

EN LO PRINCIPAL: Apela. EN EL PRIMER OTROSI: Entabla recurso de casación en la forma. EN EL SEGUNDO OTROSÍ: Patrocinio y poder.

S.J.L. en lo Civil 20º

Lidia Casas Becerra, abogada, por la Asociación de Protección a la Familia, APROFA, María Verónica Schiappaccase, Claudia Olaya Dides Castillo y por mi misma, terceros coadyuvantes por la parte demandada, domiciliados para estos efectos en República 105, en los autos sobre Juicio Ordinario de Nulidad de Derecho Público, caratulados, "Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública", Rol Nº 5839-02, a US. respetuosamente digo:

Apelo de la sentencia definitiva de primer grado dictada por US. con fecha 30 de Junio de 2003, por ser agravante a los derechos de mi parte y no ajustarse a derecho, agravio que no puede ser subsanado por ninguna otra vía que no sea por la apelación y casación.

Los hechos son los siguientes, por las razones que paso a exponer:

I. ASPECTOS PROCESALES

Identificación de las Partes

1. Como una cuestión inicial es menester aclarar la sentencia en apelación en el sentido de que identifica erróneamente a los terceros coadyuvantes en este juicio. El Considerando 18º a fs. expresa que "doña Mayra Feddersen Martínez, Viviane Lennon González y doña Alejandra Mera González-Ballesteros; como terceros coadyuvantes;". Estas mujeres no han sido admitidas en este juicio, resolución que es actualmente materia de apelación ante la Iltma. C.A. de Santiago, causa rol 4200-2003 de esa Corte.

Sobre la Identificación y la Consideración de las Pruebas Aportadas

2. Que esta parte, introdujo como prueba documental, tal como lo señala el Considerando 17º a fojas 609, "los siguientes documentos: "Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y la anticoncepción de emergencia", doctor Antonio Mackenna; "Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia", de don Alberto Palomino y Luigi Devoto; y "Mecanismo de acción del levonorgestrel administrado como anticonceptivo de emergencia con la mona Cebus Apella" este último no identifica la autoría de la Sra. María Elena Ortíz y

tampoco el informe del Dr. Ramiro Molina, "La anticoncepción de emergencia y su impacto en la fecundidad adolescente".

Sobre las probanzas documentales aportadas el sentenciador omitió nombrar y considerar el informe presentado por esta parte dentro del término probatorio, el 26 de enero del 2004- el informe del Dr. Luis Valladares, "Mecanismo de Acción del levonorgestrel como anticoncepción de emergencia", documento de toda relevancia en estos autos, ya que aporta antecedentes sobre la forma en que actúa la anticoncepción de emergencia usando levonorgestrel 0,75 mg.

Sobre las Solicitud de Pruebas

3. Atendido la naturaleza de este juicio, en que los principales elementos probatorios lo constituyen las pericias de expertos, es que esta parte solicitó el 11 de marzo -dentro del término probatorio especial- como diligencia probatoria el nombramiento de peritos presentando una nómina para este efecto con los nombres de los expertos señalados en el número anterior a saber, la Sra. María Elena Ortíz, bióloga de la Pontificia Universidad Católica, el Dr. Ramiro Molina, de la Universidad de Chile, el Dr. Luigi Devoto, miembro de la Sociedad Chilena de Fertilidad, experto en reproducción, el Dr. Luis Valladares y el Dr. Antonio Mackenna, todos los cuales habían emitido informes aportados como prueba documental de esta parte. Todos los CVs de los expertos fueron presentados al tribunal.

4. Se celebró la audiencia de nombramiento de peritos, con la asistencia de este parte, el apoderado del ISP y el apoderado del Centro Juvenil Ages, el 21 de abril de 2004. Como consta en la resolución no hubo acuerdo la que **"el tribunal queda en resolver"**.

5. El juez ad quo, no sólo no resolvió el nombramiento de peritos -en tanto diligencia probatoria- solicitados por esta parte causando un gran agravio, sino además con fecha 11 de mayo determinó dar por terminado el período probatorio citando a las partes a oír sentencia y no resolviendo la solicitud de nombramiento de peritos realizadas por esta parte. Esta parte interpuso una reposición, dentro de plazo, a fin de asegurar que la juez resolviera decretar la medida. En efecto, el escrito de reposición señala: "las partes [ISP y terceros coadyuvantes] estamos a la espera del nombramiento de peritos, la prueba que se transforma en la de mayor relevancia e importancia dentro de este proceso." y sigue "sin lugar a dudas, el nombramiento de peritos es de gran trascendencia para poder probar que el acto administrativo de dar autorización para la comercialización de Postinor-2 no atenta contra la vida del que está por nacer."

6. La actuación del sentenciado privó, en los hechos a esta parte de aportar probanzas de carácter técnico-científico las cuales eran del todo necesarias hacerlas valer a través de informes y no de prueba testifical.

7. Al ser rechazados los documentos presentados por esta parte como expresa el fallo apelado en el considerando 23º, el que señala a fs. 1472 que: "los documentos anteriormente descritos, sólo podemos decir que ellos constituyen instrumentos privados que no han sido reconocidos, por las partes que **supuestamente** los suscribieron, los que sólo aparecen firmados, al ser nuevamente acompañados al proceso □[...] por lo que sólo han sido reseñados a fin de ilustrarnos sobre la opinión que **aparentemente** tienen otros especialistas□□" no le ha permitido a esta parte contar con los medios probatorios para participar de este juicio en igualdad de condiciones, violando un principio básico del debido proceso.

8. A mayor abundamiento, es menester recordar que la jueza en su nombramiento de peritos lo hace, tal como consta en la resolución del 1º de junio, como una medida para mejor resolver y no en respuesta a la solicitud de esta parte de presentar informes técnicos por expertos en esta materia aportados por esta parte. Confundir las facultades que le confiere el legislador en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, con la resolución de nombrar a peritos solicitados por esta parte, es violentar el precepto del artículo 431 del CPC, puesto que éste faculta para proceder a la dictación del fallo en la situación "**de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente**", ninguna de las dos hipótesis que se presentan en la especie, puesto que no hay prueba rendida y no devuelta y es su obligación resolver el nombramiento de peritos solicitados por esta parte con la nómina ya presentada, con nombres como la bióloga María Elena Ortíz, que el testigo Patricio Ventura-Juncá del Tobar reconoció en la audiencia testifical, al señalar que las personas que han realizados investigaciones preclínicas.

9. Se violentó las reglas del nombramiento de peritos establecidas en los artículos 412 y siguientes del CPC con la actuación del juez ad quo. Cabe recordar las reglas aplicables en esta materia: en primer lugar, el legislador dispuso en el art. 412 del CPC que el reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio. Luego el artículo 414, dispone que para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a la audiencia, cuestión que se materializó el 21 de abril de 2004. Señala que habiendo desacuerdo sobre la designación de los peritos, el texto expreso del inciso 2º del artículo 414 dispone "**hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal**

caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte.”

El fallo **guarda completo silencio sobre la diligencia de nombramiento de peritos solicitados por el Instituto de Salud Pública y de los terceros coadyuvantes, y tal como señaláramos resolución que quedó en resolverse.** Vale recordar que la actora no solicitó informes periciales en esta materia, por lo cual, lo que en derecho correspondió fue nombrar los peritos de la nómina, lo que podría ser objeto del recurso de apelación tal como lo expresa el mismo precepto.

