

# La saga de la anticoncepción

de emergencia en Chile: avances y desafíos

Por Lidia Casas Becerra

Serie Documentos Electrónicos N° 2, noviembre 2008  
Programa Género y Equidad



**FLACSO**  
CHILE



## Presentación

La Serie de Documentos Electrónicos del Programa de Género y Equidad de FLACSO-Chile tiene como finalidad poner a disposición de investigadores/as, académicos/as, decisores de políticas públicas y activistas; una diversidad de materiales sobre género y transversalización en las políticas públicas, salud sexual y reproductiva, VIH/SIDA, brechas de género, ciudadanía y derechos.

Presentamos en esta oportunidad el segundo número de la Serie “La Saga de la anticoncepción de emergencia en Chile: avances y desafíos” de la abogada Lidia Casas, docente de la Universidad Diego Portales y miembro del Directorio de APROFA.

Este documento describe y analiza uno de los debates más controversiales de los últimos años en Chile en torno a la salud sexual y reproductiva, durante el cual se ha llegado incluso a poner en tela de juicio algunas políticas públicas que datan de la década de los 60 y que han posicionado a nuestro país como un ejemplo a seguir en la región latinoamericana.

El documento de Lidia Casas da cuenta de los diferentes momentos históricos y los aspectos políticos y judiciales de la incorporación y comercialización de la anticoncepción de emergencia en Chile; como, por ejemplo, las acciones constitucionales del 2001, acciones administrativas posteriores, el fallo de la Corte Suprema en 2005, hasta el Decreto Supremo de 2007.

Se hace referencia, además, a las diferentes estrategias judiciales, como campañas de disuasión enfocadas a los proveedores de la Anticoncepción de Emergencia (AE) en el país por parte de grupos organizados contrarios a la comercialización y entrega del fármaco, así como la identificación de los diversos actores que han participado en este debate desde 2001. Se hace especial mención a las Normas de Regulación de la Fertilidad del Ministerio de Salud del Gobierno de Chile, que colocan la discusión en un nuevo escenario político, normas que fueron impugnadas por un grupo de parlamentarios y que derivó en que se presentó ante el Tribunal Constitucional para impugnar la constitucionalidad de ellas.

Cabe señalar que el texto fue terminado en diciembre de 2007, por tanto no incorpora la resolución del Tribunal Constitucional de 2008, que rechazó la entrega la AE, restringiendo su distribución exclusivamente a las mujeres violadas. Este grave retroceso en materia de derechos sexuales y reproductivos revela la importancia del esfuerzo por poner estos temas en la agenda pública.

Finalmente, quisiéramos agradecer a UNFPA por su apoyo para la elaboración de este documento de trabajo, y en especial a Mariela Cortés, Oficial de Enlace de esta institución.

Claudia Dides C.  
Directora Programa Género y Equidad  
FLACSO-Chile

Santiago, noviembre de 2008

## La saga de la anticoncepción de emergencia en Chile: avances y desafíos

■ Por Lidia Casas Becerra\*, noviembre 2008

### Introducción

A finales de diciembre de 2005 el escenario político y judicial en Chile parecía augurar que las aguas finalmente se calmaban y que la comercialización y uso de la “píldora del día después”, en adelante AE, no sería un problema. Los hechos demuestran lo contrario. Este razonamiento se basaba en que la Corte Suprema, en un fallo 5-0 en noviembre de 2005, estableció que el Instituto de Salud Pública no había incurrido en ilegalidad o inconstitucionalidad al aprobar un registro farmacéutico de un anticonceptivo para AE. Los demandantes sostenían que tenía un efectivo abortivo<sup>1</sup>.

Como es parte de la historia de este caso, a las primeras acciones constitucionales impetradas en 2001 le siguieron acciones administrativas ante la Contraloría General de la República y, en paralelo, acciones en base a la ley del consumidor; ninguna de las cuales terminó en resultados positivos para los accionantes salvo la primera de ellas, pero no tuvo el alcance deseado por los opositores de la AE. De allí la importancia del pronunciamiento de la Corte Suprema en noviembre de 2005.

