

# La batalla de la Píldora.

## El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina

LIDIA CASAS BECERRA\*

### Introducción

Uno de los temas más discutidos públicamente en el área de los derechos sexuales y reproductivos en los últimos años en nuestro país ha sido la introducción y autorización de 'la píldora del día después' o anticoncepción de emergencia<sup>1</sup> (en adelante AE). Este debate no ha sido ajeno a otros países de la región.

En el caso chileno, la polémica frente a la '*píldora del día después*' encontró una sociedad pos dictadura y en transición democrática, en que cada uno de los sectores desde sus espacios discursivos, intentó otorgarle significado. En palabras de Valdés y Guajardo, ello no es más que una manifestación de la pugna ideológica en el terreno de la sexualidad que se ha definido como 'valórico'<sup>2</sup>.

La pugna en torno a la autorización de este método, tanto en Chile como en el resto de América Latina, no se ha producido en el foro político propiamente tal; más aun, podría decirse que se ha evitado, desplegando una estrategia judicial que sorteara la inclusión de distintos actores sociales y políticos. En distintos países de la región se han promovido acciones cautelares, normalmente de orden constitucional, para detener el registro o la comercialización de la anticoncepción de emergencia; tales son los casos seguidos en Argentina, Colombia, México, Ecuador y Chile. Sólo en el caso peruano se ha visto una discusión política que ha incluido a la fecha a buena parte de las instituciones de ese país, salvo el Poder Judicial. Las razones de esas diferencias escapan al ámbito de este trabajo, sin embargo el poder de

\* B.A. Universidad de Saskatchewan, Canadá, Regional and Urban Planning (1987), Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (1999), LLM Universidad de Toronto, Canadá, miembro del Programa de Derechos Humanos y Acciones de Interés Público, Docente e investigadora del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales

<sup>1</sup> Entendemos por anticoncepción de emergencia, al método usado poscoito y dentro de las 72 horas para prevenir un embarazo ante una relación sexual no protegida o por la existencia de un accidente anticonceptivo (expulsión del dispositivo intrauterino, rotura o uso inadecuado del condón u olvido en la ingestión regular de anticonceptivos orales). Hay dos tipos de métodos, los hormonales en que se usan anticonceptivos combinados (método Yuzpe) a base de levonorgestrel y etinil estradiol o sólo de progestágenos puros. También la inserción del dispositivo intrauterino de cobre funciona como anticonceptivo de emergencia, en este caso puede ser usado dentro de los cinco días después de la relación sexual. Véase Organización Mundial de la Salud, *Anticoncepción de emergencia. Guía para la Prestación de Servicios*, Salud Reproductiva (Apoyo Técnico), Salud Familiar y Reproductiva, Ginebra, 1999.

<sup>2</sup> Valdés, Teresa y Guajardo, Gabriel, "Investigación en Sexualidad en Chile 1990-2002", en *Hacia una agenda de sexualidad y derechos humanos en Chile*, FLACSO, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán y Centro Latinoamericano de sexualidad y derechos humanos, Santiago, 2004, p. 19.

influencia de algunos sectores religiosos en las políticas de salud sexual y reproductiva podría explicar un escenario político distinto<sup>3</sup>.

En otros países fuera de la región, los sectores anti-píldora también han demostrado similares estrategias de resistencia, en las que el foro judicial se convierte en la arena propicia para detener lo que aparece como inevitable desde el punto de vista político y desde las políticas públicas en salud<sup>4</sup>.

La naturaleza de la discusión nos podría conducir a analizarla en dos planos que no se contraponen necesariamente entre sí. Por una parte, podríamos decir, añadido sin equivocarnos, que este es un debate en torno a “derechos” en forma amplia, pero también sobre la política y particularmente sobre la formulación de políticas públicas en salud sexual y reproductiva en sociedades democráticas con las limitaciones propias de la realidad latinoamericana. Algunos podrían sostener que el enfrentamiento en el plano judicial podría parecer o configurar una suerte de diálogo. Sin embargo, el espacio conversacional elegido, el foro judicial, no necesariamente permite que la ciudadanía participe activamente en él. Más aún, la única herramienta política que pudo haber instado a un diálogo político discutiendo un proyecto de ley sobre derechos sexuales y reproductivos ha sido frenado por los mismos sectores que escogen la vía judicial.

El debate judicial en Chile muestra que los detractores o sectores anti-píldora han deseado restringir el problema a una mera interpretación de normas constitucionales sobre el derecho a la vida, evadiendo toda discusión en torno a derechos o libertades distintos al ‘que está por nacer’. Si la discusión fuera más inclusiva ello conduciría a un debate entre política y derechos, en que la primera debe ceder ante los derechos de los ‘por concebir’ y los concebidos no nacidos<sup>5</sup>.

En el caso de Chile políticos, académicos, científicos, personeros de distintas iglesias, centros de estudios, comentaristas de todo tipo de medios de comunicación social, han manifestado sus opiniones en torno a la autorización de registro de Postinal en el año 2001, y posteriormente a Postinor-2 por parte del Instituto de Salud Pública, y la prohibición de comercialización por la Corte Suprema en el 2001 para el primer producto y de una jueza respecto del segundo producto. La cuestión del uso de anticoncepción de emergencia muestra una tímida discusión pública que introduce el tema de la autonomía reproductiva. No se advierten, al menos públicamente, posiciones “en el medio”, es decir, las personas asumen posturas frente al uso de la píldora poscoital en relación con el alcance de las libertades públicas y la libertad de conciencia, por un lado, y el sentido de la protección a la vida en nuestro ordenamiento jurídico, por el otro.

Este trabajo abordará una revisión de esa historia en tres países, a saber Chile, Argentina y Colombia, mostrando las similitudes de las estrategias judiciales desplegadas en más de un lustro. Al cierre de este artículo la situación es aún incierta, todavía están pendientes decisiones de tribunales de primera

---

<sup>3</sup> En este sentido véase, Chávez, Susana, y Cisneros, Rosa (colaboradora), Cuando el Fundamentalismo se apodera de las Políticas Públicas. Políticas de salud sexual y reproductiva en el Perú en el período julio 2001-junio 2003, Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, Lima, 2004.

<sup>4</sup> En España se ha usado la estrategia judicial para que los farmacéuticos no estén obligados a dispensar el producto. Una situación similar es la que se observa en casos seguidos en los Estados Unidos.

<sup>5</sup> Fueron estas las palabras con las que el abogado y profesor de la Universidad de Los Andes, Alejandro Romero, abogado de AGES culminó su alegato en la Iltma. Corte de Apelaciones en el juicio que substancia esa organización en contra del Instituto de Salud Pública, el 25 de octubre de 2004.

instancia y superiores en los tres países, no obstante la abierta comercialización de medicamentos para anticoncepción de emergencia.

Este trabajo revisará, en primer lugar, la experiencia chilena sobre el debate público y judicial en torno a la autorización de la píldora poscoital, enseguida examinará la experiencia de Argentina y Colombia, mostrando en estos casos la similitud de las estrategias desplegadas en los tres países. En tercer lugar, se reseñará lo acaecido en otros países. Por último, cabe plantearse si el debate judicial ha constituido un espacio para la apertura de discusión y consolidación en torno a la autonomía reproductiva de las mujeres o una forma de frenar ese desarrollo.

El uso de métodos de regulación de la fecundidad es uno de los aspectos centrales en las vidas de las mujeres. Para nosotras, y escribo desde el lugar que ocupo en esta sociedad, como mujer, la planificación familiar moderna constituyó un gran avance de la ciencia y tecnología en la calidad de vida, pues la maternidad dejó de ser un destino del cual las mujeres no pudiéramos escapar o sobre el cual tuviéramos escaso control. Así este es un recuento, no exento de las subjetividades propias de quien ha sido parte del proceso de introducción de la píldora en Chile en los últimos 8 años. No obstante, como en todos los debates académicos donde en ocasiones las posturas se revisten de una aparente objetividad académica, este constituye un análisis que aporta mayores antecedentes en la materia.

## I. La anticoncepción en las políticas públicas en Chile

Desde la recuperación democrática, los debates en torno a la sexualidad, léase formulación de una política sobre educación sexual en el currículo escolar, las campañas del CONASIDA<sup>6</sup>, Comisión Nacional del SIDA dependiente del Ministerio de Salud para la prevención del VIH/Sida, similares iniciativas emprendidas por organizaciones de la sociedad civil en el mismo tema que han consistido, entre otra, en la distribución de condones en balnearios de la V Región<sup>7</sup>, la despenalización de la sodomía y la tipificación de la violación conyugal, han desatado fuertes reacciones de parte de distintos sectores, en algunos casos relacionados con expresiones de grupos religiosos o políticos.

En algunas de estas temáticas los actores sociales se han enfrentado en el plano judicial: una de las primeras batallas que libraron organizaciones sociales fue para intentar impedir que las campañas públicas en materia sanitaria no fueran debilitadas por la censura impuesta por parte de algunos medios de comunicación<sup>8</sup>. En otros casos, los gobiernos locales han usado sus facultades sancionando y enviando a los tribunales de policía local a quienes ejecutaron las acciones de entrega de condones en sus balnearios en el marco de campañas preventivas de VIH/SIDA<sup>9</sup>. Ninguna de esas pugnas 'ideológicas', siguiendo a

<sup>6</sup> Entidad encargada de las políticas en salud pública en torno al SIDA y VIH.

<sup>7</sup> Véase el Informe Anual de Derechos Humanos 2002 y 2003, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, publicados en 2003 y 2004, respectivamente.

<sup>8</sup> En esta línea se inscribe la acción de protección interpuesta por personas de distintas organizaciones de la sociedad civil en contra de dos canales de televisión que se negaron a pasar los spots de prevención de VIH/SIDA del Ministerio de Salud (Castillo y otros con Corporación de Televisión de la Universidad Católica de Chile y Megavisión). Véase, Cabal, Lemaître, Roa, eds. *Cuerpo y Derecho*, Universidad de los Andes y Centro Legal para Derechos Reproductivos y Políticas Públicas, Temis, Bogotá, 2001, p. 136.

<sup>9</sup> Véase el Informe Anual de Derechos Humanos 2003, Op. cit.

Valdés y Guajardo, han provocado tantas manifestaciones de apoyo como de oposición, como la venta y distribución de la anticoncepción de emergencia.