Sobre la testimonial rendida en autos y las tachas

10. En los considerandos 5º y 6º del fallo a fojas 1456 y siguientes, la sentenciadora resolvió las tachas del testigo Orrego Vicuña, prescindiendo resolver sobre la cuestión debatida, a saber la falta de imparcialidad del testigo. En efecto, la pregunta de tacha formulada al efecto, a fojas 579 del expediente, fue “Para que diga el testigo si de acuerdo a lo señalado por él espera que como resultado de este juicio se cancele el registro de la Píldora que permite su comercialización”. El testigo responde **Si, es decir que espera que se cancele tal registro y que gane el juicio la demandante. La tacha deducida es la del número 6 del artículo 358, a saber la de carecer de imparcialidad necesaria, cual es y como se expresa en la tacha de tener un interés directo en la cancelación del registro sanitario del Producto Postinor-2, lo que ha sido solicitado por los demandantes.**

11. El Considerando 6º del fallo a fojas 1456 resuelve que no ha lugar la tacha atendido a que el testigo no tiene un interés patrimonial. Es menester señalar que la tacha que se le formula es la ausencia de imparcialidad y no de interés patrimonial, puesto que lo que el testigo **persigue y desea es la cancelación del registro y que gane el juicio el Centro Juvenil Ages.** El juicio de autos no versa sobre derechos patrimoniales, que no tiene ni el Instituto de Salud Pública ni los terceros coadyuvantes. Por lo cual, erróneamente la juez ad quo resuelve la tacha, incorporando un testigo claramente intencionado en este juicio, transgrediendo las normas del debido proceso.

La Nulidad de Derecho Público

12. La litis es un juicio ordinario de **NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO**, cuestión que es tratada en el primer punto de prueba, al señalar: “Si es efectivo que los actos administrativos que aprobaron la comercialización de la “píldora del día después” cumplen con las disposiciones del Instituto de Salud Pública.”

13. El juez en su Considerando 51 se refiere a la Nulidad de Derecho Público. El fallo ha omitido si siquiera considerar los elementos probatorios relevantes que fueron aportados por la demandada y los terceros coadyuvantes, cual es el dictamen emitido por la Contraloría General de la República, N° 36.758 del 10 de octubre de 2001. **Este órgano tiene como función controlar los actos de la Administración y sobre el particular -materia de esta litis- señaló que no había ilegalidad alguna en la tramitación y aprobación de registro del fármaco Postinor-2, tal como consta en autos.**

La total ausencia de ponderación e incluso mención a este dictamen, vinculante para los órganos del Estado, y consideración a todos los elementos que obran en el proceso da cuenta de la falta de rigurosidad y desapego al momento de considerar cada uno de los elementos probatorios que obran en el proceso, provocando una lesión tan grave por esta parte que no es posible ser subsanada sino por la vía de la apelación.

II. SOBRE EL FONDO

14. El segundo punto de prueba de estos autos establece es si estos actos, es decir la autorización del fármaco Postinor-2 "atentan 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 cuando 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 adquiriera 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."

15. Sobre el particular, la información pericial y testifical presentada en el fallo contiene evidentes errores de hecho, uno de los los informes tiene un manifiesto sesgo, todo lo cual analizaremos detalladamente, considerando cada una de las afirmaciones realizadas por los testigos y peritos nombrados como medidas para mejor resolver:

a. Que el Considerando 22º, a fojas 1470, el testigo José Benjamín Orrego Vicuña afirmó sobre el levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia que "lejos de prevenir abortos, los contraceptivos de emergencia además de

inducirlos en los embriones preimplantacionales, también los generan en etapas más avanzadas de la gestación".

No existe evidencia de prueba ninguna de las dos aseveraciones hechas por el testigo. Estos hechos no son efectivos.

Sobre la situación de los embriones preimplantacionales, toda la evidencia muestra que la presencia de levonorgestrel 0,75 mg no afecta el endometrio, cuestión que está señalado en el informe del Dr. Luis Valladares, bioquímico, Jefe del Laboratorio de Hormonas y Receptores del Instituto de Nutrición y Tecnología de los Alimentos (INTA, Universidad de Chile) citando el estudio "Post coital administration of levonorgestrel does not interfere with post fertilization events in the new-world monkey *Cebus Apella*" de los autores María Elena Ortíz, RE Ortíz, M.A Fuentes, VH Parraguez y HB Croxatto, *Human Reproduction* 19:1352-1356 (2004), trabajo que al momento de entregar el documento estaba en prensa y actualmente se encuentra publicado. Igualmente, el informe preparado y aportado en estos autos de María Elena Ortíz, bióloga de la Unidad de Reproducción y Desarrollo, de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, afirma en el informe "Mecanismo de Acción del levonorgestrel administrado como anticonceptivo de emergencia en la mona *Cebus Apella*" señala como primera conclusión que "Las monas copularon cuando la ovulación era inminente. En estas condiciones, la administración postcoital del levonorgestrel no alteró el número de embriones que se implantaron". La segunda conclusión del mismo estudio es que "El LNG (levonorgestrel) inhibió o postergó la ovulación cuando el tratamiento coincidió con folículos < 5mm de diámetro, pero no modificó el momento de la ovulación cuando el folículo era > o = a 5 mm." La conclusión general, "**Se demuestra por primera vez en un primate que el LNG, administrado como anticonceptivo de emergencia interfiere con el proceso ovulatorio, y no interfiere con la implantación del embrión en el útero.**"

Sobre situaciones pos implantacionales a las que se refiere el testigo Orrego Vicuña, los estudios realizados en mujeres que se han embarazado **usando LNG como anticonceptivo de uso continuo** muestran que el destino de los embarazos es similar a los grupos controles, sin que haya una mayor incidencia de abortos en presencia de levonorgestrel (Meirik O, Farley TMM, Sivin I, For The International Collaborative Post Marketing Surveillance of Norplant, "Post Marketing Surveillance of Norplant Contraceptive Implant: I. Contraceptive Efficacy and Reproductive Health", en la revista *Contraception* 63:167.186, 2001 y Díaz, S, Pávez, M, Herreros C y Col. "Bleeding patterns, outcomes of accidental pregnancies and levonorgestrel plasma levels associated with method failure in norplant implant users" en *Contraception* 33:347-356 (1986).

Sobre el uso de LNG como anticonceptivo de emergencia, **toda** la evidencia indica, tal como lo refiere el capítulo del Libro de Ginecología del Dr. Alfredo Pérez que en el LNG no tiene ningún efecto sobre un huevo implantado. A mayor abundamiento, y tal como lo expresa la rotulación del fármaco y al que alude el fallo apelado, a fojas 1473, cuando expresa "los anticonceptivos de emergencia no deben ser suministrados en mujeres embarazadas que han confirmado su embarazo, **principalmente, porque no producirán ningún efecto.**"

b. Sobre los dichos del testigo Patricio Ventura-Juncá de especialidad en pediatría y en diabetes, afirma, a fojas 1471 del fallo, "que la información científica existente no garantiza la seguridad del embrión, ni que el levonorgestrel inhiba la implantación del embrión." Añadiendo que "existen diversos estudios científicos, que muestran que el levonorgestrel produce una alteración en la morfología y función del endometrio".

Los estudios realizados en mujeres con levonorgestrel lo han recibido en **forma continua**, no en dosis ÚNICA como en la anticoncepción de emergencia, o lo han rebido en **dosis mucho más altas** que las usadas en anticoncepción de emergencia. Por lo cual, los resultados que señala el testigo NO PUEDEN SER CONSIDERADOS ANÁLOGOS NI APLICABLES A LA SITUACIÓN SUB-LITE, PORQUE ESTAMOS HABLANDO DE DOS COSAS DISTINTAS.

