

## **Fallo de la Novena Sala de Corte Apelación a favor de la Anticoncepción de Emergencia**

Santiago, diez de diciembre de dos mil cuatro. Vistos: Por sentencia de treinta de junio de dos mil cuatro, que se lee a fs. 1.424, el tribunal de primera instancia acogió la demanda deducida por don Juan Enrique Jara Opazo, estudiante, en representación del Centro Juvenil AGES., persona jurídica de derecho municipal, ambos domiciliados en la Comuna de Las Condes, declarando la nulidad de derecho público de la Resolución N° 7224, de 24 de agosto de 2001, dictada por la Directora del Instituto de Salud Pública de Chile, la que se materializó en el Registro del ISP F8527/01 que ha permitido la venta ó comercialización del fármaco Postinor-2, elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 mg., se condenó en costas a la demandada. En contra de la aludida sentencia se alzaron, recurriendo de casación en la forma y apelación conjuntas, doña Lidia Casas Becerra, actuando por sí y en representación de la Asociación de Protección de la Familia APROFA-, de doña María Verónica Schiappacasse y de doña Claudia Olaya Dides Castillo, todos terceros coadyuvantes por la parte demandada; los mismos recursos interpuso el abogado don Jesús Vicent Vásquez, en representación del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, también tercero coadyuvante por la misma parte demandada. Por su lado, el Instituto de Salud Pública, representado por los abogados Sres. Davor Harasic Yaksic y Julián López Marle, dedujo derechamente apelación en contra del fallo, reclamando, además de las otras razones de fondo, respecto de la excepción perentoria de falta de titularidad de la acción deducida por el demandante, opuesta al momento de contestar la demanda y que la sentencia, al acoger la acción de fondo y con los fundamentos pertinentes de lo considerativo, la desechó. La casación de forma, en ambos casos y con similares argumentos, invoca como causal que la autoriza la contemplada en el artículo 768 N° 9, en relación a lo dispuesto en el artículo 795 N°4, ambos del Código de Procedimiento Civil, esto es, se afirma que antes de dictarse la sentencia se habría faltado a un trámite o diligencia declarado esencial por la ley, lo que, en este caso, se circunscribe a la omisión de un trámite durante el procedimiento, cual es la no designación de peritos por parte del tribunal, en circunstancias que, al no existir acuerdo entre las partes sobre la persona de ellos, quedó expresamente de hacerlo. Concedidos los recursos, se trajeron los autos en relación, se oyeron las alegaciones de los abogados y quedó la causa en estado de acuerdo. CONSIDERANDO: I.- En cuanto a los recursos de casación en la forma: 1º.- Que, como se dijo, los recursos de casación en la forma de ambos terceristas se sustenta en la causal contemplada en el artículo 768 N°9 del Código de Procedimiento Civil, en relación a lo dispuesto en el artículo 795 N°4 del mismo código, esto es, los recurrentes estiman que se ha faltado a un trámite o diligencia esencial durante el transcurso del proceso, cuya omisión produciría indefensión, específicamente, el que no se procedió a la designación de peritos en la causa, pese a solicitarse tal diligencia y no haberse obtenido acuerdo entre las partes

