su vida sexual.

Artículo 4º.- Los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia, adoptarán las medidas apropiadas para garantizar el ejercicio de los derechos establecidos por esta ley. Para ello deberán elaborar planes que señalen las acciones respectivas.

Asimismo, los órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia pondrán a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, tales como los métodos anticonceptivos combinados de estrógeno y progestágeno, métodos anticonceptivos de progestágeno solo, los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia y los métodos de anticoncepción no hormonal, naturales y artificiales.

En todo caso, no se considerarán anticonceptivos, ni serán parte de la política pública en materia de regulación de la fertilidad, aquellos métodos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto.

Artículo 5°.- Si al momento de solicitarse la prescripción médica de un método anticonceptivo de emergencia o de solicitarse su entrega en el sistema público o privado de salud, fuese posible presumir la existencia de un delito sexual en la persona del solicitante o para quien se solicita, el facultativo o funcionario que corresponda deberá poner los antecedentes a disposición del Ministerio Público y, si fuese menor de dieciocho años, en conocimiento inmediato de los padres, **sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 198 del Código Procesal Penal.**”.

- - -

Acordado en sesión celebrada el día 10 de Noviembre de 2009, con la asistencia de los Honorables Senadores señora Soledad Alvear Valenzuela, Andrés Chadwick Piñera, Alberto Espina Otero (Presidente), José Antonio Gómez Urrutia y Pedro Munoz Aburto.

Valparaíso, 17 de noviembre de 2009.

JUAN PABLO DURÁN GONZÁLEZ
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, SOBRE INFORMACIÓN, ORIENTACIÓN Y PRESTACIONES EN MATERIA DE REGULACIÓN DE FERTILIDAD.

BOLETÍN N° 6.582-11

I.- PRINCIPAL OBJETIVO DEL PROYECTO: reconocer legalmente los derechos que las personas tienen en materia de regulación de su fertilidad y, como contrapartida, consignar los deberes que pesan sobre el Estado en esta materia, habilitando, en forma general, a todos los órganos de la Administración competentes, para realizar planes, programas y acciones relativos a la satisfacción de los derechos de la población a obtener educación, información y orientación sobre regulación de la fertilidad, a recibir una educación para la vida afectiva y sexual, a elegir libremente los métodos de regulación de la fertilidad y a acceder a ellos.

II.- ACUERDOS:

- **Declarar que el proyecto en discusión no tiene defectos de constitucionalidad que lo puedan hacer objeto, en el futuro, de impugnaciones exitosas ante el Tribunal Constitucional, siempre y cuando se introduzcan las modificaciones que indica.** (Indicaciones N^{os} 7 y 17 y 21, con modificaciones. Unanimidad 5 x 0).
- **Proponer modificaciones para evitar conflictos legales con la interpretación del artículo 5°.**(Artículo 121 Reglamento del Senado, Unanimidad 5 x 0).

III.- ESTRUCTURA DEL PROYECTO: cinco artículos permanentes.

IV.- NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: el inciso cuarto del artículo 1° debe aprobarse en el carácter de norma orgánica constitucional, en razón de lo dispuesto por el inciso quinto del N° 11° del artículo 19, en relación a lo señalado en el inciso segundo del artículo 65 de la Constitución Política de la República.

V.- URGENCIA: Suma.

VI.- ORIGEN E INICIATIVA: Mensaje del Ejecutivo enviado a la Cámara de Diputados.

VII.- TRÁMITE CONSTITUCIONAL: segundo trámite.

VIII.- TRÁMITE REGLAMENTARIO: informe que absuelve una consulta sobre la constitucionalidad del proyecto.

IX.- APROBACIÓN EN LA CÁMARA DE DIPUTADOS: En sesión de fecha 15 de julio de 2009, por 73 votos a favor y 34 en contra; se abstuvieron 2 Diputados.

X.- INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: 28 de julio de 2009.

XI.- LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

- **Constitución Política de la República**
- **Artículo 198 del Código Procesal Penal**

Valparaíso, a 17 de noviembre de 2009.

JUAN PABLO DURÁN GONZÁLEZ
Secretario