El fallo recayó en un juicio ordinario en el que se rindieron pruebas específicas para determinar el supuesto efecto abortivo. Si éste era el principal obstáculo y la Corte desestimaba tal alegación, este resultado parecía culminar con la seguidilla de acciones judiciales en contra de la autorización

sobre la comercialización de la anticoncepción de emergencia en el formato de levonorgestrel 0,75mg.

Sin embargo, el trabajo desarrollado por Casas y Contesse a finales de 2005 daba cuenta que todo parecía más bien una tregua, –o un descanso–, en la búsqueda de nuevas vías procesales para evitar la venta, distribución o acceso a la píldora<sup>2</sup>. En otras palabras, la batalla continuaba. Estos hallazgos fueron premonitorios de lo que vendría que resultó ser más dinámico y con múltiples vías de oposición de lo que había visto en los primeros cuatro años de litigio.

El presente artículo tiene por objeto describir lo acontecido con posterioridad a la decisión de la Corte Suprema detallándose las estrategias de los oponentes de la AE. Estas nuevas incursiones van mezclando tanto estrategias judiciales como campañas de disuasión destinadas a los proveedores del fármaco. Las estrategias de boicot, como veremos, tendrán el objetivo de bloquear la comercialización de productos que se encuentran legalmente autorizados.

- (I). Las campañas tendrán como eje, a nuestro juicio, crear un ambiente hostil para la venta de la PAE no solo a los actuales o potenciales importadores o fabricantes del producto, sino también a los agentes de comercialización como las farmacias. Éstas se convierten en un nuevo escenario de disputa, y muestra por primera vez una acción decidida de la

\*. Abogada, LLM, profesora e investigadora de la Universidad Diego Portales. Texto elaborado el 12 de septiembre de 2007. Colabora como investigadora en el Programa Género y Equidad de FLACSO-Chile.

1. Una organización comunal -Centro Juvenil Ages- demandó al Instituto de Salud Pública y el Laboratorio Grünenthal, titular del producto Postinor 2, en un juicio de nulidad de derecho público solicitando que se declarara la ilegalidad e inconstitucionalidad de la aprobación de dicho fármaco. Los demandantes sostuvieron, y sostienen en forma consistente, que la AE tendría como efecto el impedir que el huevo fecundado pueda anidarse en el útero, argumentando que sería un micro abortivo.

2. Casas y Contesse, La Píldora del Día Después. Derechos Sexuales y Reproductivos, Protección de la Vida y Políticas Públicas, Santiago, 2006 en Proyecto Casoteca Latinoamericana de la Escuela de Derecho de Sao Paulo de la Fundación Getulio Vargas <http://www.direitogv.com.br/casoteca/casosEspanhol.aspx?PagId=DKGCTRVO>, accesado el 10 de diciembre de 2007.

autoridad sanitaria por hacer cumplir la ley para asegurar que el anticonceptivo estuviera disponible en el mercado. Las empresas farmacéuticas improvisaron nuevos enfoques para resistirse al cumplimiento de la ley, incluyendo la libertad empresarial y la objeción de conciencia.

- (II). A lo anterior, se sumaron nuevos nichos de litigio.
- (III). Las “oportunidades” se produjeron con la adopción de Las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad en septiembre de 2006, lo cual redundó en nuevas acciones judiciales que se presentaron en dos frentes: los tribunales ordinarios de justicia y el Tribunal Constitucional. Este último sería una nueva frontera jurisdiccional, que pudiera ser favorable a los detractores de la AE.

Como se puede ver, no solo las estrategias cambian; sino también, en algún sentido, los elementos discursivos de aquellos contrarios al uso de la PAE.