respecto de la persona de los mismos; 2º.- Que, en efecto, en el recurso de APROFA se dice que, atendida la naturaleza del juicio e importancia de la cuestión debatida en autos, oportunamente se solicitó el nombramiento de peritos, adjuntándose nómina de expertos en la materia. En la audiencia respectiva no hubo acuerdo sobre la o las personas que debieran designarse en tal cargo y se decidió, por tanto, que el tribunal quedaría de resolver lo pertinente, lo que no hizo, declarando seguidamente la conclusión del término probatorio para luego citar a las partes a oír sentencia. De la antes referida determinación jurisdiccional su parte recurrió de reposición, solicitud ésta que fue rechazada por el tribunal. Posteriormente, como medida para mejor resolver, se nombró peritos en la causa, que sí cumplieron su cometido, no obstante lo cual y de la manera antes referida, expresa que igualmente se han violentado las reglas procesales referidas al nombramiento de peritos, negándose del modo ya dicho un medio probatorio fundamental, vicio éste que les ha causado un perjuicio sólo reparable con la invalidación del fallo, por lo que pide anular éste y que la Corte, como tribunal de alzada, dicte otro en su reemplazo; 3º.- Que, por su parte, el recurso deducido por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva ICMER- se basa en la misma causal y antecedentes de hecho, agregando que la actuación del tribunal privó a su parte de aportar probanzas técnico-científicas que a ella interesaban, impidiéndole, además, la oportunidad de hacer las observaciones pertinentes en el acto de reconocimiento a que debió citar el perito, lo que le causó indefensión. Pide, en lo conclusivo, anular el fallo y determinar el estado en que habría de quedar el procedimiento para permitir la práctica de la diligencia obviada por el tribunal a quo; 4º.- Que para rechazar los recursos de la especie concurren varias razones y que son aplicables a los deducidos por ambos terceristas coadyuvantes. En efecto, desde luego se advierte la falta de perjuicio para los reclamantes, que es esencial en un recurso como el de autos, el cual debe aparecer de manifiesto, lo que no sucede si se atiende la sola circunstancia que, por tratarse de un informe de peritos, en un tema de gran y actual discusión científica, las eventuales conclusiones de tales expertos no necesariamente habrían de compartir su respectiva tesis sobre el asunto, pudiendo, en cambio, adherir a la sustentada por la parte contraria. Seguidamente, la causal que se invoca como base del recurso falta de un trámite esencial, en los términos del artículo 795 N°4 del Código de Procedimiento Civil- necesariamente ha de referirse a aquéllas que produzcan indefensión de la parte que lo reclama, lo que en el proceso no ha sucedido, pues ellos tuvieron la oportunidad de agregar otro tipo de probanzas, lo que efectivamente hicieron en la etapa procesal pertinente. Cabe advertir sobre lo mismo, además, y como el propio recurso lo señala, que sí hubo nombramiento de peritos por parte del tribunal como medida para mejor resolver. Finalmente, de los antecedentes aparece también la falta de preparación de los recursos, en los términos exigidos por el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, pues ambos recurrentes se limitaron a plantear reposición a la negativa judicial de designar los correspondientes peritos ante el desacuerdo de las partes, lo que es insuficiente al efecto, en que se exige ejercer oportunamente y en todos sus grados los

recursos establecidos por la ley, por lo que debió reclamarse, además, sea de apelación subsidiaria, queja o una eventual nulidad procesal por la falta u omisión que se estimaba tan esencial. Lo razonado anteriormente, aplicable a ambos recursos, es sin perjuicio del defecto formal de aquel deducido por la parte que representa la abogada señora Casas Becerra en que, alegándose un vicio de procedimiento, se pide al tribunal de alzada dictar un fallo de reemplazo, sin que se inste por la corrección del supuesto defecto. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 766, 768, 769, 770, 776, 781, 783, y 795 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechazan los recursos de casación en la forma deducidos por doña Lidia Casas Becerra a fs. 1.518 y por don Juan Vicent Vásquez a fs.1.547, en sus respectivas representaciones. II.- En cuanto a los recursos de apelación. Vistos: Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus considerandos 37º, 38º, 39º, 40º, 41º, 42º, 43º, 44º, 45º, 46º, 47º, 48º, 49º, 50º, 51º, 52º y 53º, que se eliminan. Se suprimen, asimismo, los dos párrafos finales del motivo 11º, desde donde dice Sin perjuicio de lo precedentemente hasta su conclusión, que lo es con la frase las razones ya descritas. En el fundamento 18º, se suprime su párrafo segundo, que comienza con Por otra parte, doña Mayra y termina con medicamento Postinor 2. En el 20º, se elimina también la parte de su párrafo primero que empieza con serán pruebas concluyentes y termina con la juricidad de las normas de derecho. En el basamento 17º, párrafo tercero, se sustituye el punto aparte con que concluye, por una coma, y se agrega lo siguiente: cuya autora es la señora María Elena Ortiz. Asimismo, a fs. 1.043, dicha parte agregó, además, el documento sobre La anticoncepción de emergencia y su impacto en la fecundidad adolescente, del Dr. Ramiro Molina Cartes, profesor titular de Obstetricia y Ginecología, Director del Centro de Medicina Reproductiva y Desarrollo Integral del Adolescente (CEMERA), Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. Y se tiene en su lugar, y además, presente: 5º.- Que la demandada de autos el Instituto de Salud Pública de Chile- opuso, con el carácter de excepción perentoria, la falta de titularidad de la acción deducida por la actora, basada en que, dada su condición jurídica de organización comunitaria funcional, perteneciente a la comuna de Las Condes y con finalidades estatutarias precisas, no le es posible atribuirse la representación que pretende, esto es, la de toda mujer o del ser concebido y no nacido, que pudieran ser víctimas de la llamada píldora del día después, que califican como de abortiva, sin acompañar antecedentes científicos que lo avalen ni elementos que acrediten la representación que se atribuyen; 6º.- Que para enfocar y decidir adecuadamente esta excepción, que por su condición de perentoria tiende a destruir el fondo de la acción y debe fallarse en la sentencia definitiva conjuntamente con las demás excepciones de igual naturaleza que la atacan, no puede olvidarse que en la especie se trata de una acción de nulidad de derecho público respecto de un acto administrativo, dictado por una autoridad pública en el ejercicio de sus funciones propias, que importa y afecta a un número indeterminado de personas de la comunidad nacional y que se refiere a temas de connotación científica, ética y valórica en actual y