Con esto no deseo afirmar que en el pasado no haya existido oposición a las políticas desarrolladas en materia de salud, específicamente en salud sexual y reproductiva; de hecho las campañas de CONASIDA han tenido su oposición, pero ninguno de los gobiernos había experimentado la disconformidad de un sector que condujera el debate de una manera tan frontal hasta los tribunales, especialmente para detener una política de salud<sup>10</sup>.

Por otra parte, los efectos y las consecuencias de la oposición en materia de campañas de prevención no son los mismos en uno y otro caso. Si bien dos canales de televisión no mostraron los spots publicitarios de la campaña oficial de CONASIDA, ello no significó que el Ministerio no pudiera desarrollar su labor educativa, y el hecho de que algunos monitores de organizaciones no gubernamentales fueron multados o amonestados por la entrega de condones, ellos realizaron su labor en otros balnearios de otras comunas sin dificultades.

Las consecuencias de la contienda judicial sobre el acceso a la anticoncepción de emergencia son amplias, ya que con las acciones judiciales se busca restringir el registro, la venta y distribución de un método para todas las mujeres del país. Ello sin descontar los efectos que podría tener en el acceso de otros métodos actualmente usados en Chile.

En el caso específico de la introducción de métodos de regulación de la fecundidad en Chile, las políticas públicas en salud reproductiva se implementaron con altos y bajos desde la década de los 60', las que estuvieron orientadas por objetivos sanitarios: reducir los abortos y la morbi y mortalidad materna por abortos clandestinos.

En la medida en que la implementación de acceso en forma masiva a la planificación familiar estaba precedida de objetivos 'técnicos' exentos de un lenguaje sobre los derechos de las personas a decidir por sí mismas cuándo ser madres o padres, y cuántos hijos deseaban tener, ello parece haber colaborado a aminorar la resistencia. El debate que surgió en la década de los sesenta en torno al control de la reproducción —y de alguna manera la sexualidad— pudo estar opacado por las consideraciones biomédicas<sup>11</sup>, ninguna de ellas exentas de relevancia dado el contexto sanitario: altos índices de abortos y muertes por esa causa.

Lo cierto, es que más allá de disquisiciones sobre la estrategia seguida, si es que la hubo, una política de salud que garantizó el uso de métodos anticonceptivos a la mayoría de la población del país constituyó un paso elemental para la autonomía reproductiva de las mujeres<sup>12</sup>. Si los roles asignados socialmente a cada sexo en el tiempo y espacio dependen de un conjunto de factores, el binomio "mujer—madre" era y

---

<sup>10</sup> Un ejemplo de confrontación judicial en materia sanitaria ha sido la que se ha desplegado desde colectivos de personas viviendo con VIH. En este caso se ha tratado de la impugnación de las políticas que definen el acceso a los retrovirales en el sistema público de salud. Estos casos se litigaron desde 1997 demandando acceso universal al tratamiento con retrovirales. En este sentido véase Alejandra Zúñiga, "El Interés Público del Derecho a la Vida", Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 14, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2000.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> En este sentido, la oferta anticonceptiva estaba restringida por las donaciones internacionales y no se presentaba una amplia gama de anticonceptivos hormonales. Con el tiempo esa situación ha variado, pero sin duda, los métodos ofrecidos se restringen a lo que los servicios de atención primaria solicitan al Ministerio de Salud, y lo que éste en definitiva adquiriera.

es parte de esa historia. El destino de las mujeres, salvo que la naturaleza no lo permitiera, era ser madre, serlo era (y es) un hecho socialmente esperado. En los sesenta las condiciones objetivas no permitían a las mujeres controlar esos aspectos de sus vidas, pues no existían técnicas masivas de regulación de la fecundidad que permitieran que éstas pudieran elegir ser madres o no.

De esta manera, sin la pretensión del lenguaje de los derechos, la planificación familiar se convirtió en un derecho irrestricto para todas las mujeres, con las limitaciones propias de un país en desarrollo y las falencias en la atención y servicios de planificación familiar<sup>13</sup>. Así, cualquier mujer tuvo plena libertad de usar o no los métodos anticonceptivos que ofrecían los servicios de salud, los centros de atención primaria o los que se dispensan directamente en las farmacias<sup>14</sup>. En la sociedad chilena, a diferencia de la experiencia de otros países no ha existido una política gubernamental que ejerza coerción o presión sobre las personas para regular la fecundidad<sup>15</sup>.

La situación de la anticoncepción de emergencia fue distinta, quizá con un rechazo más parecido a la experimentada por el dispositivo intrauterino, DIU, que hasta la fecha se usa masivamente en los servicios de salud. Los sectores contrarios a su introducción y uso no ganaron esa batalla. Cabe hacer notar que los tiempos de oposición al DIU no son los mismos, los aires que se respiran en la jerarquía eclesial nacional son distintos, pero también la existencia y promoción de una resistencia activa en contra de la anticoncepción desde el propio Vaticano.

Así la 'píldora del día después', con los aires del cambio, podría correr una suerte distinta al DIU. La utilización de métodos intrauterinos estaba técnica y masivamente instalada, no sería fácil sacarla de circulación; posiblemente no ocurriría lo mismo con un método que aparecía como nuevo y debía ser registrado en el país.

La posibilidad de utilizar anticoncepción de emergencia no surgió espontáneamente en Chile, ni siquiera a la luz del debate judicial en torno a Postinal. Ese proceso muestra cómo organizaciones de la sociedad civil inciden directamente en la formulación de políticas públicas, desde la evidencia médica, pero a su vez incorporando las opiniones de diversos sectores para que pudieran adoptar una decisión sobre la materia. El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva –ICMER– y particularmente algunos de sus profesionales<sup>16</sup>, inició la tarea de reflexión sobre la anticoncepción de emergencia; el conocimiento y masificación de su uso era una respuesta necesaria de la medicina para evitar los embarazos no deseados.

<sup>13</sup> Las políticas sanitarias estaban dirigidas en favor de todas las mujeres en edad reproductiva.

<sup>14</sup> Una cuestión distinta es la situación de técnicas de regulación de la fecundidad consideradas irreversibles. Así la esterilización femenina quedó regulada por una resolución de carácter administrativo del Ministerio de Salud, de 1975, donde se imponían requisitos para las personas que se sometieran a ella. La esterilización en tanto un acto médico no tenía en su origen la voluntad de la solicitante, sino las consideraciones médicas de quien finalmente autorizaba. Sólo la alta paridad, es decir una gran prole, constituía un hecho objetivo, que los profesionales no podrían soslayar en su decisión.

<sup>15</sup> Con todo, una reciente investigación sobre los servicios de salud en materia de reproducción indicaría que las mujeres viviendo con VIH son presionadas por los profesionales que las atienden a utilizar métodos anticonceptivos y de prevención de VIH. El uso de los primeros está relacionado con evitar el embarazo de mujeres cuya salud, vida y prole puede estar expuesta al contagio. Véase Vidal, Francisco; Carrasco, Marina, y Pascal, Rodrigo: "Mujeres Chilenas viviendo con VIH/Sida: ¿Derechos sexuales y reproductivos?", Universidad Arcis, FLACSO y Vivo Positivo, Santiago, 2004.

<sup>16</sup> En este sentido, el rol de la Dra. Soledad Díaz y la matrona Verónica Schiappacasse resultan gravitantes. Posteriormente se suman otras personas, incluyendo el Dr. Croxatto quien junto a un equipo desarrolla más investigaciones en el campo científico para dilucidar las preguntas que surgían del debate judicial.

El interés de esta institución por contar con un método de conocimiento público, y en especial de las mujeres, radica en la necesidad de tener una herramienta más para evitar embarazos en un país cuya legislación no permite el aborto bajo ninguna circunstancia. La píldora llenaba una necesidad evidente en los casos de agresión sexual.

Esta institución inició un proceso de estudio sobre la aceptabilidad del método entre proveedores de salud, decisores –autoridades del Poder Legislativo, mandos medios en las reparticiones de salud, el Servicio Nacional de la Mujer y el Ministerio de Justicia, incluyendo los laboratorios. Entre proveedores y usuarias el estudio mostró gran aceptabilidad de parte de los entrevistados. Entre los decisores si bien hubo interés, al momento de las definiciones sobre modificaciones e integración del método a las políticas públicas, todos fueron más cautos, salvo algunas Diputadas.

Para los decisores la introducción de la AE exigía la formulación de ‘normas técnicas’, una expresión de la *lex artis* en materia de salud. Si bien las existentes estaban y están técnicamente obsoletas<sup>17</sup>, la posibilidad de modificarlas requería un gran esfuerzo de los equipos técnicos en el Ministerio de Salud, los que a su vez debían contar con la voluntad política de los jefes de la cartera. Ante esta situación, un equipo del ICMER elaboró un protocolo de atención para víctimas de agresión sexual en la prevención de embarazos no deseados y de infecciones de transmisión sexual, el que fue difundido entre los mismos actores que podrían incidir en la elaboración o adopción de éste.

Solo una institución comentó el protocolo, la que finalmente adoptó las ideas matrices contenidas en él<sup>18</sup>. El trabajo de discutir la protocolización del uso de la píldora en caso de violación, también había prendido entre equipos profesionales que trabajaban con niñas agredidas sexualmente. Diversos profesionales elaboraron una Guía Clínica en la Detección y Tratamiento para las Víctimas de Agresión Sexual, documento que fue adoptado por el Ministerio de Salud en 1998 y que incluyó explícitamente el uso de la píldora en caso de niñas que pudieran quedar embarazadas.

A fines de 1998 el Manual para Servicios de Urgencia para el Diagnóstico y Tratamiento para Víctimas de Agresión Sexual fue objeto de censura, su distribución se paralizó a fin de insertar una fe de erratas en que se informa a los profesionales de salud que desconocieran la indicación de AE. A pesar de los reclamos la política y la Guía clínica no se modificó<sup>19</sup>.

No hubo cambios a la política gubernamental en esta materia, sin perjuicio del rol que jugó la Ministra Michelle Bachelet durante la polémica judicial. Así la incorporación de la píldora en documentos oficiales no fue repuesta sino hasta abril del año 2004 cuando se publicó la nueva norma sobre tratamiento a las víctimas de violencia sexual<sup>20</sup>.