### I. La campaña en contra de los distribuidores

La “píldora del día después” en Chile ha sido objeto de controversias políticas y judiciales que se han materializado a través de diversos remedios judiciales desde marzo de 2001. No obstante, las tensiones políticas en torno la introducción del uso de este método en el sistema de salud público se remonta a 1995, cuando el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva inició una serie de estudios para ese efecto<sup>3</sup>.

La primera de las acciones en el plano judicial consistió en la presentación de varios recursos de protección ante la Corte de Apelaciones de

Santiago para la autorización del primer producto en el mercado, Postinal. Estas acciones fueron patrocinadas por organizaciones de la sociedad civil de las más diversas orientaciones políticas, pues cruzan todo escenario nacional. Es así como en algunas de las recién creadas organizaciones cuentan con la participación de personas claramente definidas de oposición al gobierno<sup>4</sup>, y en otras con personas del mundo de la alianza gobiernista<sup>5</sup>. Se podría argumentar que esta oposición, más o menos transversal, es una manifestación del eje “conservador-liberal” que ha primado en la política chilena desde la recuperación de la democracia en 1990. Así, la alianza gobiernista aloja en su seno a sectores políticos que se han resistido a los cambios más liberalizadores en los mal denominados temas valóricos<sup>6</sup> y que dividen a la propia Concertación de Partidos por la Democracia.

Adicionalmente, en la Corte de Apelaciones se tramitaron en forma conjunta todas las acciones presentadas en marzo de 2001, y una sala rechazó los recursos en un voto dividido en mayo de 2001<sup>7</sup>. La Corte Suprema, en apelación, revirtió la decisión acogiendo los recursos –también en voto dividido–, argumentando que el fármaco debía ser considerado abortivo si éste afectaba la normal implantación de un huevo fecundado<sup>8</sup>.

Si bien la Corte Suprema consideró inconstitucional la autorización del producto Postinal, la autoridad sanitaria ya había concedido registro y autorización sanitaria a un segundo laboratorio farmacéutico, Grünenthal.

En diciembre de 2002 se presentó una demanda dirigida en contra del Instituto de Salud Pública

3. Véase también Claudia Dides, *Voces en Emergencia: El discurso conservador y la píldora del día después*, Santiago, FLACSO y FNUAP, 2006.

4. Este es el caso de las acciones promovidas por el abogado Jorge Reyes, quien fuera asesor del ex Senador de la UDI Carlos Bombal, y del actual diputado de RN Francisco Chahuán.

5. Gonzalo García Palominos, joven militante de la Democracia Cristiana.

6. En este sentido, véase Merike Blofield, *The Politics of ‘Moral Sin’: A study of abortion and divorce in Catholic Chile Since 1990*, Flacso, Santiago, 2001.

7. Corte de Apelaciones de Santiago, “Philippi Izquierdo y otros contra Ministerio de Salud y otros”, rol 850-2001, 28 de mayo de 2001.

8. Corte Suprema, “Philippi Izquierdo y otros contra Ministerio de Salud y otros”, rol 2186-2001 30 de agosto de 2001.

y el laboratorio Grünenthal, solicitando la cancelación del registro sanitario de Postinor-2. Se usó un juicio de nulidad de derecho público en el que se solicitaba la declaración de ilegalidad e inconstitucionalidad de la medida. La decisión tendría amplias repercusiones, pues colocaba al centro del debate cuestiones sobre el mecanismo de acción del anticonceptivo, la protección constitucional del no nato y los límites de la administración en temas que vinculan derechos fundamentales y políticas públicas. Esta última área resultaba de gran interés, pues indicaría una posible línea jurisprudencial acerca de la solución de conflictos en áreas de intersección entre políticas públicas y las facultades revisoras del Poder Judicial frente a éstas.

La jueza en primera instancia acogió la demanda, declarando que si bien no había pruebas que permitiera afirmar la existencia del efecto abortivo, estableció –sin embargo– a través de presunciones que se ponía en riesgo la vida del no nato<sup>9</sup>. Las inferencias que realizó la jueza se fundan en hechos no probados, de tal manera que la Corte de Apelaciones revirtió su decisión de manera unánime.