En el **uso continuo** de levonorgestrel tiene efectos sobre el endometrio y produce cambios en la función ovárica. Vale recordar que la opinión del testigo expresada en un documento, no deja de ser más que una mera referencia a su propia opinión manifestada en un medio de comunicación social (El Mercurio en octubre de 2001), sin que ésta cuente con el respaldo de haber sido vertidas en revistas de carácter científico bajo el control de pares.

No puede considerarse idóneo un resumen del efecto del LGN preparado supuestamente por miembros de la Corte Suprema, parlamentarios y el Dr. Ventura Juncá, tal como lo expresa el fallo a fojas 1464.

c. **Peritaje del Dr. Carlos Valenzuela**

Sobre el peritaje evacuado por el Dr. Carlos Valenzuela, y los extractos que se presentan en el fallo a fojas 1386 y siguientes, demuestra que es un informe claramente sesgado y con evidentes errores de hecho.

Sobre el sesgo, esto se manifiesta en la propia carta que el perito envía a la juez ad quo, a fojas 1386, la que señala: "Debido a que su petición es fundamentalmente de efectos adversos sobre el cigoto, embrión o la mujer que utiliza este fármaco, mi informe **está direccionado y sesgado en ese sentido.**"

Sobre las consideraciones contenidas en el fallo cabe señalar lo siguiente:

El Considerando 28º letra a) se afirma que "la acción farmacológica del Levonorgestrel (principio activo de Postinor-2) es triple: en coitos pre-ovulatorios retarda la migración de los espermios y retarda o detiene la ovulación; en su acción en coitos pre-ovulatorios inmediatos en los que no detiene la ovulación y en los post-ovulatorios (la ovulación ya se ha producido) cambia la mucosa de las trompas de Falopio (oviductos) y del útero de modo de disminuir su capacidad para mantener viable al cigoto, retarda su migración en las trompas o impide la anidación del embrión."

NO EXISTE NINGUNA INFORMACIÓN CIENTÍFICA QUE SOSTENGA LA AFIRMACIÓN REALIZADA EN EL SENTIDO DE QUE CAMBIA LA MUCOSA DE LAS TROMPAS DE FALOPIO NI DEL ÚTERO, de que retarde su migración o impide la anidación y de hecho, el informe no hace una referencia al cambio en la mucosa. A mayor abundamiento, la página tres del informe a fs. 1389, el citado informe señala **"no pueden concluir certeramente sobre el efecto en el cigoto o en la implantación (aunque lo indican con alta probabilidad)".**

La letra b) a que se refiere la jueza en el Considerando 28º a fojas, 1475 "Cuatro años después el Grupo OMS realizó un segundo estudio (von Hertzen et al. 2002). Estos autores encontraron que el levonorgestrel dado con una dosis entre 1 y 3 días después del coito tenía una efectividad de 80% independientemente del tiempo transcurrido entre el coito y la administración del fármaco. Este sólo hecho es un indicador conclusivo del efecto anti-implantatorio del fármaco (si sólo tuviera efecto antiovulatorio la efectividad debería decaer en un 26% entre el primer y segundo día y, decaer en un 24% entre el segundo y tercer día, según las probabilidades usadas por Croxatto et al. 2002, normalizadas a 100%)..." y añade "El excedente de efectividad debe ser atribuido al efecto anti-implantatorio...".

El perito está aplicando los resultados de estudios en otras materias para sostener su conclusión. Por lo cual los hechos que sostiene no son efectivos.

En este sentido, no se puede usar estimaciones de eficacia anticonceptiva para deducir o suponer un mecanismo de acción. Los estudios científicos para probar los mecanismos de acción deben estar orientados en ese sentido.

A mayor abundamiento, las estimaciones realizadas por el perito Valenzuela no son las correctas, de hecho, los cálculos realizados por él no se sustentan en las estimaciones más recientes de la eficacia anticonceptiva del Levonorgestrel 0,75

mg. (Trussel, Ellerston, Von Hertzen, Bigrigg, Webb, Evans, Ferden y Leadbetter, "Estimating the effectiveness of emergency contraceptive pills" en *Contraception* 67:259-265 (2003).

En la letra d) reseñada en el fallo a fojas 1475, el perito afirma "levonorgestrel puede producir cambios que dificultarían la anidación del embrión humano..."; y agrega que "Los posibles cambios en la mucosa de las trompas son importantes porque al prolongar el tránsito del cigoto y embrión en ella pueden exponer a un embarazo ectópico o a un envejecimiento del embrión que lo inhabilita para implantarse correctamente en el útero. Otros autores no han encontrado cambios por lo que el punto continua siendo controversial...".

En su informe, **el perito reconoce**, cuestión no mencionada por la juez ad quo, que la evidencia científica que presenta se refiere a otros anticonceptivos y en otras dosis tal como él mismo expresa **"que el levonorgestrel puede producir cambios que dificultarían la anidación del embrión humano (Ver trabajos de Larimor y Stanford 2000) para los anticonceptivos orales, aunque no para el levonorgestrel de emergencia, y de Ugocsai en dosis más altas que las habituales..."** (fojas 1391) EN CONSECUENCIA, NO EXISTE EVIDENCIA ALGUNA DE QUE ALTERE EL ENDOMETRIO NI LAS TROMPAS EL LEVONORGESTREL 0,75 MG USADO COMO ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA.

En la letra f) reseñada en la sentencia a fojas 1476, el perito afirma "Los determinantes científicos operacionales que se le exige a cualquier ser vivo para ser un individuo de la especie son: autonomía (**procesal**), integralidad (todos sus elementos están vinculados a un programa de desarrollo) y completud (genoma completo de la especie en estado funcional para generar el desarrollo de cualquier estado de los individuos de esa especie). El cigoto humano cumple con estos tres requisitos."

Desde el punto de vista biológico, el cigoto depende en forma absoluta del cuerpo materno para su desarrollo hasta el momento del nacimiento, por lo tanto, no es claro el sentido de la frase del perito en cuanto a la **"autonomía (procesal)" del cigoto.**

En la letra i) reseñado en el fallo, reseñado a fojas 1477 se refiere a la ocurrencia del embarazo ectópico, señalando, "El embarazo ectópico con levonorgestrel de emergencia se dio en 2,2% en el estudio de la OMS (von Hertzen et al.2002) algo superior al máximo esperado espontáneamente...".

En cuanto a la presentación de los datos sobre embarazo ectópico, el perito incurre en una manipulación de estos. El estudio de von Hertzen incluyó 2712 mujeres tratadas con LNG (levonorgestrel) en las que se observó **un solo caso** de embarazo ectópico entre los 44 embarazos observados. Dado que, en la

población general la frecuencia de embarazo ectópico es uno de cada 150 a 200 embarazos y que en este estudio el número de embarazos estimados es de 216, la frecuencia de embarazos ectópicos con presencia de LNG **es igual a la población general. EN CONSECUENCIA, NO HAY DIFERENCIAS EN LA FRECUENCIA DE EMBARAZO ECTÓPICO EN EL GRUPO DE MUJERES QUE HA USADO LNG 0,75 MG Y LAS MUJERES QUE CONFORMAN LA POBLACIÓN GENERAL.**

Por último, el perito va más allá, aportando opiniones sobre materias que no son de su competencia -no es su oficio ni de su ciencia- cuando comienza a analizar, a fojas 1391, el alcance constitucional de un cigoto humano, animados o no, tal como lo expresa e incluso utiliza términos como "cigotididio" o "embrionicidio", figuras penales inexistentes que ni siquiera se recogen en la doctrina penal.

d. Sobre el peritaje de Inés Elisa Ruiz Alvarez, químico-farmacéutico.