La Guía Clínica establece un tratamiento integral a la víctima de agresión sexual en los servicios de salud, incorpora no sólo elementos sobre situaciones relativas a cuestiones médicas sino también el

---

<sup>17</sup> El Ministerio de Salud cuenta con normas técnicas contenidas en el documento sobre “Paternidad Responsable” editado en 1993. Las nuevas normas están en proceso de edición para su publicación.

<sup>18</sup> Centro de Atención a Víctimas de Agresión Sexual, CAVAS, organismo dependiente de la Policía de Investigaciones.

<sup>19</sup> Este hecho significó reparos del Comité a cargo del seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer en junio de 1999.

<sup>20</sup> Ministerio de Salud, Normas y Guía Clínica para la Atención en los servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual, Santiago, abril de 2004.

abordaje de las pericias en estos casos. En materia de salud, la guía indica las conductas clínicas que el personal de salud debe seguir, tales como la provisión de antibióticos para la prevención de infecciones de transmisión sexual, la anticoncepción de emergencia para el riesgo de embarazo y una evaluación para el uso de triterapia en única dosis para prevención de VIH/SIDA<sup>21</sup>. Se incorporó además una provisión expresa para el personal de salud cuyas convicciones religiosas puedan colisionar con el uso de la anticoncepción de emergencia, indicando en esos casos que los profesionales deben evitar atender a víctimas<sup>22</sup>, derivando a la mujer o niña a otro profesional, si ello fuera posible.

El año 2004, por primera vez el Ministerio de Salud comprometió en su presupuesto la adquisición de una partida de dosis de anticoncepción de emergencia para ser entregada en los servicios de urgencia y los consultorios de atención primaria que atendieran a víctimas de violación. La medida que es parte de la política y protocolo en el tratamiento de víctimas de violencia sexual encontró resistencia en algunos alcaldes para dar cumplimiento a normas técnicas y provisión de medicamentos a las usuarias de menores ingresos. El Ministerio de Salud determinó no abrir sumarios administrativos a los alcaldes que invocaron sus convicciones apelando a la objeción de conciencia para evadir el cumplimiento de la obligación de proveer servicios de salud en esta materia a toda la población<sup>23</sup>.

En otras comunas los alcaldes cambiaron el sentido del protocolo, exigiendo de parte de la mujer solicitante una denuncia concreta por violación. Este requisito impuesto localmente no está señalado en el protocolo de atención, vulnerando derechos básicos de autonomía de parte de la víctima o usuaria. La facultad que tiene una mujer de proceder e iniciar un caso por violación está especialmente prevista en la ley procesal penal y la mujer no está obligada a mantener una acusación. Más aún, la mujer, en situaciones como esas puede pensar y tomarse un tiempo antes de hacer la denuncia. Pero será su prerrogativa iniciar el camino de la persecución penal, salvo que sea una menor de 14 años según la actual legislación. Sin embargo, el tiempo es crucial en la ingestión del anticonceptivo de emergencia. Más aún, el Ministerio Público, representando los intereses del Estado, puede incluso no perseverar en la acusación. Entonces, la pregunta que surge es por qué una alcaldesa como Jacqueline Van Rysselberghe determina que las mujeres en la comuna de Concepción deben materializar la denuncia antes de acceder gratuitamente al medicamento.

La conducta de la alcaldesa pareciera mostrar rechazo a la posibilidad de uso masivo o 'frívolo' de la píldora, pero en todo caso su actuación se asemeja a lo que pasó en materia de esterilización voluntaria después de que se dictara la primera norma en la materia. La Resolución 003 de 1975 establecía una serie de requisitos que debían darse para que la solicitud de esterilización de una mujer se aprobara, todas ellas de orden médico. Sin embargo, la práctica de los servicios impuso que la solicitud debía estar acompañada del consentimiento de la pareja de la mujer, lo cual le daba al hombre un poder de veto sobre las decisiones de salud de ésta. Sería riesgoso que la práctica de una comuna se extendiera a otras bajo pretexto de evitar el consumo de la píldora por razones intrascendentes.

<sup>21</sup> Ermy Araya, "Píldora del día después a consultorios", *La Nación*, 13 de abril de 2004, p. 7.

<sup>22</sup> Normas y Guía Clínica, p. 29.

<sup>23</sup> Víctor Hugo Durán, "Municipios: No entregar la píldora queda sin sanciones", *El Mercurio*, 27 de mayo de 2004, C1 y Víctor Hugo Durán, "Alcaldes rebeldes le doblan la mano a Salud", *El Mercurio*, 27 de mayo de 2004, C9.

Cualesquiera que sean las razones de una mujer, es una decisión que radica en su derecho a la autodeterminación, la que no podría ser coartada por un político, quien no está en condiciones de imponer sus objeciones personales, cuestión que tampoco puede hacer un profesional de la salud. Este último puede invocar sus objeciones de conciencia para entregar o dispensar el método, sin desconocer o poner en peligro los derechos que tienen las personas a un servicio de salud adecuado, de calidad y oportuno.

Es de suponer que ante una mayor claridad en el plano judicial, la autoridad debiera instar por iniciar sumarios administrativos a los alcaldes que objetan las normas técnicas sanitarias. De otra manera, el Ministerio permite *de facto* establecer un precedente en áreas sensibles en materia de salud sexual y reproductiva<sup>24</sup>.

## II. La batalla judicial y el reconocimiento de las mujeres en los procesos judiciales

El año 2001 se inició con el enfrentamiento abierto entre gobierno y organizaciones y sectores políticos que se oponían al cambio de regulación en materia de esterilización voluntaria, la que está centrada en los derechos, necesidades y voluntad de las personas en materia de reproducción<sup>25</sup>. A las pocas semanas, le siguió una controversia sin tregua hasta la fecha, frente a la utilización de nuevos medicamentos anticonceptivos que aparecían en el mercado<sup>26</sup>. En marzo de ese año, detractores de la anticoncepción de emergencia lanzaron una seguidilla de acciones de protección en contra del Instituto de Salud Pública y el Ministerio de Salud por haber autorizado el registro sanitario de Postinal del laboratorio Silesia<sup>27</sup>.

A la aprobación de un segundo fármaco, casi en forma coetánea con la decisión de la Corte Suprema respecto de Postinal, no se entabló un nuevo recurso de protección. No obstante, los recurrentes, solicitaron al pleno de Corte Suprema que en virtud del fallo en contra de Postinal se dejara sin efecto la segunda autorización para Postinor-2. La solicitud remitida a la sala de la Corte de Apelaciones resolvió que sólo afectaba a Postinal, cuestión que la Corte Suprema reafirmó a fines de 2001. El razonamiento fue que el segundo laboratorio nunca fue parte de un proceso judicial, por lo cual no se podía hacer extensibles los efectos de ese fallo.

Previendo tal resultado, los demandantes iniciaron una serie de acciones judiciales y administrativas. Hicieron una presentación ante la Contraloría General de la República e iniciaron un juicio por la ley de protección al consumidor, el que posteriormente abandonaron. La Contraloría señaló en su dictamen N° 36.758 del 10 de octubre de 2001 que no se había producido ilegalidad alguna en la tramitación y aprobación de registro del fármaco Postinor-2, declarando que la función del Instituto de Salud Pública

---

<sup>24</sup> Una de las áreas sensibles es la atención a adolescentes en materia de regulación de la fecundidad. En este ámbito la experiencia muestra que el acceso a los servicios de salud está expuesto a arbitrariedades de parte de los profesionales de salud, pero también de las autoridades locales.

<sup>25</sup> Véase el recuento histórico de la primera parte de ese proceso en Casas, Lidia, *Del control a la autonomía*, Informe de Investigación N° 18, Año 6, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, junio 2004.

<sup>26</sup> En la medida en que la AE como método anticonceptivo puede ser usado.

<sup>27</sup> Casas, op. cit.

es autorizar la circulación de medicamentos, y que para revertirla se requiere de otra sentencia judicial que declare lo contrario a través de nuevos recursos.

Poco más de un año después de ese dictamen una de las organizaciones entabló una nueva demanda. Esta vez a través de un juicio ordinario de nulidad de derecho público en que se solicitó dejar sin efecto el registro farmacéutico en contra de Postinor 2<sup>28</sup>. El razonamiento de la demanda se centra en la decisión de la Corte Suprema, es decir, habiendo declarado la Corte que existía un efecto abortivo, y que ello era contrario a la Constitución, entonces el Instituto de Salud Pública no podría autorizar tal producto.

Esta es una lógica circular de razonamiento por dos razones: la Corte resolvió el recurso de protección sin un análisis de evidencia, pues en rigor la acción de protección procede respecto de derechos indubitados y no puede entrar a conocer materias sobre las que habría que rendir prueba. Entonces, si no conoció el fondo material de lo que se discutía, tampoco podría haber un planteamiento judicial definitivo sobre la materia. En segundo lugar, en materia de acciones de protección, se produce una cosa juzgada de carácter formal, pues las decisiones son dictadas sin perjuicio de las acciones que procedan para establecer derechos definitivos. Entonces utilizar la vía proteccional para lograr un precedente no es más que una forma de constituir la propia prueba. Esa también constituye una forma de estrategia de litigio.

La demanda de nulidad de fines de 2002 no cambió substancialmente los argumentos presentados en sede proteccional. De hecho, acompañaron los mismos antecedentes que en marzo de 2001, adjuntaron como material probatorio hasta las columnas y opiniones aparecidas en El Mercurio. Lo sustantivo era la alegación de que la píldora del día después podía tener un efecto que impida la implantación de un huevo fecundado, produciendo, desde el punto de vista de la demandante, un aborto. Como el aborto está prohibido por la legislación y la Constitución protege la vida del no nacido, de allí se seguiría que la píldora debiera estar prohibida.

A partir de ese momento, se dio paso a una discusión sobre el fondo, es decir sobre los efectos de la píldora, particularmente en el endometrio, y de una manera menos evidente, sobre los derechos de las mujeres en este proceso. Estos derechos son la autodeterminación de las mujeres en materia reproductiva y el derecho a proteger la vida y la salud de las mujeres para evitar embarazos no deseados y gozar del avance científico.

Cabe hacer notar que en el proceso judicial del año 2001, los Ministros de la Corte de Apelaciones no aceptaron que las mujeres u organizaciones de mujeres o del ámbito biomédico pudieran hacerse parte. Las solicitudes de convertirse en intervinientes fue rechazada con un escueto “no ha lugar” respecto de cada uno de ellos, sin que la Corte entregara ningún argumento para rechazar la solicitud. Todo esto en un proceso que ante los ojos de la opinión pública y la ciudadanía era un claro ejemplo de interés público<sup>29</sup>.