Una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que a los jueces no les corresponde resolver disputas filosóficas, religiosas o morales que se producen en una sociedad, sino a los propios cuerpos sociales de la comunidad. En sus palabras,

“... 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 (Philippe Jestaz, *El Derecho*, Ed. Jurídica de Chile, 1966, p. 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;”<sup>10</sup>.

Esta decisión fue impugnada por vía de casación en la forma y en el fondo. El fallo de la Corte Suprema en noviembre de 2005 se centró especialmente en el tema de los mecanismos de acción y la cuestión probatoria, soslayando la cuestión de las políticas públicas. La Corte no estuvo dispuesta a invertir la carga de la prueba, pese a que los demandantes sostenían que ello era justificado toda vez que estaba en peligro el derecho a la vida<sup>11</sup>. Así, la Corte pareció poner fin a la controversia, al afirmar la legalidad y constitucionalidad de la autorización de este fármaco. En efecto, la Corte Suprema en su decisión resolvió que:

“30º) Que de lo anterior, fluye como una cuestión vinculante, para la resolución del recurso de casación en el fondo, de acuerdo con los hechos indicados precedentemente y a los cuales

9. La jueza luego que dicta sentencia y carece de competencia ordena la requisición de todos los anticonceptivos de AE que se encontraban en el mercado. Esta decisión es revertida al poco andar por la Corte de Apelaciones de Santiago.

10. Corte de Apelaciones de Santiago, rol 4200-2004, AGES con Instituto de Salud Pública, 10 de diciembre de 2004, Considerando 16.

11. En derecho, la regla que rige es que quien alega un hecho debe probarlo. En este caso el demandante alegaba el efecto abortivo de la AE, y sostenía que los demandados debían probar que este no se producía, pues la regla debía entenderse a la luz del principio pro vida que según los demandados permea todo el ordenamiento jurídico y particularmente el orden constitucional.

este tribunal no está en condiciones jurídicas de modificar, que no está establecido que el fármaco Postinor-2 produzca los efectos dañinos que se invocan en la demanda, para justificar la nulidad de derecho público que permita dejar sin efecto la resolución N°7.224 de 24 de agosto de 2001, dictada por el I.S.P., que materializó el registro para la venta o comercialización del aludido fármaco, elaborado en base al principio activo "Levonorgestrel 0.75 mg.". En síntesis, se adujo por el actor que dicho compuesto amenaza o afecta el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos y, por ello se pedía la protección jurisdiccional, porque tal fármaco al afectar un embrión, por consiguiente un ser ya concebido, tenía un efecto abortivo que proscribía el artículo 19 N°1 inciso segundo de la Carta Fundamental y el artículo 75 del Código Civil, que cautela también la vida del que está por nacer; pero tales supuestos no fueron demostrados;

31°) Que en estas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco "Postinor-2" tenga los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas, que aseguran la vida del que está por nacer, aun aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto, cuestión que no se encuentra absolutamente discernida, científica y jurídicamente hablando;"<sup>12</sup>.

En noviembre de 2005, el abogado patrocinante de la demanda que culminaba con rotundo cinco-cero en la Corte Suprema señaló que se perdía una batalla, pero no la guerra<sup>13</sup>. Sus palabras solo eran un anuncio de lo que vendría.

La estrategia cambió de alguna manera, pero su eje central se mantuvo en la arena judicial.

AGES presentó una nueva demanda en enero de 2006, pero esta vez, el único demandado fue el laboratorio farmacéutico Grünenthal sin incluir a ninguna entidad estatal. El juicio se radicaba entre privados. Al poco tiempo, Grünenthal retiró voluntariamente el registro farmacéutico para Postinor-2 sin dar razones para aquello en lo que se mantuvo firme desde 2001 hasta febrero de 2006<sup>14</sup>.