El Considerando 29º, la juez ad quo reseña conclusiones que no son efectivas. **Las conclusiones que a la que arriba dicho peritaje no están expresadas en el fallo.** Así la letra b) reseñada en la sentencia a fojas 1477, el fallo afirma: "Para los anticonceptivos orales que contienen asociaciones de estrógenos (como el Etililestradiol) 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 Inés Elisa Ruiz Álvarez se refiere a los mecanismos de acción **de la anticoncepción de uso regular. El fallo desconoce, 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.**

A mayor abundamiento, la misma perito informa sobre mecanismos de acción del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia, concluyendo 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.” Todo ello señalado a fojas 1396 del expediente.

Sobre las contraindicaciones a que alude en la letra c) (Si el Postinor 2 se encuentra contraindicado en personas con ciertos antecedentes de enfermedades que por alguna razón desconoce; y cuáles serían esas enfermedades, y si ello puede llegar a provocar la muerte) todo ello se detalla en el considerando 29⁰¹.

Todas las contraindicaciones citadas por la perito, se refieren a la anticoncepción combinada de uso regular (continuo) que no son aplican a los anticonceptivos de progestágenos puros usados en forma continua o como anticoncepción de emergencia. Más aún, la perito en su informe a fojas 1397 señala: **“En las mismas referencias se insiste que las contraindicaciones habituales para los anticonceptivos de uso mensual pudieran no ser válidas debido al breve uso del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia.”**

Destacamos que la AE basada en LNG no tiene contraindicaciones según lo expresa la Organización de la Salud (OMS, Criterios de Elegibilidad Médica para el Uso de Anticonceptivos, Ginebra, 2000), y como lo señala el capítulo AE del libro de ginecología del Dr. Alfredo Pérez Sánchez, lo señalado en el informe del Dr. Luis Valladares. Sobre este punto, la perito Ruiz señala “existe poca información sobre las contraindicaciones específicas para el preparado de LNG anticonceptivo de emergencia y muchas veces se extrapolan las contraindicaciones de los anticonceptivos habituales.” La perito agrega, **“Con respecto a la anticoncepción de emergencia con levonorgestrel, los efectos adversos que se pueden producir son náuseas (en cerca del 50% de las usuarias), vómitos (20%), diarrea, sensibilidad en las mamas, cefalea, mareos, fatiga, dolor abdominal bajo y retraso en la menstruación. De estos efectos adversos ninguno es grave y en algunos países se considera el producto suficientemente seguro como para ser adquirido sin necesidad de prescripción médica (por ejemplo, Noruega, Suecia, Israel). En Chile su condición de venta es con receta médica.”**

15. Sobre la Presunción Judicial

¹ "Es así como para los anticonceptivos orales que contienen levonorgestrel estarían contraindicados en aquellas mujeres que fuman o que presentan antecedentes de una enfermedad hepática activa, tromboflebitis o trastornos tromboembólicos activos diátesis hemorrágica, cáncer de mama o endometrio, posible embarazo, sangramiento uterino o genital anormal no diagnosticado, historia de hipertensión intracraneana idiopática, hipersensibilidad, trastornos en el metabolismo lipídico, enfermedad cardiovascular. Asimismo se establece que deben usarse con precaución cuando la mujer tiene antecedentes de fumar, menstruación anormal, terapia con anticonvulsivantes o con antihiperlipidémicos, ictericia, depresión, retención de fluidos, diabetes, enfermedad autoinmune, embarazo ectópico, asma, venas varicosas, como también cuando existen antecedentes familiares de enfermedades cardiovasculares. Tampoco son recomendables en madres que están amamantando"... y agrega que "que en otros países se dan a las usuarias de anticoncepción de emergencia con Levonorgestrel se menciona que las contraindicaciones serían la alergia a este medicamento u otro progestágeno...", en este sentido señala que "vale la pena indicar que las reacciones alérgicas a medicamentos pueden llegar a ser severas e incluso letales ..."

El considerando 41º señala:

“CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, atendido a que en la ciencia médica no existe consenso [sic] sobre los efectos abortivos del principio activo del Postinor-2, esto es, el Levonorgestrel 0,75 mg..” Lo mismo agrega en el considerando 47º.

En este sentido, el juez ad quo hace una sinonimia entre aborto e implantación, cuestión del todo discutida no sólo en la ciencia médica (tal como lo señala el perito Valenzuela en su informe a fojas 1390) sino también en el Derecho.

La ciencia médica ha definido como aborto la interrupción del **embarazo antes de las 20 semanas de gestación. La Organización Mundial de la Salud y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia han señalado que, desde el punto de vista clínico, para que haya aborto se requiere previamente embarazo, y un huevo fertilizado sin imbricación biológica con su madre no constituye un embarazo.**

15. Que en la medida en que la juez ad quo construye una presunción judicial para resolver el caso, invierte la carga de la prueba, esto es que el demandado debe desvirtuar los hechos que el actor alega, es decir probar el mecanismo de acción y un hecho negativo, cual es que el fármaco no es abortivo.

16. La existencia del levonorgestrel en Postinor-2 no puede constituir de manera alguna el hecho cierto. El hecho cierto sobre el cual funda “de la circunstancias objetivas aportadas por los documentos rolantes a fojas 562 y siguientes, suscrito por el doctor Patricio Ventura Juncá, quien además declaró como testigo en este juicio; y en cuyo documento se da cuenta de la existencia de tres estudios que a la fecha aportan evidencia de que el Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia, puede producir cambios en el endometrio; Moggia 1974; Landgren 1989 y Wang 1998”.

No puede fundar una presunción sobre los dichos de un testigo, más aún cuando estos NO SON EFECTIVOS. Los estudios por Ventura Juncá de ninguna manera son aplicables al uso de anticoncepción de emergencia. En el estudio de Langdrem se administra LNG en dosis y tiempos (4 días) diferentes a las usadas en AE, y el estudio de Wang ha sido presentado en un congreso científico, nunca se ha publicado en una revista científica a fin de ser evaluado por sus pares para su rigurosidad científica. Lo mismo supone decir para lo publicado del Dr. Ventura en el Diario El Mercurio, medio de comunicación, que no tiene comité editorial científico ni es un lugar de discusión de datos relevantes en la ciencia o en la medicina.

A mayor abundamiento, y contrario a lo que señala la sentencia en el considerando 47, la perito doña Inés Elisa Ruiz Alvarez, químico-farmacéutico no concluye aquello que refiere el fallo como se ha detallado anteriormente. Por su parte, el perito Valenzuela señala en su informe a fojas 1390 que el LNG, **“usado como anticonceptivo de emergencia, no se ha observado efectos secundarios adversos graves directos sobre la salud de la mujer que lo usa. Lo que se ha visto no es diferente a lo que se observa con cualquier medicamento ya que todos tienen efectos adversos.”**

Para desvirtuar los estudios realizados en las monas Cebus Apella en el considerando 49º señala:

“En cuanto a este último efecto, la ciencia médica sólo nos aporta antecedentes que nos indican la realización de experimentos realizados en animales, que descartarían este efecto, sin embargo, no se puede sin más extrapolar estos estudios en humanos, garantizándose con rigurosidad la seguridad para el embrión.”