Si el aforismo es ‘que los jueces hablan a través de sus sentencias’, ello no se produjo. Ocurrió lo mismo que en el año 2001 con las solicitudes de ser parte. A pesar de la expresa petición en la reposición

<sup>28</sup> “Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública”, Rol N° 5839-02, 20° Juzgado Civil de Santiago.

<sup>29</sup> En efecto, la resolución judicial en el caso del primer proceso judicial en contra de la píldora en el año 2001 se dio a conocer el mismo día de los alegatos, por lo cual cualquier reposición era virtualmente inoficiosa. Véase Casas, op. cit.

de que la jueza expresara los motivos, consideraciones de hecho y derecho para resolver, ésta mantuvo silencio y también su negativa para aceptar a los terceros. Esa fue la suerte que corrieron todos los terceros que intentaron hacer valer sus pretensiones<sup>30</sup>.

La Corte de Apelaciones en un fallo dividido acogió la solicitud de un grupo de terceros señalando que este caso podría significar decidir sobre intereses colectivos:

“a partir de la regulación de las formas de hacer valer derechos o postular acciones y no de una concepción más amplia como la de entender que el derecho de acción constitucionalmente reconocido consiste en disponer tutela judicial efectiva, esto es una complejidad que también comprende la defensa de intereses colectivos o difusos como podrían ser los que en estos autos son objeto del pleito –y que hasta ahora carecen de regulación expresa de carácter general– no es posible repeler [la] intervención [de los solicitantes]”.<sup>31</sup>

La Corte además reconoce en su fallo que este caso involucra derechos concretos y no meras expectativas, como señaló la demandante en estrados. Si las mujeres podían comprar la píldora en las farmacias, tenían un derecho adquirido, revocar el registro sería quitarle aquello que utilizan como método para evitar la concepción:

“En efecto, en concepto de esta Corte es incuestionable que a resultas de la autorización de la autoridad sanitaria dada para la comercialización del fármaco Postinor 2 formalmente surgió la posibilidad de utilizar dicha sustancia, por lo cual no puede menos entenderse como inconcusos el interés jurídico actual en el resultado de la acción de nulidad de derecho público formulada con la pretensión de poner término a la referida autorización”.<sup>32</sup>

En el caso de las mujeres representadas por la Clínica de Acciones de Interés Público de la Universidad Diego Portales, ellas nunca obtuvieron un pronunciamiento oportuno de la Corte. Por su parte, la organización juvenil AGES en forma permanente rechazó toda alegación de que las mujeres tuvieran algún interés o derecho comprometido, al punto de solicitar tiempo para alegar en la Corte para resistir la intervención judicial, sosteniendo que ni las organizaciones ni las mujeres tienen un interés jurídico relevante en este juicio ni derechos dignos de protección. Como sabemos, en el litigio todo vale.

A las pocas semanas que el Ministerio de Salud diera a conocer el nuevo protocolo de atención a víctimas de violencia sexual, la jueza de primera instancia resolvió a favor de la demandante. En un fallo del 29 de junio de 2004, el tribunal resolvió dejar sin efecto el registro farmacéutico de Postinor 2; la decisión postula que aun cuando no se pudiera establecer la existencia o certeza de un efecto antiimplantatorio de la píldora del día después, la labor jurisdiccional debía estar comprometida con la protección de los derechos garantizados en la Constitución.

---

<sup>30</sup> La Clínica de Acciones de Interés Público del Programa de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales también presentó la solicitud de tres usuarias del método, petición que se sumó a la de las organizaciones de mujeres, del ámbito biomédico y de tres mujeres.

<sup>31</sup> El fallo fue pronunciado el 15 de septiembre de 2003 por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, integrada los Ministros Haroldo Brito, Víctor Montiglio y el abogado integrante Claudio Díaz.

<sup>32</sup> *Ibid.*

La cuestión central en este juicio no fueron los derechos de las mujeres, de allí que tampoco se evaluarán las implicancias, pues el énfasis estuvo puesto en esclarecer una cuestión fáctica: es la píldora o no abortiva, cuáles serían las normas transgredidas de existir el efecto y si sería sancionable con nulidad un acto de la administración de probarse la alegación.

La jueza explicita que su decisión está exenta de cualquier consideración religiosa, moral o política. Ello parece indicar que la aplicación de normas es una acción mecánica, y que las normas tienen una existencia trascendental carente de toda referencia o implicancias políticas, sociales o culturales de la realidad que las informa. Su actuación precisamente diría que informa lo contrario. El proceso judicial se aceleró precisamente una vez que se conoció públicamente el protocolo del Ministerio de Salud, al punto que la que suscribe es de la opinión que ni siquiera pudo estudiar detenidamente el proceso, que acumuló más de 1500 fojas; el fallo muestra la falta de prolijidad<sup>33</sup>. Sobre las consideraciones, la jueza expresó:

*“NOVENO: Que, antes de circunscribir los hechos materia de autos, es menester dejar claramente establecido, que los hechos que han sido sometido a conocimiento de este Tribunal y sobre los cuales éste tendrá que decidir, se circunscribirán únicamente a la controversia jurisdiccional, esto es, la Nulidad de Derecho Público, situación a la que se abocará esta sentenciadora prescindiendo de cualquier convicción de tipo religioso o contingente y una vez analizados con respecto al mérito de los antecedentes y probanzas rendidas, y habiendo adquirido la convicción o convencimiento sobre el hecho controvertido, aplicará el derecho a la situación prevista”. (el énfasis de la autora)*

El segundo punto de prueba de este proceso, recordemos, un juicio de nulidad de derecho público, es si el fármaco Postinor-2 “atenta la vida del que está por nacer”, cuestión que es expuesta en el Considerando 20, el que señala al efecto;

*“VIGÉSIMO: Que, para dar una solución al caso de marras, resultará indispensable determinar desde cuándo se protege la vida del que está por nacer; el momento de la concepción y fecundación; como también época en que se produce la implantación; efectos del referido producto sobre los gametos femeninos y masculinos; sobre el cigoto y embrión, entre otros alcances, y para ello las probanzas rendidas por las partes y en especial el informe pericial decretado como medida para mejor resolver, serán pruebas concluyentes para que este Tribunal adquiera una convicción respecto de hechos científicos para poder aplicar sobre dicha convicción los parámetros legales y constitucionales y el restablecimiento consecuente, si así fuere del caso a fin de obtener un control sobre la juridicidad de las normas de derecho”.*

El fallo guardó silencio sobre los derechos o pretensiones de los terceros, éstos ni siquiera fueron identificados correctamente en la sentencia. De acuerdo, a lo reseñado en el Considerando 20º del fallo, el tribunal se abocó exclusivamente a presentar, en forma segmentada y fuera de todo contexto, lo que supuestamente señalaban los informes periciales ordenados, señalando conclusiones a las que no arriban

<sup>33</sup> Los últimos informes periciales ordenados tiene fecha estampada a mediados de junio y el plazo para recepcionar todos los informes vencía el 30 de junio de 2004. No alcanzaron a informar todos los peritos que ella misma nombró. A esa fecha, la sentencia ya estaba dictada y notificada.

los peritos<sup>34</sup>. La mayoría de los informes evacuados por los peritos nombrados por el tribunal indican que la literatura científica revisada sugiere que no existe tal efecto y sólo un perito de los nombrados expresó una opinión distinta.

Respecto de la nulidad de derecho público y la transgresión a las normas a que daría lugar ésta, el fallo se remitió a repetir lo que había decidido la Corte Suprema sobre el tema en el año 2001, no se pronunció sobre lo informado por la Contraloría y casi en forma mecánica invocó la Convención Americana, entendiéndose que su principal labor era aplicar las normas de interpretación contenidas en el Código Civil:

*“CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, atendido a que en la ciencia médica no existe consenso sobre los efectos abortivos del principio activo del Postinor-2, esto es, el Levonorgestrel 0,75 mg; este sentenciador deberá atenerse al sistema de prueba legal tasada, que establece nuestra legislación y en especial las normas sobre interpretación de la ley, que estatuye el artículo 19 y siguientes del Código Civil. En este sentido, nuestro legislador es preciso en señalar que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Por su parte, el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, establece que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.*

Sin embargo, el problema que enfrenta la sentenciadora es que la legislación no define cuándo se inicia el momento de la concepción y como la ley no hizo distinciones entre concepción e implantación, procede la protección jurisdiccional desde la concepción. Esta interpretación se ajustaría, según la sentenciadora, con lo dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido, los escritos de apelación presentados en esta causa demuestran cómo el fallo no expresa las conclusiones a las que arriban los peritos nombrados por el propio tribunal y que los pasajes escogidos por la jueza no sólo no demuestran lo que ella afirma, sino que en diversas ocasiones, los peritos se refieren a los anticonceptivos regulares o a otras materias distintas a la píldora en cuestión. He querido ilustrar este hecho, porque para ella era de trascendencia establecer los mecanismos de acción y resolver la cuestión debatida: El Considerando 29º reseña conclusiones que no son efectivas. Se afirma: «Para los anticonceptivos orales que contienen asociaciones de estrógenos (como el Etinilestradiol) y progestágenos (como Levonorgestrel) se dice que actúan previniendo la ovulación y para aquellos que sólo contienen progestágenos, se mencionan tres posibilidades de acción. Estos tres posibles mecanismos son el bloqueo de la ovulación, el engrosamiento del mucus cervical lo que disminuye la llegada de los espermios hasta el óvulo, y alteraciones en el endometrio que impiden la implantación del huevo». En este sentido, la perito Q.F. Inés Elisa Ruiz Álvarez se refiere a los mecanismos de acción de la anticoncepción de uso regular. El fallo no señala lo que la perito informa en el mismo párrafo y en el párrafo siguiente, de que existe **“evidencia contradictoria en la literatura sobre la capacidad del levonorgestrel de alterar la implantación del huevo”** tal como se expresa a fojas 1395 del expediente. En su informe sobre mecanismos de acción del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia, concluye que “en algunos estudios se han encontrado alteraciones menores en el endometrio, pero insuficiente para asegurar que el LNG altera la receptividad del endometrio o impide la implantación del óvulo fecundado. Por otra parte, el LNG usado como anticonceptivo de emergencia no interrumpe un embarazo establecido, es decir, cuando ya ha comenzado la implantación, lo que sería evidencia contraria a la postulación de que su capacidad anticonceptiva se relaciona con la alteración de la anidación”. El énfasis es de la autora, Informe de la perito Q.F. Inés Elisa Ruiz Álvarez, fojas 1396 del expediente. Hay muchos otros pasajes de similares características.