Aun cuando no sea posible decir que existe un nexo de causalidad entre un hecho y otro, lo cierto es que por la proximidad de los eventos se podría deducir que hubo una campaña de hostigamiento que culmina con el retiro del producto del mercado. Cabe recordar que la AE no es un producto masivo, el laboratorio pierde menos dejando de vender un producto, que mantener en forma constante un litigio.

La decisión de Grünenthal no tuvo un impacto inmediato en el mercado, ya que a la fecha se encontraba otra marca de anticoncepción disponible (TACE) que no había sido objeto de ninguna acción judicial. Meses antes, el Ministerio de Salud, en marzo de 2005, había concretado la adquisición de 30 mil dosis para los servicios públicos de salud, por lo cual los suministros estaban asegurados<sup>15</sup>.

El mercado presentaba inestabilidad y había señales preocupantes. El retiro voluntario de los productos provocó un monopolio natural, con productos de alto precio comparativamente a su costo del producto y los mercados en otros países de la región<sup>16</sup>. Antes del retiro de Grünenthal, en las farmacias no era fácil adquirir la AE.

12. Corte Suprema, rol 1039-2005, "AGES con Instituto de Salud Pública", 28 de noviembre de 2005.

13. Casas y Contesse, Op. cit.

14. En efecto la solicitud de cancelación de registro de fecha 14 de febrero de 2006 señala "Por intermedio de la presente, solicitamos a usted tenga a bien cancelar el siguiente Registro Sanitario de producto, inscrito a nuestro nombre: Postinor -2 comprimidos 0,75 mg., Registro ISP N° F-8527/02. Sin otro particular le saludan atentamente." Todo ello firmado por el Gerente General.

15. La noticia sobre la adquisición del anticonceptivo Postinor-2 se dio en el marco de la celebración del día Internacional de la Mujer en que el Subsecretario de Salud, Dr. Antonio Infante informó que la AE estaría disponible a toda mujer que lo necesitara. Ello provocó una fuerte crisis en el Ministerio de Salud por las desavenencias entre Subsecretario y Ministro, la que culminó en la salida del primero del gabinete. Una lectura de este resultado es el poder de los grupos más conservadores en la *Concertación*, especialmente dentro de la Democracia Cristiana, para asegurar el *statu quo*.

16. Algunas marcas llegaron a costar casi US \$18.

En 2006, la Asociación de Protección a la Familia, APROFA, a través de su programa de mercadeo social de métodos anticonceptivos, inició el proceso de autorización para la importación de su propia marca de PAE, Optinor. La iniciativa se basó en un análisis sobre el efecto de la presión en los laboratorios, y que ésta no podría ser necesariamente la misma en una institución cuya misión no es el lucro sino otorgar servicios y promover los derechos sexuales y reproductivos a toda la población. A la fecha de cierre de este recuento APROFA había obtenido un permiso provisorio para la internación de 25 mil dosis de Optinor del laboratorio indio ICON.

Esta situación de acceso y provisión del anticonceptivo se tornó más compleja cuando el Ministerio de Salud adicionó la AE al Formulario Nacional en marzo de 2005. Ello significó que el levonorgestrel en dosis de 0,75 mg. se convertiría en un medicamento obligatorio que todas las farmacias del país debían tenerlo en stock<sup>17</sup>.

En este contexto, el retiro voluntario del registro sanitario de Grünenthal no tendría ningún efecto devastador sino hasta que el fabricante de TACE, en septiembre de 2006, también retiró su producto de las farmacias, no así el registro sanitario. Ello se produjo luego que el Ministerio de Salud promulgó las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad. Esta decisión fue sorpresiva para todos los cercanos al tema, puesto que hasta agosto de ese mismo año el laboratorio que distribuía TACE había auspiciado una serie de capacitaciones para prestadores de salud en tres ciudades del país<sup>18</sup>. De esta manera, y sin litigio, el mercado quedaba sin proveedores y ad portas de quedar

desabastecido. Paradójicamente, por primera vez, el único lugar donde se encontraba la AE eran los servicios de salud que mantenían existencia de Postinor-2 adquiridos en 2005 a Grünenthal. Como veremos, esta situación dio paso a una nueva acción judicial.