permanente discusión por parte de la comunidad toda, siendo su fundamento jurídico esencial la presunta violación a principios y normas de rango constitucional y legal, que la jurisdicción ha de estar en el imperativo de proteger; 7º.- Que en esta parte, el fallo del tribunal a quo, acogiendo también argumentaciones de la demandante, contenidas básicamente en el escrito de réplica, decidió el rechazo de la excepción, razonando, fundamentalmente, sobre la base de dos órdenes de consideración: el primero, que dice relación con el objeto, importancia y proyección de la acción incoada, ya que, según se dice, el acto impugnado atentaría contra la vida del que está por nacer, derecho que es motivo prioritario de protección constitucional y legal y que se extiende a todos los embriones humanos. En segundo lugar, se argumenta en base al contenido de la disposición del artículo 75 del Código Civil, en cuanto éste expresamente obliga al juez a actuar, aún de oficio, disponiendo todas las providencias que le parezcan convenientes, para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra; 8º.- Que no obstante, y respecto del primer capítulo de argumentos, cabe dejar constancia que, en un estado de derecho como el nuestro, en que por sobre todo impera el principio de legalidad, la activación jurisdiccional particularmente en materia civil- se encuentra reglada, al extremo que, en los asuntos a que se refiere el presente juicio, es la propia Carta Fundamental quien impone la exigencia básica al decir, en su artículo 38 inciso 2º, que en materia contenciosa-administrativa puede reclamar en su favor ante los tribunales que determine la ley cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades. En consecuencia, para accionar en este tipo de materias se exige la concurrencia de un interés actual, legítimo y razonable por parte de quien inicia la correspondiente acción, interés que ha de entenderse como una lesión personal o del grupo que demanda o por quien se demanda. De este modo, ni la importancia, objeto o alcance de la materia reclamada, ni aún la justicia de la pretensión, pueden alterar o sustituir la antes aludida exigencia, por lo que si a ello se agrega que la nulidad de derecho público no tiene el carácter de acción popular, como asimismo que las revisiones o controles de constitucionalidad, ejercidos por vía jurisdiccional, han de ser concretos y no abstratos, y en todo caso a través de acciones especiales y específicas, forzoso es concluir que efectivamente a la actora ha faltado la necesaria legitimación activa para demandar. Al efecto, cabe advertir que también es inconducente aquel argumento sostenido en estrados por la parte apelada en orden a que, tratándose de un estado democrático moderno como el nuestro, aparece incomprensible la aludida limitación, lo que no es así, puesto que, precisamente, la mantención y fortalecimiento del mismo ha de fundarse en la certeza jurídica que emana de la existencia de reglas claras al respecto, como también de la seguridad que mientras no exista modificación expresa sobre el punto no podrán alterarse, sea por vía de interpretación u otras, las reglas de orden público referidas a la competencia y a la facultad de activar la jurisdicción; 9º- Que, en este caso concreto, la falta de interés comprometido, en los términos antes señalados, se desprende

del carácter de organización comunitaria funcional regida por la Ley N° 19.418 que ostenta la demandante, condición que reduce sus facultades al ámbito territorial a que pertenece en este caso Las Condes- y a los fines expresados en sus estatutos que, en síntesis, en lo pertinente y según el documento de fs. 2 son representar las aspiraciones e inquietudes de la juventud, sirviendo de medio de expresión y realización de la vida juvenil; formar íntegramente a sus miembros en los aspectos físicos, intelectual, cultural y social, vinculándose con la comunidad vecinal; y promover el servicio de comunidad y solidaridad entre sus miembros, a través de la convivencia y de la realización de acciones comunes;