<sup>35</sup> “CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, según el artículo 75 y 76 del Código Civil, la protección que debe dar el Juez de la causa se inicia a partir del momento de la concepción; sin que en el segundo de estos artículos establezca cálculo o tiempo que deba descontarse, sin hacer mención al momento de la anidación o implantación del huevo ya fecundado. Que, las normas legales citadas, se encuentran ajustadas a lo ordenado por el artículo 4º de la Convención Americana de los Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José de Costa Rica; por cuanto, ella ordena que la protección legal que deben dar los Estados partes, de dicha Convención, es desde el momento de la concepción; norma que por lo demás tiene rango Constitucional y Supranacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental”.

Hay varios problemas con esta forma de analizar las normas. En primer término, utiliza herramientas hermenéuticas del derecho civil, haciéndolas extensivas a normas internacionales de derechos humanos. Ello desconoce que los tratados internacionales tienen sus propias reglas que colaboran a darle una interpretación armónica con el conjunto de disposiciones que tiene un tratado. En efecto, es aplicable en esta materia la Convención de Viena sobre Interpretación de los Tratados, desconociendo además las herramientas interpretativas que la misma Convención Americana contenidas en su artículo 29. Ello obligaba a la sentenciadora a mirar el conjunto de derechos involucrados y a adoptar una interpretación armónica y no aislada del artículo 4.1.

El Artículo 4.1 del Pacto de San José establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente”.

La norma recién citada debiera, en primer lugar, interpretarse de acuerdo al tenor literal de cada uno de los términos que allí se emplean y la relación de coherencia que entre unos y otros existe, de acuerdo a lo señalado en el Art. 31 de la Convención de Viena o Derecho de Interpretación de los Tratados, considerando el objeto y fin de la disposición<sup>36</sup>.

En la disposición la expresión ‘general’ ha sido utilizada previendo la posibilidad de salvaguardar situaciones que constituyen excepciones a una protección absoluta al derecho a la vida, sin que por ello sean contrarias al marco establecido por dicha Convención. Mas aún, si los redactores de esta disposición hubieran querido consagrar una protección absoluta del derecho a la vida del que está por nacer, jamás habrían incluido la voz ‘en general’.

Los trabajos preparatorios que antecedieron a la redacción de dicho artículo reafirman la interpretación sostenida en el párrafo anterior. El origen de esta disposición se remonta al borrador de 1959, que establecía, “este derecho [a la vida] estará protegido por la ley desde el momento de la concepción”. Luego de 1965, se solicitó a la Comisión Interamericana sus comentarios sobre el borrador, agregándose en esa oportunidad la expresión “en general, desde el momento de la concepción”. Esas palabras fueron incluidas, sin duda, en orden a evitar que la Convención constituyera una prohibición absoluta del aborto. En un nuevo examen en julio de 1968, la Comisión estimó “fundamental” mantener la frase adicional (“en general”), por “razones de principios” y por recomendación del Consejo de la Organización de Estados Americanos. Por último, durante las deliberaciones finales sobre la Convención Americana, en San José de Costa Rica, la mayoría de las delegaciones estuvieron de acuerdo en que, aunque la frase resultaba vaga, quedaba sujeta a interpretaciones futuras, y dejaba abierta a los Estados partes la posibilidad de que sus legislaciones internas pudiesen contemplar “los más diversos casos de aborto”.

Montiel Argüello<sup>37</sup>, ha señalado que se advierten implicancias sustancialmente diferentes de usar la expresión “en general, desde el momento de la concepción” a cláusula más corta “desde el momento de la concepción”. Ésta última es la que utiliza la sentenciadora.

<sup>36</sup> De acuerdo la Convención de Viena que en el artículo 31.1 dispone que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

<sup>37</sup> Alejandro Montiel Argüello, *El Derecho a la vida y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Rafael Nieto, ed. San José de Costa Rica, 1994.

Esta forma de interpretar la obligación contenida en el artículo 41.1 de la Convención fue confirmada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N.º 23/81, en el caso llamado “*Baby Boy*”<sup>38</sup> en contra de Estados Unidos. La Comisión explica el sentido y alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana, para lo cual sostuvo que la historia del sentido y alcance del derecho a la vida fue discutido luego de una primera elaboración dada por el Proyecto del Comité Jurídico en que se otorgaba un sentido absoluto al derecho a la vida. Ello fue expresamente modificado y lo explica en los siguientes términos en el Considerando 19 letra e):

“En relación con el derecho a la vida, la definición dada en el Proyecto del Comité Jurídico era incompatible con las leyes que rigen la penal capital y el aborto en la mayoría de los Estados americanos. En efecto, la aceptación de este concepto absoluto –el derecho a la vida desde la concepción– habría implicado la derogación de los artículos de los códigos penales que regían en 1948 en muchos países, porque dichos artículos excluían la sanción penal por el crimen de aborto si se le ejecutaba en uno o más de los siguientes casos: A) cuando es necesario para salvar la vida de la madre; B) para interrumpir la gravidez de una víctima de estupro; C) para proteger el honor de una mujer honrada; B) [sic] para prevenir la transmisión al feto de una enfermedad hereditaria o contagiosa y, E) por angustia económica”. [el énfasis es de la autora]

La Comisión declaró en el Considerando 30 que:

“[o] queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada en la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto del derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Convención Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son sustancialmente diferentes de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios”.<sup>39</sup>

Todo lo cual indica que a la luz de las deliberaciones que rodearon el origen de esta particular frase, parece seguro concluir que el derecho no establece una prohibición absoluta al aborto.

En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que las leyes y políticas norteamericanas que permitían el aborto no violaban los derechos humanos protegidos por la Convención. De ello se desprende que, si la Convención Americana no implica una prohibición absoluta del aborto, entonces con menor razón podría invocarse esta disposición para argumentar la ilegalidad de un método anticonceptivo de emergencia. Ninguno de los elementos aquí reseñados fueron siquiera evaluados por la sentenciadora.

Por último, el propio texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece normas especiales de interpretación en su artículo 29, que dispone:

---

<sup>38</sup> White and Potter v. Estados Unidos, Caso 2141, Resolución 23/81, 6 de marzo de 1981.

<sup>39</sup> Considerando 30, White and Potter v. Estados Unidos.

“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (...)”

La norma transcrita consagra como herramienta hermenéutica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el principio ‘pro persona’, cual es, la obligación de interpretar los derechos consagrados en la Convención del modo más favorable a las personas, y las limitaciones a dichos derechos del modo más restrictivo posible. Si existe una supuesta colisión entre derecho a la vida de los concebidos y los derechos de las mujeres, según esta disposición se debe elegir aquella interpretación de manera de no restringir, limitar o anular el goce y ejercicio de los derechos consagrados en el propio pacto. En esta materia, aparece manifiesto no sólo el derecho a la autodeterminación, el derecho a la vida privada establecida en el Art. 11.2, sino también el derecho de la seguridad de la persona, que conlleva obligaciones que van más allá de la privación de la vida, como usualmente se hace.

En materia del reconocimiento y protección a la vida privada<sup>40</sup>, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que «(e)l derecho a la intimidad garantiza una esfera que nadie puede invadir, un campo de actividad que es absolutamente propio de cada individuo.»<sup>41</sup>

De tal manera, que era necesario que el tribunal considerara todos los elementos normativos debatidos en esta litis, pues el derecho a la vida privada incluye el campo de decisiones que las personas adoptan en relación a la vida sexual y reproductiva, en particular, cuando las mujeres deciden el tipo de método de regulación de la fecundidad que utilizarán.

La Convención Americana también dispone que no sólo las disposiciones de esa Convención deban ser interpretadas en forma sistemática, sino también otros tratados internacionales de derechos humanos que sean aplicables, así el artículo 29 letra d) dispone que no se podrá:

“(d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Una interpretación armónica del artículo 4.1 debió haber llevado a la sentenciadora a considerar la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres –en adelante Convención de la Mujer– que en forma particular consagra los derechos humanos de las mujeres en materia de regulación de la fecundidad.

El Artículo 16.1 letra e) de dicha convención dispone que:

“Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a

<sup>40</sup> El artículo 11.2 de la Convención dispone “Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

<sup>41</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1996, Caso X e Y contra Argentina, Informe 38/96, párrafo 91.

decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

Una interpretación armónica del derecho a la intimidad en el ámbito de decisiones de la vida sexual y reproductiva de las personas incorpora la disposición ya señalada sobre el derecho a decidir si tener o no hijos, cuántos y el espaciamiento de la nacimientos. Para ello, el Estado debe hacer accesible información, educación y diversos medios, como los métodos anticonceptivos, que permitan a las mujeres el ejercicio de este derecho<sup>42</sup>.

Como se reseña, la labor de la jueza iba algo más allá que mirar una disposición aislada, sino que mirar el conjunto de derechos involucrados. En todo caso, ella parece haber sido de la opinión que tomar ese camino podría significar apartarse del camino que se trazó de resolver la litis prescindiendo de cualquier convicción de tipo religioso o contingente.

Por último, así como el tribunal hace una interpretación mecánica del artículo 4.1 de la Convención Americana, incurre en el mismo error al analizar el 19 N° 1 de la Constitución Política, desatendiendo el propio tenor de la disposición que entrega la protección del nonato a la ley. No existe una equivalencia semántica entre el verbo rector *proteger y prohibir*. El mandato de protección al que está llamada la ley implica gradualidad, pueden existir algunas formas de protección más extensas o más o menos eficaces que otras<sup>43</sup>. De esta manera, la existencia de un discutible efecto anti-implantatorio es un riesgo que sería materia privativa del Estado regulador a través de la legislación.