El modelo animal representado por la mona es el más cercano posible a la mujer porque ambas especies (monas y mujeres) tienen ciclos menstruales donde la actividad ovárica es igualmente regulada por la hipófisis y donde se ha establecido respuestas al LNG del todo similar cuando se administra esta hormona en la fase pre y peri (alrededor) ovulatoria.

17. Cabe recordar S.S. que el artículo 47 del Código Civil “se dice presumirse el hecho de que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas” en consecuencia, el conocimiento pasa a ser el elemento esencial de la presunción, lo que no ocurre en la especie porque los hechos son ciertamente controvertidos, y como SS. invariablemente reconoce a lo largo de toda esta sentencia.

Por otra parte, el artículo 1712 del Código Civil las presunciones “que deduce el juez deben ser graves, precisas y concordantes” y como ya señalamos un hecho que es controvertido no puede ser una circunstancia que tenga las características que exige esta disposición citada. Por lo anterior, la presunción que vuestra SS ha construido carece de los requisitos que exige la ley y sobre esta base a ninguna conclusión se puede llegar.

18. SOBRE EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 19 Nº1 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

- a) La anticoncepción de emergencia no tiene alcance ni afectación alguna al artículo 19 Nº1 de la Constitución Política porque de ningún modo se afecta la vida del que está por nacer, ya que se trata de un medio anticonceptivo.
- b) A mayor abundamiento, la Constitución Política de la República de 1980 en el artículo 19 Nº1 no alude de ninguna manera a la concepción o la protección constitucional a la vida **desde la concepción**. La historia fidedigna de la

redacción de este numeral demuestra que los comisionados no desearon definir la concepción o establecer el inicio de la protección constitucional. Al efecto, el presidente de la Comisión don Enrique Ortúzar se preguntó si era posible garantizar el derecho a la vida del que está por nacer, "... porque ¿en qué momento comienza el derecho a la vida del hijo que está por nacer? ¿Al día siguiente de la relación sexual, al día subsiguiente, a los diez días?, se pregunta el señor Ortúzar. Desde luego, entonces, se trata – por lo menos en cuanto a la determinación de su inicio – de un derecho relativo. Probablemente después de un mes, cuando haya un germen o un feto, pues es probable que a los pocos días aún no exista." (Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Vol. 3, Garantías Constitucionales, Sesión 87ª del 14 de noviembre de 1974, Santiago, p. 15).

- c) Igualmente los Comisionados no establecieron, en nuestra Carta Fundamental, un derecho constitucional al "que está por nacer", entregando su protección a la ley, repitiendo la norma del artículo 75 del Código Civil. La Constitución asegura el derecho a la vida de todas las personas, y se entiende que hay existencia legal de la persona desde cuando se nace, independiente de los derechos eventuales. El propósito de la Comisión Ortúzar fue dejar al legislador márgenes de acción discrecionales sobre las formas de protección del *nasciturus*, y en particular de la regulación del aborto en Chile.
- d) De ello se desprenden dos importantes consecuencias: la Constitución no establece ningún parámetro respecto de la concepción, y en segundo lugar no concede una protección constitucional al que está por nacer. Más aún, la protección al *nasciturus*, establecida en el inciso 2º del artículo 19 N° 1 ni siquiera equivale a prohibir expresamente el aborto en los términos que han planteado los recurrentes.
- e) No existe una equivalencia semántica entre el verbo rector *proteger* y *prohibir*. En este sentido, la protección de un bien, como la propiedad, no significa que ésta sea intocable. 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. (Rodolfo Figueroa, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, sin publicar). La existencia de un discutible efecto anti implantatorio, cuestión que además rechazamos, es un riesgo materia privativa del Estado regulador.
- f) Una cuestión medular en la hermenéutica constitucional es hacerse la pregunta por qué el Constituyente le destinó un inciso distinto al no nacido. La diferencia radica, a nuestro juicio, en una valoración claramente diferenciada entre personas nacidas y los concebidos y por nacer. Si este no fuera la lógica, y la protección del no nacido, fuera desde un momento tan ambiguo como la concepción, la tipificación del aborto sería inconstitucional, puesto que haría una distinción absolutamente arbitraria, y el juez en

presencia de cada aborto debería sancionar como un homicidio. Ello es claramente contraintuitivo.

- g) En consecuencia, si la propia Comisión de Estudios no quiso obligar al legislador a prohibir toda forma de aborto, menos aun puede entenderse que prohíbe un método anticonceptivo. El argumento del actor, fundado en un fallo, llevaría al absurdo jurídico de plantear que existiría una especie de *derecho* de los óvulos a ser germinados o fecundados y que la perturbación de este derecho constituiría una acción punible, una especie de aborto que excede las normas más elementales de la tipicidad.
- h) El Código Civil tampoco provee ninguna definición sobre el alcance de la voz *concepción*. El Código intenta dilucidar el momento de la concepción a partir de un hecho conocido, cual es el nacimiento y de allí construye una presunción de derecho para establecer una posible fecha de ocurrencia de la concepción. El desarrollo de la ciencia médica ha dejado en evidencia que esta presunción de derecho está construida desde conocimientos obsoletos y que en muchos casos no es cierta. No es posible que el legislador de 1855 tuviese el conocimiento científico para determinar y definir ciertas nociones, por lo cual el Código Civil no es, en ningún caso, la herramienta idónea para definir estas materias. Las reglas del Código Civil están especialmente previstas para dilucidar aspectos patrimoniales y los derechos eventuales de los concebidos y no nacidos.
- i) El Dictámen de la Contraloría General de la República Nº 25.403 de 1995 al resolver la otorgación de una pensión por violación a los derechos humanos a una mujer, tuvo como principal fin **el reconocimiento de la violación de los derechos humanos de una embarazada**, quien producto de las torturas perdió al hijo que llevaba en su vientre. La 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 del hijo.

19. Esta es una materia, en que el juez debe ponderar con todas las reglas hermenéuticas posibles. Para ello, el artículo 21 del Código Civil dispone que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido de aquellos que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso. Ni los conceptos de concepción, embarazo ni aborto han sido definidos por el constituyente o el legislador, por lo cual sólo procede atender al sentido y alcance que le den a dichos términos, los que profesan aquella ciencia u arte. En la especie, a las autoridades nacionales e internacionales de salud, tales como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile.

20. EN CUANTO A LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA PROTECCION DEL DERECHO A LA VIDA

Los demandantes señalan en su escrito que el acto que autoriza la comercialización del Postinor 2 debiera ser anulado en razón de atentar contra el Art. 19. 1 de la Constitución Política, el que, según ellos, debe ser complementado por el Art.4. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José. Sostienen que estas normas protegen la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción.

Al respecto nos cabe señalar:

a. La Convención Americana no constituye una prohibición absoluta del aborto como pretenden los demandantes. De su tenor literal, de los antecedentes que arrojan los trabajos preparatorios del Art. 4.1 y en general de las normas de interpretación de los tratados internacionales de acuerdo a la Convención de Viena o Derecho de los Tratados se deduce que dicha protección es relativa, así lo ha afirmado la doctrina internacional. Por lo tanto, esta disposición no puede ser utilizada para fundamentar la pretensión de invalidar el acto que permite la comercialización del "Postinor 2". Si la protección que establece el Art. 4.1 admite la posibilidad de que las legislaciones nacionales de los Estados Parte contemplen excepciones a esta protección autorizando casos de aborto, entonces menos aún puede utilizarse como argumento para recurrir contra el Instituto de Salud Pública y el acto que autoriza la aplicación de un método anticonceptivo de emergencia que no es abortivo.

b. A mayor abundamiento, el Art. 4.1 del Pacto de San José establece que:

"Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente."