10º.- Que en relación a la línea argumental referida a la disposición del artículo 75 del Código Civil, el cual dispone que La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra, con lo que se ha querido justificar el rechazo de la excepción en estudio, cabe advertir que no es ése el verdadero alcance y aplicación del precepto. Y no lo es porque el objeto de dicha norma es que el juez, ante el evento ya señalado y existiendo un riesgo grave, explícito y determinado en contra de la vida del que está por nacer, puede y debe tomar las providencias conservativas o de protección que sean necesarias, condición que importa la certeza previa de que existe un ser de esa naturaleza a quien proteger, lo que, como se ve, no ocurre en la especie, desde que aún no se ha dirimido científicamente la circunstancia fundante y primaria sobre el tema, consistente en saber en qué momento se produce la concepción, esto es, si en el acto de la fecundación o de la implantación. Mayor es la imposibilidad del juez para actuar en el presente caso cuando, además de lo ya dicho, se pretende dar a aquella disposición el carácter de una verdadera regla especial de competencia con la que éste, prescindiendo de la falta de legitimación activa del actor, procede a actuar de oficio en un proceso sobre nulidad de derecho público que, como ya se dijo, requiere insustituiblemente de un interés y un agravio de quien invoca la correspondiente protección;

11º.- Que del texto de la demanda aparece que, en lo sustancial y en cuanto dice relación con los argumentos y decisión sobre el fondo de lo discutido, la nulidad de derecho público solicitada se basa en la facultad de invocar la protección que el sistema jurídico nacional entrega al ser humano concebido y no nacido, la cual se haría procedente ante el consumo del fármaco Postinor-2, elaborado en base al principio Levonorgestrel 0,75 mg., cuyo registro y venta se ha autorizado por el Instituto de Salud Pública de Chile, mediante la resolución que se objeta y se pide anular. Dicho fármaco es el popularmente llamado píldora del día después, debido a que es utilizada como tal después del coito o relación sexual;

12º.- Que la antes señalada aspiración de proteger la vida del que está por nacer que pretende la demandante, evidentemente importa una certeza científica previa fundamental, cual es la de conocer exactamente los efectos del fármaco señalado en el complejo proceso de la concepción humana, en términos de saber cómo y en qué etapa puede interrumpir el ciclo natural del embarazo. Al efecto, en la

demanda se dice y el fallo en revisión lo da por cierto- que el fármaco Postinor-2 provoca una alteración del endometrio que impide la anidación del cigoto, esto es, que tiene efectos claramente antiimplantatorios, lo que equivale a decir, a juicio de éstos, que son abortivos. Pese a que en ambas oportunidades en la demanda y la sentencia- se reconoce expresamente que sobre ese punto existe duda científica, y que es motivo de actuales estudios, en la primera de ellas, es decir la demanda, se pide que, existiendo dudas sobre el efecto del fármaco, debe aplicarse a favor del óvulo fecundado o cigoto el principio que denomina pro vida y por ello, en consecuencia, estiman que procedería prohibir el registro, venta y consumo del mismo; 13º.- Que de acuerdo con los antecedentes técnicos acompañados y con el propósito de entender el alcance de la acción de autos, ha de tenerse en cuenta que, en términos generales y con un grado elemental de profundidad, aunque sí de certeza biológica mínima, el proceso de gestación de un ser humano -entendido éste desde la relación sexual de un hombre y una mujer hasta el nacimiento- y para el solo efecto de nuestro análisis, que está limitado únicamente a la materia en discusión, podríamos dividir el proceso inicial en dos etapas: el de la fecundación y el de la implantación del cigoto. En tales condiciones debe considerarse que la ovulación en la mujer tiene lugar aproximadamente catorce días antes de un período menstrual regular. En el momento de la ovulación, el mucus cervical se hace menos viscoso, por lo que si hubiere una relación sexual, permitiría el tránsito rápido de los espermatozoides desde la vagina hacia la cavidad endometrial (espacio intrauterino). La unión de un espermatozoide con un óvulo maduro constituye la llamada fecundación y ésta se produce normalmente en la Trompa de Falopio. La unión del óvulo con el espermatozoide constituye el llamado cigoto y éste inicia su tránsito desde la trompa hacia la cavidad endometrial en busca de la anidación o implantación, que es un proceso que comienza entre el quinto y el octavo día y es completo hacia el día noveno o décimo, contados desde la fecundación del óvulo. 14º.- Que atendidos los argumentos de la acción, en que se sostiene que el fármaco Postinor 2 evita o destruye la implantación, lo que equivaldría, en este último caso, a decir que actúa después que el cigoto se ha anidado, adquiriendo así cualidades abortivas, el auto de prueba de fs. 327 contempló como punto sustancial y controvertido sobre el que debería recaer la prueba, el cual ha de entenderse en concordancia con el otro punto fijado y que se refiere a los actos administrativos que aprobaron la comercialización de la píldora del día después. Dicho segundo punto dice lo siguiente: Si es efectivo que estos actos, atentan contra la vida del que está por nacer. En este es, por tanto, en donde debió acreditarse legalmente las consecuencias del fármaco en cuanto a la etapa precisa de gestación en que actúa, lo que no resulta posible por el nivel de desarrollo y certeza alcanzado hasta el momento por la investigación médica; 15º.- Que, como ya se dijo, de los antecedentes acompañados al proceso, surge la duda científica que es fundamental para resolver el conflicto propuesto. En efecto, de las probanzas rendidas por las partes -sea en el probatorio o durante el cumplimiento de las medidas para mejor resolver decretadas por el tribunal- y de cuyo