Una argumentación que hizo valer el demandante en este juicio, al igual que lo hiciera en el proceso de protección en el año 2001, fue invocar una interpretación *pro-embrión*, que otros autores han denominado *pro-vida*<sup>44</sup>, que se manifestaría en un Dictamen de la Contraloría General de la República N° 25.403 de 1995. Este se refiere a la otorgación de una pensión bajo la Ley 19.123, de reparación a las víctimas de violaciones a los derechos humanos durante la dictadura. En este caso una mujer embarazada fue detenida y torturada, lo que provocó un aborto. Si bien la Contraloría otorgó la pensión, a instancia de la Comisión de Verdad y Reconciliación, ello no se hizo en consideración a otorgarle condición de persona al no nacido, sino con el sentido de reparar una injusticia: el sufrimiento y daño a la mujer<sup>45</sup>. La

<sup>42</sup> Este derecho está además reafirmado por lo dispuesto en el artículo 12.1 de dicha Convención:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

<sup>43</sup> Rodolfo Figueroa, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, sin publicar.

<sup>44</sup> En este sentido véase: “El fallo por la vida”, Jorge Reyes Zapata, Revista de Derecho N° 5, Facultad de Derecho, Universidad Finnis Terrae, pp. 415-431.

<sup>45</sup> El profesor de Derecho Constitucional Gastón Gómez, quien trabajó en la Comisión de verdad y Reconciliación, señaló a esta autora haber estado en desacuerdo con la medida adoptada. Comunicación personal, noviembre de 2004. Esta opinión es similar a la que manifiesta el profesor Lucas Sierra, integrante de la Comisión Valech sobre Prisión Política y Tortura, quien sostuvo que aun compartiendo el profundo rechazo por la inhumanidad que envuelven los casos de mujeres gestantes que sufrieron graves torturas durante el embarazo, no puede considerarse que la vida intrauterina está comprendida en la voz personas, por lo cual escapaba el ámbito del mandato de la Comisión reparar a quienes estaban dentro de los vientres de sus madres al momento de la tortura. Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, Capítulo I, Santiago, Noviembre de 2004, p. 82.

pérdida de ese hijo, por acción de los agentes del Estado, implica reconocer el daño que se le ha provocado a ella y que el Estado debe reparar. Hacer una lectura parcial de este Dictamen es evadir que la mujer y el hijo que llevaba en su seno son una sola indivisión. La tortura sobre su cuerpo produjo el aborto, y en consecuencia, la pérdida.

El 10 de diciembre de 2004, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y mantuvo firme la autorización de la venta de la píldora. En el fallo, la Corte en el considerando 16° señaló que:

“el derecho constituye un instrumento limitado, que solo 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.[°]

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”.<sup>46</sup>

La Corte señala que, al no existir certeza científica respecto de los efectos de la píldora en cuestión, no puede declararse que sea abortiva y por tanto ser prohibida. Sin embargo, si bien la Corte determinó que no puede arbitrar la ciencia, ni la religión ni la filosofía, estaba en condiciones de señalar que de los antecedentes aportados en primera instancia había una cuestión de meridiana claridad, a saber, que una mayoría de peritos nombrados por la jueza se inclinaron por señalar que no existía tal efecto.

También pudo haber adelantado un juicio sobre los derechos en juego. Prefirió guardar silencio. No hay ninguna consideración sobre el derecho a la autonomía de las mujeres en juego, lo cual podría explicarse en atención a que la Corte considera, más allá de lo señalado en el considerando antes transcrito, que la demandante carece de legitimidad procesal. Llama la atención, que igual que en el año 2001, cuando el abogado representante del Consejo de Defensa del Estado inició su alegato, éste dio fe de su condición de católico y contrario al aborto e hizo lo propio el representante del Instituto de Salud Pública en estrados en octubre del 2004. Más aún, los derechos de las mujeres a la autodeterminación y poder contar con un método fueron incluso opacados por la propia postura del representante del Instituto de Salud Pública, quien en una exposición provocativa señalaba que la píldora nada tenía que ver con las mujeres, sino con el país y sociedad que se quiere construir. En esencia, los jueces no están para arbitrar la ciencia y eso es precisamente lo que reflejó el fallo.

La Corte también debió resolver sobre la apelación de un grupo de terceras coadyuvantes que en calidad de usuarias reclamaron su derecho a usar la “píldora del día después”; su petición había sido

---

<sup>46</sup> Considerando 16°, Ages con Instituto de Salud Pública, en adelante ISP, Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4.200-03, dictada el 10 de diciembre de 2004.

rechazada por el tribunal de primera instancia, y existía una apelación pendiente al momento de dictarse el fallo en junio de 2004. La Corte también rechazó la petición de las usuarias, alegando que estas mujeres no habían acreditado su interés en la causa.

Los demandantes, a finales de diciembre de 2004, interpusieron un recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, por lo cual este tema está aún lejos de ser zanjado judicialmente.

### III. Y los Vecinos

#### **Argentina:** De la prohibición de la píldora a todos los métodos anticonceptivos

Los procesos de resistencia en otros países de la región en contra de la autorización para la venta de anticoncepción de emergencia fueron coetáneos y con estrategias muy similares. Se advierte una correspondencia en la forma de desarrollar los juicios, al igual que las argumentaciones utilizadas en el foro judicial.

Esta explosión de procesos se explica por el hecho que en 1997 el Food and Drugs Administration Department, organismo que autoriza la comercialización de medicamentos en Estados Unidos, dio su aprobación para la comercialización de la píldora, es decir, un formato de anticoncepción de emergencia, que no se había comercializado en el pasado. Ello dio paso a que existiendo luz verde en los Estados Unidos, los distintos laboratorios iniciaran una estrategia comercial de introducir el método en América Latina.

Argentina fue el primer país en que se autorizó el fármaco bajo el nombre de fantasía de Imediat<sup>47</sup>, sin embargo no se promovió ninguna acción sino varios meses después en 1998. La organización no gubernamental Portal de Belén<sup>48</sup>, interpuso una acción constitucional en contra del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación en el tribunal N° 3 en la ciudad de Córdoba y provincia del mismo nombre, para que el tribunal a través de una medida cautelar revocara la autorización y prohibiera la distribución y comercialización del producto. A juicio de los demandantes éste sería un producto abortivo, pues uno de sus efectos, “tiende a impedir que un óvulo humano fecundado anide en el útero materno, lo que constituye la muerte, por aborto, de un ser humano ya concebido”.<sup>49</sup>

De la misma manera que en el caso chileno, la ONG argentina invocó que la vida humana, desde la concepción, tiene protección constitucional desde que ese país incorporó en forma directa los tratados internacionales de derechos humanos. El tribunal de primera instancia acogió el recurso y revocó la autorización. Señaló que la organización contaba con la legitimación procesal activa toda vez que el artículo 43 de la Constitución permite la interposición de una acción cautelar con incidencia en derechos colectivos a todas las organizaciones reconocidas por el Estado y que promuevan o cuya tarea sea la

---

<sup>47</sup> En Argentina, la píldora Imediat estaba autorizada a finales de 1997 en virtud del Certificado N° 45.273 del Ministerio de Salud y Acción Social, <http://www.puertovida.com/noticiasglobales/n096.html> accesado el 12 de enero de 2005.

<sup>48</sup> Esta es una organización parte de la Acción Católica de Argentina.

<sup>49</sup> Dictamen del Procurador General de la Nación, Nicolás Eduardo Becerra, 24 de abril de 2001.

defensa de tales derechos. En la apelación interpuesta por el Ministerio de Salud, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B) revocó la decisión en forma unánime, argumentando que la acción era extemporánea<sup>50</sup> y que la organización social carecía de legitimación activa para promover una acción de esa naturaleza. En segundo lugar, los jueces también sostuvieron que la acción de amparo tiene un ámbito restringido, por lo cual resultaba improcedente conocer y resolver cuestiones que requieren una mayor amplitud de debate y prueba.

En efecto, a juicio de los magistrados “la pretensión de la actora exige un pronunciamiento acerca del trascendente tema del comienzo de la vida humana, de la concepción, que responda a los siguientes interrogantes: ¿la fecundación del espermatozoide y el óvulo constituye *per se* el acto de la concepción o el comienzo de la vida humana?, ¿se requiere para el inicio de la vida, la implementación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno?”<sup>51</sup> Este razonamiento indicaría que esas preguntas necesitaban de un procedimiento de lato conocimiento en el cual las partes pudieran rendir pruebas, cuestión que estaba limitada por la naturaleza de la acción cautelar del amparo.

Como se advierte, el razonamiento que adoptó la Corte de Apelaciones de Córdoba es formal y soslaya pronunciarse sobre lo medular de la litis, de una manera similar a lo que posteriormente sostiene la Corte de Apelaciones de Santiago en su decisión respecto de Postinal, en mayo de 2001, cuando rechazó la acción de protección.

Portal de Belén promovió un recurso extraordinario ante la Corte Suprema, el que contó con un informe favorable del Procurador General de la Nación. Este estimó que todo el ordenamiento jurídico argentino tiene una orientación *pro homine* y que la adopción de tratados internacionales de derechos humanos, cuyas normas tienen rango constitucional, no hacía sostenible que la Corte de Apelaciones de Córdoba desestimara la acción de amparo por razones meramente formales. Aun cuando compartía que la vía procesal limita la rendición de pruebas, estima que el bien jurídico que se pretende garantizar amerita un pronunciamiento de los jueces.

La presentación del Procurador a la Corte Suprema además adelanta una interpretación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la que sostiene que la vida intrauterina es sinónimo de niño:

“Desde esta perspectiva, no caben dudas que todo niño –siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la convención que tutela sus derechos– es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción, en la medida que el derecho del niño a la vida no se adscribe a una entelequia (“...desde la concepción..”) sino que responde –y debe responder, para no ser totalmente desconocido– a una realidad concreta y dinámica”<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> La acción de amparo, al igual que la protección chilena, otorga un plazo de 15 días para deducir la acción. En este sentido, la juez de primera instancia estableció que la violación al derecho a la vida no se producía en un solo acto sino que en forma reiterada y permanente al vender el fármaco libremente.

<sup>51</sup> Dictamen del Procurador General de la Nación, op. cit.

<sup>52</sup> Dictamen del Procurador General de la Nación.

La Corte Suprema de Argentina, siete meses después del pronunciamiento de su par en Chile, también acogió el recurso interpuesto y revocaba la autorización a Imediat.