La norma que se cita debe 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:

"1. 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."(Art. 31 de la Convención de Viena)

De allí que resalta, en primer lugar, el término **en general** que de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española refiere a: *"en común, generalmente, generalidad: Mayoría, muchedumbre o casi totalidad de los individuos u objetos que componen una clase o un todo sin determinación a persona o cosa particular"*. En la disposición que nos convoca, es claro que el término ha sido utilizado 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 el término **en general**.

En este mismo sentido podemos referirnos también a los trabajos preparatorios que antecedieron a la redacción de dicho artículo y que 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 que sus legislaciones internas pudiesen contemplar "los más diversos casos de aborto".

Esta misma interpretación fue confirmada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución N.º 23/81, en el caso llamado "*Baby Boy*" (*White and Potter v. United States*), interpuesto en contra de Estados Unidos. (ANEXO 4) En dicha resolución la Comisión explica el sentido y alcance del artículo 4.1 de la Convención Americana, en cuanto a la protección de la vida del no nacido, en los siguientes términos:

"Las implicaciones legales 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"...", por lo cual, a la luz de las deliberaciones que rodearon el origen de esta particular frase, "**aparece seguro concluir que el derecho no establece una prohibición absoluta del aborto.**" (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). (ANEXO 5)

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 puede invocarse esta norma para argumentar la ilegalidad de

un método anticonceptivo de emergencia. Mas aún, las mas altas autoridades sanitarias y científicas de nivel internacional y nacional, como son la Organización Mundial de la Salud y el Instituto de Salud Pública, así como los nuevos estudios científicos que en este acto se acompañan, confirman que tal método no es abortivo.

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

"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 de referencia consagra como principio interpretativo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos el denominado principio "pro persona" que es la obligación de interpretar los derechos consagrados (en este caso en la Convención) del modo mas favorable a las personas, y las limitaciones a dichos derechos del modo mas restrictivo posible. En definitiva, ningún derecho podría ser interpretado de manera de restringir, limitar o anular el goce y ejercicio de los derechos consagrados en el propio pacto. En el caso de autos, y considerando la evidencia científica que se acompaña en relación a que no es abortiva, no sólo se ha hecho una errada interpretación del Art. 4.1, sino que, la pretensión de los demandantes, esto es, solicitar la nulidad de derecho público del acto que autoriza la comercialización del "Postinor 2", restringiría o limitaría, en el improbable caso de ser acogida, el ejercicio de los derechos que se consagran en esta convención, en particular el derecho a la vida privada establecida en el Art. 11.2 de la Convención Americana:

"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"

Al respecto, 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." (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Annual 1996, Caso X e Y contra Argentina, Informe 38/96, párrafo 91). Por su parte la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado respecto del contenido de este derecho que: "El concepto de vida privada es un término amplio que no es susceptible de una definición exhaustiva" aunque ha señalado que cuestiones tales como el género, nombre, orientación sexual y vida sexual son importantes elementos de la esfera privada, protegida por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos ((ver por ejemplo, the B. v. France judgment of 25 March 1992, Series

A no. 232-C, § 63; the Burghartz v. Switzerland judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, § 24; the Dudgeon v. the United Kingdom judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, § 41, and the Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom judgment of 19 February 1997, Reports 1997-1, § 36). Por lo tanto, dentro del derecho a la vida privada se incluye el campo de decisiones a tomar en relación a la vida sexual y reproductiva, en particular el derecho a decidir qué método de regulación de la fecundidad utilizar.

La determinación de utilizar, o no, un determinado método anticonceptivo es uno de los temas más íntimos que una mujer, hombre o una pareja decide a lo largo de su vida. En efecto, se encuentra dentro de aquella esfera de intimidad en la cual el Estado no debe intervenir, a menos que dicha intervención esté autorizada por ley, sea necesaria en una sociedad democrática para la seguridad de todos, sea razonable y proporcional, y no exista un opción alternativa.. Como lo confirma el máximo tribunal de un Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos: "El presente caso, concierne una relación que cae dentro de la zona de privacidad creada por varias garantías constitucionales fundamentales. Y se refiere a una ley que, al prohibir el uso de anticonceptivo ... intenta lograr sus fines por mecanismos que tienen el máximo impacto destructivo sobre esa relación." (Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, Griswold v Connecticut, 381 U.S. 479.)

e. En el caso de autos, la aceptación de la pretensión del demandante para anular el acto del Instituto de Salud Pública que autoriza la comercialización del "Postinor 2" constituiría una violación al derecho de las mujeres chilenas a decidir, dentro de su esfera de privacidad de acuerdo al Art. 11.2 de la Convención, qué método de anticoncepción utilizar y cuando hacerlo.

Siguiendo con las normas que deben aplicarse al momento de invocar disposiciones de derechos humanos consagrados en los tratados internacionales y teniendo presente que, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las normas y principios de interpretación difieren de las normas de interpretación jurídica aplicables a la legislación nacional, cabe señalar que el Art. 29 b) y d) agrega que:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (b) limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.(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"

Estas normas consagran como principio interpretativo la necesidad de considerar los distintos tratados, resoluciones, y recomendaciones emanadas de distintos organismos internacionales a la hora de interpretar o esclarecer el

sentido y alcance de las disposiciones del Pacto de San José, en particular del Art. 4.1. Es a través de la concurrencia de los tratados y resoluciones o recomendaciones internacionales que se interpretan los derechos humanos de manera armónica sin establecer precedencia entre ellos. Por lo tanto, cualquier interpretación del Art. 4.1 del Pacto de San José que se hiciera debería considerar aquellos tratados de los cuales Chile es parte, al menos la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, instrumento que consagra los derechos humanos de las mujeres, cuestión que en este punto es de relevancia para decidir si tiene o no fundamento la pretensión de los demandantes.

El Artículo 16.1 letra e) de dicha convención señala 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 **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.**”

e. Siguiendo con la argumentación expuesta en relación con el contenido del derecho a la intimidad e interpretado éste armónicamente con la disposición recién señalada, el campo de decisiones que se incluyen dentro de la vida sexual y reproductiva de las personas, incluye, tal y como lo consagra la CEDAW, el derecho a decidir el intervalo y el número de hijos, para lo que se requiere disponer de información, educación y diversos medios, como los métodos anticonceptivos, que permitan el ejercicio de este derecho y cuyo acceso también está garantizado, como además lo refuerza 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.**”

El “Postinor 2” es un método de anticoncepción de emergencia que, aún cuando está destinado a ser utilizado en situaciones de emergencia tal como su nombre lo indica, integra la gama de métodos de planificación familiar respecto de los cuales las mujeres pueden optar en el ámbito de decisiones que son parte de su esfera más íntima, más aún cuando éste método, de acuerdo a la información científica que se acompaña, no es

abortivo y permite la decisión sobre el número de hijos/as y su intervalo. Para una mayor comprensión, la Recomendación General Nº 19, párrafo 22 del órgano de supervigilancia de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Mujeres, señala:

“Los Estados procuren que se apliquen medidas... para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”.