análisis se hace cargo el fallo en sus fundamentos 22º al 31º, reproducidos por éste, específicamente respecto al punto denunciado sobre el supuesto efecto anti implantatorio, aparece claramente que la discusión central sobre el tema es materia no definitivamente resuelta por la ciencia médica y es aún objeto actual de experimentación y discusiones científicas. Lo mismo se ratifica con los documentos acompañados en la alzada por la demandada a fs. 158, consistentes en doce trabajos científicos sobre la materia, en idioma inglés pero traducidos al español, de los que aparece, en general, que si bien se avanza en términos de comprobar que la actuación del fármaco es anterior a la anidación, ello no es constitutivo de una verdad científica exenta de duda y opinión. Los señalados documentos fueron agregados al proceso con citación y objetados de contrario por tratarse, se dice, de documentos privados no reconocidos por quien los otorga, impugnación ésta que, aún cuando en su oportunidad sólo se ordenó tenerla presente, sin dársele tramitación incidental, debe ser acogida y por tanto restar a ellos todo valor probatorio en cuanto instrumentos privados, sin perjuicio de considerar que su contenido constituye base de una presunción judicial que, unida al tenor y mérito de los documentos científicos agregados en primera instancia, son suficientes para concluir que se trata de un hecho médico-biológico no resuelto científicamente; 16º.- Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquéllos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que Si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz Philippe El Derecho. Editorial Jurídica de Chile.1966.pág.83) Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica , lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad; 17º.- Que justamente ante la encrucijada actual de no existir verdad científica indiscutida en relación a los efectos del fármaco en análisis y ante el requerimiento o necesidad de que éste pueda comercializarse para su uso masivo, la organización administrativa estatal contempla organismos técnicos que, en uso de sus facultades, puede y debe resolver el problema, garantizando la salud pública allí comprometida. El Instituto de Salud Pública de Chile es el órgano contemplado

por la legislación nacional para asumir esa responsabilidad, desde que en el Decreto Ley N° 2.763 de 1979 se señala que es su función Ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario, función que comprende, en lo que interesa, autorizar y registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control, de acuerdo con las normas que determine el Ministerio de Salud, lo que constituye una condición para su comercialización y distribución en el país conforme con el artículo 102 del Código Sanitario; 18°.- Que en este ámbito de la administración, la entidad pública demandada ha dado cumplimiento a sus obligaciones propias en cuanto al registro y autorización de que se trata en autos, haciendo uso de la discrecionalidad que su potestad le acuerda y tomando las providencias sanitarias que le han parecido pertinentes, lo que, en lo sustancial, ha sido analizado por el fallo en alzada en sus considerandos 31° a 36° inclusive, reproducidos por la presente sentencia. En consecuencia, el reproche de nulidad de derecho público que se atribuye a la autoridad administrativa de salud con motivo de la dictación de la resolución que autorizó el registro y venta del fármaco Postinor 2, conocido públicamente como la píldora del día después, debe rechazarse en todas sus partes por no existir vicio que la sustente. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 144, 158, 170 y 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de treinta de junio de dos mil cuatro, escrita a fs. 1.424 y siguientes, que acoge la demanda de fs. 26, declarando nulo de derecho público la Resolución N° 7221, de 24 de agosto de 2001, del Instituto de Salud Pública de Chile, que materializó el registro ISP F8527-01, permitiendo la comercialización del fármaco Postinor 2, elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 mg., y se declara en su lugar que la aludida demanda queda rechazada en todas sus partes, con costas. Regístrese y devuélvase, con sus agregados. Redactó el Ministro señor Dolmestch. ROL N° 4.200-03 (D-6.955-04) acumulada s. Pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, presidida por el señor Hugo Dolmestch Urra y conformada por la Ministra Dobra Luksic y la abogado integrante Paulina Veloso.