El considerando 3º del fallo, plantea que la Corte debe resolver si el fármaco es abortivo, entendiendo por aborto la imposibilidad de que un huevo fecundado pueda anidarse. La Corte cree que es necesario “precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba”.<sup>53</sup>

La mayoría de la Corte estima que la concepción se produce con la unión de los gametos, momento desde el cual se produce la generación de un nuevo ser. Sobre el efecto que Imediat tendría sobre el endometrio para alterar su capacidad de que el huevo fecundado se implante, la Corte sostiene que ello no está probado, pero parece plausible según la opinión científica<sup>54</sup>. Por esta razón, estimó que debe acogerse la acción cautelar, pues si Imediat o *cualquier otro método* constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior y si el fármaco Imediat tiene el posible efecto de impedir el anidamiento, ello entonces debería ser considerado como abortivo.<sup>55</sup>

A diferencia de la Corte Suprema chilena, su análoga argentina desarrolla las razones en virtud de las cuales la vida está protegida desde el momento de la concepción, para lo cual se apoya en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana 2/82 sobre las obligaciones que los Estados asumen respecto de las personas sujetas a su jurisdicción en materia de derechos humanos, las que no son obligaciones respecto de otros Estados<sup>56</sup>.

Este fallo, al igual que el chileno, no fue unánime. Las similitudes son numerosas. Sobre los aspectos procesales, cabe recordar que la Corte Suprema chilena en su voto de mayoría sostiene que las ONG tienen legitimación procesal precisamente por los objetivos que persiguen, esto es la protección del derecho a la vida y los no nacidos<sup>57</sup>, de una manera similar a la que la jueza de Córdoba razona para acoger la acción cautelar. El fallo argentino de la Corte Suprema contó con votos disidentes conformados por dos opiniones. Una de ellas de carácter formal, el que sostenía que el recurso extraordinario fue mal concedido en virtud de que no se dirigía en contra de una sentencia definitiva o equivalente<sup>58</sup>. A esta opinión se sumó la segunda que atacó la vía procesal escogida por los recurrentes. Así dos Ministros estimaron que la acción tutelar procede respecto de derechos indubitados, y ante la incertidumbre la Corte de Apelaciones había dejado a salvo que la misma cuestión fuera debatida en un juicio posterior, argumentando que

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de la Nación, XXXVIII, «Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo», 2 de marzo de 2002, dictada por los Ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moline O'Connor, Carlos S. Fayt, Adolfo Roberto Vásquez, Guillermo A.F. López. Voto disidente Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bossert.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, Considerando 10º.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC 2/82, 24 de septiembre de 1982, pág. 29.

<sup>57</sup> Cabe también recordar que a ninguna de las organizaciones de mujeres, sociales o personas en forma individual se les reconoció el derecho a intervenir en los autos de Postinal.

<sup>58</sup> Voto disidente de los Ministros Carlos Fayt y Gustavo Bossert.

sin tener certeza, y “sin la ayuda eficaz del conjunto de ciencias que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende, lo que hacía aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido”.<sup>59</sup> Cabe recordar un razonamiento similar del voto disidente de los Ministros Yurac y Kokish<sup>60</sup>.

El fallo de la Corte Suprema argentina fue ineficaz. El Laboratorio Gabor que fabricaba Imediat, ya había dejado de comercializar esa pastilla, pues entre el año 1998 y al momento de dictarse la sentencia en marzo de 2002, se habían producido nuevos estudios que indicaban que la posología de levonorgestrel debía ser más alta, para que el método fuera más eficaz. Así, en menos de 6 meses de la decisión de la Corte Suprema circuló Imediat N, del mismo laboratorio, con una dosis mayor de progestágeno. Ante una posible arremetida de nuevos grupos y en especial de un nuevo informe de la Auditoría General de la Nación, una organización de mujeres<sup>61</sup> intentó proteger el registro a través de una medida cautelar, lo cual fue desestimado por un tribunal de primera instancia y confirmado en la Corte. Al efecto, la Corte sostuvo que no sólo existía ese producto sino que otro con dosis distintas a las señaladas en el fallo de marzo de 2002, y que los informes del Procurador General no eran más que eso, opiniones:

“1.– Las recomendaciones de la Auditoría General de la Nación, resulta solamente eso, y en los hechos, de conformidad con lo manifestado por el Ministerio de Salud y Acción Social, no fueron modificadas de modo alguno la política vigente a la fabricación, comercialización y distribución de anticonceptivos de emergencia.

2.– Dado que en la actualidad se fabrican, comercializan y distribuyen en el país otros «anticonceptivos de emergencia», siendo éstos el denominado IMEDIAT N, del mismo laboratorio Gador S.A. y Norgestrel Max del laboratorio Biotenk, ambos con una concepción distinta al que en fecha 5 de marzo de 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos «Portal de Belén –Asociación sin fines de lucro–,

<sup>59</sup> Voto disidente de los Ministros Augusto Belluscio y Enrique Petracci.

<sup>60</sup> El voto disidente señala: “2º) 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;

3º) 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.

4º) 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”.

<sup>61</sup> El Instituto Social y Político de la Mujer Asociación Civil.

Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación» ordenó la prohibición de la fabricación, distribución y comercialización, por lo tanto, no se verifica, a criterio del Tribunal, la amenaza cierta invocada por la pretensora contra las autorizaciones oportunamente otorgadas por la autoridad de salud pública”.<sup>62</sup>

Dado ese contexto, no pasó mucho tiempo antes de que una nueva organización católica, la Fundación 25 de marzo, interpusiera otra nueva acción de amparo, esta vez dirigida en contra de todos los métodos anticonceptivos: uno de los considerandos del fallo de la Corte Suprema le había abierto el camino. El escenario elegido tampoco fue dejado al azar, y la causa se radicó en el mismo tribunal de Córdoba N° 3 con la misma magistrada Cristina Garzón de Lascano, quien había prohibido Imediat.

Los fundamentos para iniciar esta acción eran previsibles, en primer término se invocó la decisión de la Corte Suprema de marzo de 2002 cuyo considerando 10° señalaba que cualquier método que pudiera afectar la anidación de un huevo fecundado debiera ser considerado abortivo, además se argumentaron los tratados internacionales suscritos por Argentina, en especial la Convención Americana y la Convención Internacional de los Derechos de los Niños. Fuera del “leading case”, Portal de Belén en contra del Ministerio de Salud, los amparistas alegan otras consideraciones, las que incluyen la necesidad de crecimiento de la nación Argentina, la existencia de una violación a la ley natural y de Dios, a las enseñanzas del catolicismo, puesto que el gobierno permite que en Argentina se vendan métodos que desnaturalizan la relación procreativa del matrimonio<sup>63</sup>.

Como era previsible la jueza acogió a tramitación el amparo, decretando una medida cautelar en que ordenó al Ministerio de Salud la prohibición de fabricar, distribuir, vender todos los anticonceptivos hormonales, orales e inyectables, todos los fármacos que se usen para anticoncepción de emergencia y los dispositivos intrauterinos de cobre o que utilizan progestágenos mientras no se resuelva en forma definitiva el litigio<sup>64</sup>. De una manera similar, la jueza chilena y luego que se ha producido el desasimiento del tribunal, dicta una orden en contra del Ministerio de Salud prohibiendo la circulación y venta, y ordenando la requisición de las partidas de pastillas.

Dado la amplitud del amparo deducido, en la práctica si se acoge el amparo y la Corte Suprema reafirma la doctrina del caso Portal de Belén deja a Argentina, o a cualquier otro país de América Latina, virtualmente sin métodos anticonceptivos modernos a base de hormonas, dejando a salvo únicamente los métodos de barrera<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> Tribunal: CNContAdmFed Sala V, “Instituto Social y Político de la Mujer Asociación Civil c/ M. de Salud y Acción Social” dictada el 9 de diciembre de 2002.

<sup>63</sup> Mirar el escrito presentado por la organización disponible en la web, <http://www.fundacion25demarzo.com.ar/contenidos.htm> visitado el 12 de enero de 2005.

<sup>64</sup> Señaló al efecto: “En consecuencia, previo ofrecimiento y ratificación de fianza por parte de 20 letrados inscriptos en la Matrícula Federal ordénese al Ministerio de Salud y Acción Social de la nación, que, hasta tanto recaiga sentencia firme en los presentes autos, prohíba la fabricación y venta en todo el país de los medicamentos que contengan en su composición las siguientes drogas: levonorgestrel en combinación con etinilestradiol; norgestrel combinado con etinilestradiol; gestodeno combinado con etinilestradiol; noretindrona (o norestisterona) combinada con etinilestradiol; desogestrel combinado con etinilestradiol; etinodrol combinado con quinestrol; medroxiprogesterona combinada con estradiol; levonorgestrel sin combinación con estrógenos; linestrenol sin combinación con estrógenos; y de los DIU que contengan cobre o progestágenos. Por ofrecida la prueba. Dése intervención de la Sra. Procurador Fiscal”. 12 de mayo de 2003, Ver la resolución judicial en la portal [www.fundacion25demarzo.com.ar](http://www.fundacion25demarzo.com.ar)

<sup>65</sup> Estos son los condones masculinos y femeninos, los diafragmas y las capuchas cervicales.

En este sentido, cabe recordar que uno de los recursos deducidos en Chile en el 2001 tenía la misma amplitud, pues se buscaba declarar que el levonorgestrel en dosis de 0.75 mg o cualquier otro que produjera los mismos efectos fuera declarado inconstitucional. La Corte Suprema sólo se pronunció revocando el registro sanitario de un producto específico, el Postinal. Otros métodos han quedado a salvo, aun cuando algunos de los voceros de los sectores anti-píldora han mencionado el DIU como un 'abortivo', pero que por el tiempo transcurrido desde su autorización no podrán recurrir para revocar su autorización<sup>66</sup>. Con todo, el demandante en el juicio de nulidad de derecho público sostuvo en su demanda una doctrina de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, por lo cual siempre dejaría a salvo la posibilidad de demandar a través de esa vía procesal en contra de los otros métodos. De hecho, el demandante presentó un informe evacuado en el juicio argentino del Dr. Luis Pineda, quien señala que todos los métodos anticonceptivos son abortivos.

En mayo de 2004, siguiendo el efecto argentino, una ONG chilena desconocida a la fecha, Nascencia, interpuso una acción de protección que fue declarada inadmisble por la Corte de Apelaciones de Santiago. Este recurso se entablaba en contra de todos los métodos que contuvieran progestágenos, el DIU y todos los fármacos usados para anticoncepción de emergencia<sup>67</sup>.