El juez Mr. Justice Munby en el High Court of Justice Queens Bench Division Administrative Court en la causa “Smeaton v Secretary of State for Health” [2002] EWHC 610 (Admin) del 18 de abril del 2002 señaló en una contundente decisión de 70 páginas que no anularía un acto de la Administración que aprobaba la prescripción, venta y uso de la anticoncepción de emergencia; reconoció que las implicancias del caso iban más allá de la legalización de la mera anticoncepción de emergencia, sino que además comprendía la legalidad del uso de todos los métodos anticonceptivos, aún cuando el demandante no lo reconociera explícitamente. Que no ponderar todas las implicancias del caso era rehuir a la pregunta sobre la legalidad de las conductas apegadas a la ley de la ciudadanía -usar métodos anticonceptivos- por lo cual la interpretación de la ley no podía sólo hacerse en atención a textos legales que ni siquiera reflejen la actual situación. Señaló además que, “397. Es 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 reconocer que las demandadas que la elección [de los métodos] es una cuestión individual.

398. Las decisiones sobre cuestiones tan privadas e íntimas como usar o no métodos anticonceptivos, son claramente materias que deben ser dejadas a la elección individual (...) y no puedo dejar pasar que las elecciones en materia de anticoncepción es parte de la ‘vida familiar y privada’ protegida por el artículo 8 de la Convención [Europea de Derechos Humanos].” (ANEXO 6)

La declaración de nulidad de la autorización para comercializar el “Postinor 2” podría contribuir a que las mujeres recurran a procedimientos riesgosos, como el aborto clandestino, para el control de su fecundidad, contraviniendo con ello la interpretación que a propósito de el Art. 12.1 hace el Comité de la CEDAW. Además, y concretamente refiriéndose a la situación chilena a propósito del

Informe del Estado de Chile sobre cumplimiento de ésta Convención (1999), dicho comité de supervigilancia señaló:

“El Comité recomienda al Gobierno (...) que refuerce las medidas encaminadas a la prevención de embarazos no deseados, incluso **ampliando la disponibilidad sin restricciones de medios anticonceptivos de toda índole.**”

Una interpretación coherente del artículo 4.1 de la Convención Americana, invocada por los demandantes para fundamentar su pretensión de nulidad de derecho público en contra del acto administrativo del Instituto de Salud Pública que autoriza la comercialización del “Postinor 2” , no puede vulnerar lo establecido en los artículos 12.1 y 16.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

La interpretación planteada por los demandantes no se ajusta a las reglas de interpretación de los tratados sobre derechos humanos, no sólo en cuanto no se han sujetado a la interpretación literal, ni a sus trabajos preparatorios, ni a las resoluciones internacionales en que se aplica esta disposición, sino también y **fundamentalmente, por cuanto ignora absolutamente la existencia de otros tratados internacionales de derechos humanos que también están en juego al tratar de la anticoncepción de emergencia, y que determinan la correcta interpretación de los mismos**

La interpretación de ambos preceptos en relación al Art. 4.1 del Pacto de San José de esta manera se hace armónica, ya que no existe preeminencia entre las disposiciones que concurren en dicha interpretación.

Cabe señalar que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de los cuales el Estado se hace parte, generan obligaciones jurídicas para el mismo. En efecto, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, en tanto suscritos y ratificados por el Estado de Chile, generan la obligación jurídica internacional de respetar y garantizar, por todos y cada uno de los órganos del Estado, los derechos que en ellos se contempla. En efecto, de acuerdo a los artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo ... de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, el Estado chileno se encuentra obligado tanto a “respetar los derechos y libertades reconocidos” por dichos instrumentos, como a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” sin discriminación alguna, así como a “adoptar las medidas oportunas, legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos”.

Por otra parte la Constitución Política en su Art. 5 confirma la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales en su Art. 5 inc.2 que señala:

“ ..El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Dicho artículo en primer lugar, establece que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen un límite al ejercicio del poder estatal. De allí puede desprenderse que, estando estos tratados ratificados y vigentes en Chile, ningún órgano del Estado podría desconocerlos en su actuar. La importancia de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales así como el límite que constituyen al ejercicio del poder del Estado se hace evidente con la reforma realizada a este artículo en los años 80. En efecto, el texto antiguo ya contemplaba una disposición que consagraba **los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana** como límite al ejercicio de la soberanía y es a través de la reforma que se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos como una de las fuentes de dichos derechos. De no querer darle realce a los derechos consagrados en dichos tratados no habría sido necesaria dicha reforma.

Ahora bien, los tratados internacionales de derechos humanos suelen contener normas interpretativas respecto de los derechos que consagran, las que, como vimos deben ser complementadas con las normas generales de interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena. Cuando el Estado reconoce como límite a la soberanía los derechos consagrados en los tratados internacionales se refiere tanto a las normas que consagran derechos como a aquellas que permiten una correcta interpretación de las mismas, las que como vimos, difieren de las normas aplicables en el ámbito de la legislación nacional.

La obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos de acuerdo a lo establecido en el Art. 5 inc. 2 es plenamente concordante con la acción emprendida por el Instituto de Salud Pública al autorizar la comercialización del “Postinor 2”, fármaco sobre el cual no recae ningún tipo de prohibición, mas aún cuando este, de acuerdo a los últimos estudios e investigaciones científicas, no constituye un método abortivo. Desconocer la legalidad de la actuación del Instituto de Salud Pública invocando, entre otros fundamentos, el Art. 4.1 del Pacto de San José resultaría, de ser acogida, en la violación de los derechos consagrados en los Arts. 4.1, Art. 11.1 de dicha Convención y los Arts. 12.1 y 16.1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en razón del correcto uso de las normas de interpretación que se establecen tanto, el Pacto de San José en su

Art. 29 como en el Art. 2 y 3 de la CEDAW y el Art. 31 de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados.

Fundamento el recurso en las siguientes disposiciones que detallo en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, artículos 47 y 1712 del Código Civil, los artículos 19 N°3, N°5 de la Constitución Política de la República, artículos 4, 29, de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención contra la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículos 3, 12, 16.1.

POR TANTO, de acuerdo con los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil,

RUEGO A US., se sirva tener por interpuesto recurso de apelación fundada en contra del fallo referido, y concederlo, a fin de que el Tribunal Superior, la Ilustrísima Corte de Apelaciones, enmendandola conforme a derecho, lo revoque y resuelva, concretamente:

1. La revocación de la sentencia impugnada declarando no ha lugar a la demanda del Centro Juvenil Ages en contra del Instituto de Salud Pública.
2. Condenar en costas a la demandante.

PRIMER OTROSI: Estando dentro del plazo legal, y conjuntamente con el recurso de apelación deducido en lo principal, entablo por este acto, recurso de casación en la forma, en contra de la sentencia definitiva de primer grado dictada por Su Señoría con fecha 30 de junio de 2004 y notificada a nuestra parte con fecha 1º de julio de 2004, y cuya invalidación solicitamos, atendidos los fundamentos que pasan a expresarse en el cuerpo de este escrito.

CAUSALES DEL RECURSO

Fundamos el presente recurso en la causal establecida en el N° 9 del artículo 768 y el artículo 795 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es: **“En haberse faltado a algún trámite o diligencia declarada esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad” y “La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión”.**

Por los hechos que paso a exponer:

1. Atendido la naturaleza de este juicio, en que los principales elementos probatorios lo constituyen las pericias de expertos, es que esta parte solicitó en el

11 de marzo de 2004 -dentro del término probatorio especial el nombramiento de peritos presentando una nómina para este efecto con los nombres de los expertos señalados en el número anterior a saber, la Sra. María Elena Ortíz, bióloga de la Pontificia Universidad Católica, el Dr. Ramiro Molina, de la Universidad de Chile, el Dr. Luigi Devoto, miembro de la Sociedad Chilena de Fertilidad, el Dr. Luis Valladares y el Dr. Antonio Mackenna, todos los cuales habían emitido informes aportados como prueba documental de esta parte.