### *Colombia: una batalla entre PROFAMILIA y la Iglesia Católica*

A diferencia de otros países, la política de planificación familiar más importante desarrollada en Colombia está radicada en la sociedad civil. El departamento de mercadeo social de la organización no gubernamental PROFAMILIA, una filial de International Planned Parenthood Federation, solicitó la tramitación del registro farmacéutico de Postinor 2<sup>68</sup> luego de haber iniciado un estudio sobre la importancia del método a mediados de los 90. Esta organización había logrado un acuerdo con el laboratorio fabricante del fármaco para obtener la autorización de licencia y distribuir en forma exclusiva en Colombia el producto. PROFAMILIA obtuvo el registro sanitario en septiembre de 2000, pero su distribución y venta no se inició sino hasta enero de 2001.

A diferencia de otros países, la oposición activa en contra del método no se radicó en otras organizaciones de la sociedad civil sino directamente en la jerarquía de la Iglesia Católica. No hubo presentación a los tribunales, no obstante que la Conferencia Episcopal de Colombia hizo una presentación al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, en noviembre de 2000, solicitando que el organismo revocara el registro sanitario<sup>69</sup>. Esta situación no fue notificada oficialmente a PROFAMILIA, mientras el gobierno intentó que las 'partes' se reunieran en las oficinas del INVIMA, lo cual nunca se materializó. Después de que se iniciaran las ventas, el organismo técnico en marzo de 2001 dictó una resolución en que resolvía de oficio reconsiderar la autorización a Postinor 2<sup>70</sup>. La intervención

<sup>66</sup> Leyla Ramírez, "Abogados no apelarán por T de Cobre", La Nación, 4 de septiembre de 2001.

<sup>67</sup> Comunicación personal con Luis Brito, abogado del ISP, septiembre de 2004.

<sup>68</sup> PROFAMILIA, *La Anticoncepción de Emergencia un derecho de la Mujer. La Experiencia Colombiana*. Bogotá, 2001, p. 13.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>70</sup> Resolución 276906, dictada el 26 de febrero de 2001, en *La Anticoncepción de Emergencia*, p. 23.

directa de la Iglesia en una materia sensible, pues la doctrina eclesiástica rechaza todos los anticonceptivos modernos, produjo una fuerte reacción en la sociedad colombiana, que se manifestó en editoriales, artículos, columnas de opinión en los medios de comunicación. A ello se sumó el rechazo de la intervención por parte del Defensor del Pueblo.

Una Comisión Revisora consideró todos los elementos científicos y legales, la que a finales del año 2001 declaró que la anticoncepción de emergencia, es decir, la píldora en base a levonorgestrel 0.75 mg no es un abortivo sino anticonceptivo<sup>71</sup>. Ello determinó que en Colombia se consolidara el camino que tanto PROFAMILIA como el Ministerio de Salud y Bienestar Social habían recorrido en esta materia. La venta de Postinor 2 se estabilizó en 10 mil dosis anuales y las guías técnicas del Ministerio de Salud que incorporaron la anticoncepción de emergencia en el año 2000 no serían susceptibles de una revisión.

La historia de Colombia era una batalla ganada con la administración del Estado, pero aún quedaba pendiente la vía judicial, primer camino que se utilizó en países como Chile y Argentina. El paso siguiente de la oposición fue la interposición de una demanda de nulidad de derecho público a mediados del año 2002<sup>72</sup>. Esta demanda busca que se revoque el registro sanitario por el término de 10 años al producto Postinor2. Este proceso actualmente se cursa en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado<sup>73</sup>, se ha vencido el período probatorio, por lo cual se espera una decisión.

Apenas se conoció el resultado del juicio chileno en junio de 2004, se interpuso una acción de tutela a nombre de los no nacidos contra Profamilia y los Laboratorios Farmacéuticos que producen medicamentos que utilizan el Levonorgestrel 0.75 mg. como principio activo<sup>74</sup>. El juez Alberto González de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en agosto de 2004, resolvió rechazar la tutela por improcedente, señalando que el recurso procesal utilizado no es el adecuado para impugnar actos de carácter general. En apelación, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal rechazó la apelación el 4 de octubre de 2004 por los mismos motivos<sup>75</sup>.

Al igual que en Chile, la Corte Suprema tanto de Argentina como de Colombia deberán pronunciarse sobre el uso de anticonceptivos, y en particular sobre la anticoncepción de emergencia, que a juicio de algunos personeros de la Iglesia católica latinoamericana, no es más que la antesala a un debate sobre la introducción del aborto en el continente.

### *A modo de conclusión: es una polémica global*

Si esto fuera un *racconto* de procesos políticos y judiciales, es casi posible advertir un hilo conductor común en todos ellos. Tanto en México como en Ecuador, donde se han registrado productos para anticoncepción de emergencia, se han entablado en el año 2004 acciones judiciales. En México los recursos fueron declarados improcedentes y en Ecuador está en plena tramitación.

---

<sup>71</sup> Resolución 2001297067 dictada el 15 de noviembre de 2001, La Anticoncepción de Emergencia, p. 24.

<sup>72</sup> En Chile, ésta se presentó en noviembre de 2002.

<sup>73</sup> Expediente N° 8119, comunicación con María Cristina Calderón, abogada de PROFAMILIA, enero de 2005.

<sup>74</sup> Comunicación con María Cristina Calderón, abogada de PROFAMILIA, enero de 2005.

<sup>75</sup> Expediente N° 17.806, comunicación con María Cristina Calderón, abogada de PROFAMILIA, enero de 2005.

La resistencia no se limita a América Latina, pues tanto en Estados Unidos, el Reino Unido y España se han librado judiciales en torno a la 'píldora del después'. Tanto en Estados Unidos como España los casos han estado relacionados con la invocación de la objeción de conciencia de parte de los farmacéuticos para eximirlos de su obligación de dispensar el fármaco a quien lo solicite. En el caso de España, el demandante sostenía además que no se lo podía obligar a vender profilácticos<sup>76</sup>.

El proceso judicial en el Reino Unido muestra esa concatenación de activa litigación para resistir la comercialización de la anticoncepción de emergencia. En la causa *Smeaton v. Secretary of State for Health*, en la cual el demandante promueve los derechos de los no nacidos, solicita al High Court of Justice, Queens Bench Division Administrative Court, que declare que la píldora del día después debe ser considerada una droga abortiva, con lo cual las farmacias no lo podrían dispensar sin receta previa. Para apoyar su tesis de que el fármaco es abortivo citó la decisión de la Corte Suprema de Chile de 2001 y de la Corte Suprema de Argentina de marzo de 2002.<sup>77</sup>

El juez de la causa Mr. Justice Munby reconoció en los primeros considerandos de su decisión que las implicancias del caso iban más allá de la mera legalización o autorización para la anticoncepción de emergencia. Sostuvo que dilucidar sobre esta materia implicaba revisar la legalidad del uso de todos los métodos anticonceptivos, aun cuando el demandante no lo reconociera explícitamente en su demanda.

Como juez sostuvo que era su obligación ponderar todas las consecuencias del caso y que abstraerse de ello era rehuir a la pregunta sobre la legalidad de las conductas apegadas a la ley de parte de la ciudadanía –porque usar métodos anticonceptivos es legal y ello es una conducta que adoptan no sólo miles sino millones de ciudadanos del Reino Unido<sup>78</sup>–. Dado que el demandante exigía interpretar las normas del Código Penal frente al aborto, la opinión del magistrado fue que la interpretación de la ley no podía ser una aplicación desprovista o aislada de la realidad. En efecto, señaló que, “[e]s responsabilidad del gobierno asegurar la seguridad médica y farmacéutica de los productos que el mercado ofrece entregando la orientación y consejos necesarios. Más allá de ello, me parece que como en otras áreas de la ética médica el respeto para la autonomía de las personas, que nuestra ley reconoce, debe hoy considerar que la elección [de los métodos] es una cuestión individual”<sup>79</sup>.

Creo haber podido mostrar las semejanzas en los procesos políticos, aun cuando son judiciales, en contra de la anticoncepción de emergencia en los tres países. El hilo conductor está dado porque todos o casi todos los actores en la materia están relacionados fuertemente con grupos católicos quienes han hecho suyos los llamados a resistir las políticas en materia de salud sexual y reproductiva.

Las vías ocupadas para esta oposición son similares, todas ellas conducen a sacar del ámbito de la discusión pública aquello que desde la contingencia política cuenta con un abrumador apoyo ciudadano. No creo que este caso signifique judicializar la política, sino muy por el contrario evita que algunos

<sup>76</sup> Rec. Núm. 3381/0, Sección Primera, Granada 12 de noviembre de 2001 en <http://andoc-biosanitario.org/Jur/dico/R-3381-01.htm> visitado el 25 de mayo de 2004.

<sup>77</sup> Párrafos 285, 286 y 287, '*Smeaton v. Secretary of State for Health*' [2002] EWHC 610 (Admin), dictada el 18 de abril del 2002. El juez determinó que llegaba a una conclusión diversa a que los jueces de Chile y Argentina.

<sup>78</sup> Párrafo 385.

<sup>79</sup> Párrafo 397.

sectores políticos paguen el precio por decisiones impopulares. Evita, como diría el abogado Harasic, debatir sobre el país o sociedad que queremos construir.

Los jueces en América Latina, hasta la fecha, han rehuído las preguntas centrales que se hace el juez Munby. Se han rechazado las acciones entabladas invocando aspectos formales o procedimentales. Con acuerdo con las críticas del Procurador General de Argentina, en situaciones cuyas implicancias son tan vastas, no es suficiente el formalismo y los jueces no pueden abdicar el rol que les toca en la sociedad.

Más allá de las posiciones que existan sobre el activismo judicial, los tribunales están convocados en la sociedad a adjudicar conflictos y se advierten situaciones en temas difíciles donde la labor será ponderar todos los antecedentes y los derechos involucrados. La historia no ha concluido, y casi como una mera narradora, que no sabe el final de su relato, espero que los jueces estén conscientes de su rol acerca de cómo la resolución del acceso a la anticoncepción de emergencia constituye o puede constituir una consolidación o privación de derechos básicos de las mujeres.

En Toronto, Canadá el 18 de enero de 2005