2. Se celebró la audiencia de nombramiento de peritos, con la asistencia del apoderado del ISP, apoderado de esta parte y el apoderado del Centro Juvenil Ages, el 21 de abril de 2004 y como consta en la resolución no hubo acuerdo y tal como expresa la resolución **"el tribunal queda en resolver"**.

3. El juez ad quo, no sólo no resolvió el nombramiento de peritos solicitados por esta parte causando un gran agravio, sino además con fecha 11 de mayo determinó dar por terminado el período probatorio citando a las partes a oír sentencia y no resolviendo la solicitud de nombramiento de peritos pedidas por esta parte. Por ello, esta parte interpuso un recurso de reposición, dentro de plazo, a fin de asegurar que la juez resolviera decretar el nombramiento. En efecto, el escrito de reposición señala: "las partes [terceros coadyuvantes] estamos a la espera del nombramiento de peritos, prueba a la que US. accedió- y que se transforma en la de mayor relevancia e importancia dentro de este proceso." y sigue "sin lugar a dudas, el nombramiento de peritos es de gran trascendencia para poder probar que el acto administrativo de dar autorización para la comercialización de Postinor-2 no atenta contra la vida del que está por nacer."

4. La actuación del sentenciador privó, en los hechos a esta parte de aportar probanzas de carácter técnico-científico las cuales eran del todo necesarias hacerlas a través de informes y no de prueba testifical.

5. Al ser rechazados los documentos presentados por esta parte como expresa el fallo apelado en el considerando 23º, el que señala a fs. 1472 que: "los documentos anteriormente descritos, sólo podemos decir que ellos constituyen instrumentos privados que no han sido reconocidos, por las partes que supuestamente los suscribieron, los que sólo aparecen firmados, al ser nuevamente acompañados al proceso □[...] por lo que sólo han sido reseñados a fin de ilustrarnos sobre la opinión que **aparentemente** tienen otros especialistas□□" no le ha permitido a esta parte contar con los medios probatorios para participar de este juicio en igualdad de condiciones, violando un principio básico del debido proceso.

6. A mayor abundamiento, es menester recordar que la jueza en su nombramiento de peritos lo hace, tal como consta en la resolución del 1 de junio de 2004 como una medida para mejor resolver y no en respuesta a la solicitud de esta parte de presentar informes técnicos por expertos en esta materia aportados por esta parte. Confundir las facultades que le confiere el legislador en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, con la resolución de nombrar a peritos solicitados por esta parte, es violentar el precepto del artículo 431 del CPC, puesto que éste faculta para proceder a la dictación del fallo en la situación **“de no haberse devuelto la prueba rendida fuera del tribunal, o el de no haberse practicado alguna otra diligencia de prueba pendiente”**, ninguna de las dos hipótesis que se presentan en la especie, puesto que no hay prueba rendida y no devuelta y es su obligación resolver el nombramiento de peritos solicitados por esta parte con la nómina ya presentada, con nombres como la bióloga María Elena Ortíz, que el testigo Patricio Ventura-Juncá del Tobar señaló en la audiencia testifical al señalar que las personas que han realizados investigaciones preclínicas.

7. Se violentó las reglas del nombramiento de peritos establecidas en los artículos 412 y siguientes del CPC con la actuación del juez ad quo. Cabe recordar las reglas aplicables en esta materia: en primer lugar, el legislador dispuso en el art. 412 del CPC que el reconocimiento de peritos podrá decretarse de oficio en cualquier estado del juicio, pero las partes sólo podrán solicitarlo dentro del término probatorio. Luego el artículo 414, dispone que para proceder al nombramiento de peritos, el tribunal citará a las partes a la audiencia, cuestión que se materializó el 21 de abril de 2004. Señala que habiendo desacuerdo sobre la designación de los peritos, el texto expreso del inciso 2º del artículo 414 dispone **“hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hayan sido propuestas por cada parte.”**

8. El fallo impugnado **guarda completo silencio sobre la diligencia de nombramiento de peritos solicitados por los terceros coadyuvantes, y como expresamos anteriormente la juez ad quo “quedó en resolver”**. Vale recordar que la demandada no solicitó informes periciales en esta materia, por lo cual, lo que en derecho correspondió fue nombrar los peritos de la nómina, lo que podría ser objeto del recurso de apelación tal como lo expresa el mismo precepto.

9. Es importante señalar que la juez ordenó las medidas para mejor resolver con fecha 1º de junio, diligencia en que se ordenó informes de 8 peritos en el plazo de 20 días. El sentenciador omite del todo señalar qué peritos aceptaron el cargo, ni

tampoco se hace referencia a la reiteración de solicitud de informes. Los peritos tenían plazo para evacuar dicho trámite hasta el 30 de junio del 2004, fecha en que la sentencia ya había sido dictada y notificada.

Esta premura en dictar sentencia explica la falta de rigurosidad en identificar las partes, en el análisis de las pruebas aportadas, la omisión de varias de ellas, tales como el Dictamen de la Contraloría General de la República, el informe del Dr. Luis Valladares e incluso de una evaluación detallada de los propios informes periciales, tales como el de la químico farmacéutico doña Inés Ruiz, además de omitir cualquier pronunciamiento sobre la diligencia probatoria solicitada por esta parte.

10. Este recurso está debidamente preparado en el sentido que la resolución que citó a las partes a oír sentencia fue recurrido de reposición el 14 de mayo de 2004, a fojas 1353, resolviéndose por la juez ad quo "Del análisis de los antecedentes, no aparece de ellos que se deba modificar la resolución que cita a las partes a oír sentencia, por cuanto no existe un error de hecho al momento de haberse dictado, por cuanto dicha resolución se encuentra conforme a lo que dispone el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, que en su parte pertinente señala 'vencido el plazo a que se refiere el artículo 430, se hayan o no presentando escritos, existan o no diligencias pendiente, el tribunal citará para oír sentencia' por lo expuesto se rechaza la reposición, sin perjuicio de lo que se resuelva en la oportunidad procesal correspondiente".

Al negar el nombramiento de peritos como diligencia probatoria solicitado por esta parte, hemos sufrido un perjuicio solo reparable con la invalidación del fallo.

Procede enmendar la sentencia viciada y las demás actuaciones conexas con ella.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, y conforme lo dispuesto en las normas legales citadas, y demás pertinentes,

RUEGO A S.S., se sirva tener por interpuesto recurso de casación en la forma en contra de la misma sentencia apelada en lo principal, y concederlo, a fin de que la I. Corte de Apelaciones, acogiendo el recurso, anule el fallo de primera instancia y dicte, como reemplazo, una sentencia en la cual resuelva concretamente:

1. Anular el fallo impugnado de fecha 30 de junio de 2004, dictando sentencia de reemplazo que declara que no ha lugar a la demanda del Centro Juvenil Ages en contra del Instituto de Salud Pública.

2. Condenar en costas al demandante.

SEGUNDO OTROSI: SOLICITO A US. se sirva tener presente que en mi calidad de abogada habilitada para el ejercicio de la profesión, con patente al día de la Ilustre Municipalidad de Santiago, asumiré personalmente el patrocinio de estos recursos, todo ello conforme lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 772 de Código de Procedimiento Civil.