El retiro del producto en farmacias no parecía responder a una cuestión entregada al azar, sino por el contrario, se comenzaban a vislumbrar algunos indicios que los proveedores o fabricantes estaban recibiendo presiones para que cesaran la importación, fabricación o venta de estos anticonceptivos.

El primer antecedente más concreto de oposición fue constatado por APROFA en 2007, pues el 11 de abril de ese año ACONOR –una organización de consumidores– envió una carta al laboratorio ICON (proveedor de Optinor para APROFA) advirtiendo sobre los potenciales efectos abortivos de la pastilla del día después distribuida por este laboratorio. Los firmantes señalan que dicha pastilla, por su “potencial efecto abortivo”, sería ilegal en Chile según lo resuelto por la Corte Suprema en agosto de 2001 y alertan que si mantienen su decisión de vender su producto en Chile podrían enfrentar demandas. La carta no advierte de la existencia de otras decisiones judiciales que cambian totalmente el criterio sobre el mismo tema.

ACONOR, Asociación Nacional de Consumidores, se constituyó en una organización de consumidores bajo la Ley de Protección del Consumidor; pero lo relevante es que según lo demuestran los registros de la organización, el vicepresidente de ésta era el mismo demandante en el juicio de nulidad de derecho público en contra de Grünenthal<sup>19</sup>.

17. El Decreto Supremo N° 194 que Aprueba el Formulario Nacional de Medicamentos, publicado en el Diario Oficial el 10 de marzo de 2005.

18. En efecto, Recalcine a través de su filial Gynopharm, auspició capacitaciones en las ciudades de Santiago, Temuco y Concepción. Sin previo aviso retiró el auspicio a la capacitación programada para la ciudad de Viña del Mar para septiembre de 2006.

19. Se trata del estudiante de derecho Juan Jara Opazo, presidente de la organización comunal AGES.

Santiago, 11 de Abril de 2007

Laboratorio ICON  
4 Newhams Road  
Londres SE1 3UZ  
Reino Unido

Queridos señores:

Les escribimos preocupados por el hecho de que su laboratorio esta distribuyendo y comercializando en Chile anticoncepción de emergencia (la pastilla del día después) OPTINOR, a través de una ONG internacional.

En nuestro estatus como una Asociación Organizada de Consumidores dedicada principalmente a brindar información verídica sobre los derechos de los consumidores en materias farmacéuticas, estamos obligados a informarle que su empresa puede estar participando en un evento ilícito que puede conducir a responsabilidades serias y consecuencias punitivas.

A diferencia de lo que sucede en otros países, el código legal de Chile defiende la vida de la persona que esta por venir desde el minuto de su concepción. En nuestro país el aborto es penalizado en todas sus formas (incluyendo el aborto terapéutico).

En el plano comercial, es muy importante que usted sepa que ninguno de los laboratorios que continuamente se disputan el mercado local vende anticoncepción de emergencia (Levonorgestrel 0,75) a terceras partes, justamente porque aquellos laboratorios conocen las restricciones incluidas en nuestra regulación legal, que protege la vida del embrión.

Como usted debe saber, los potenciales efectos abortivos de la pastilla del día después ha sido reconocida y publicada por, entre otros, por la Administración de Comida y Drogas de Estados Unidos; por el Laboratorio Alemán Scherring por su producto Levonelle; por el Laboratorio Francés HRA PHARMA; y en España por CHIESI ESPANA S.A. entre otros.

Es muy importante que usted sepa que el Laboratorio Húngaro Gedeon Richter informó a las autoridades chilenas sobre el efecto abortivo de la pastilla del día después, cuando el Laboratorio Grünenthal solicitó el registro del producto actuando bajo una licencia otorgada por Gedeon Richter. Sin embargo, el registro otorgado a este producto solamente duró un breve periodo de tiempo, pues la transnacional alemana procedió a cancelar el registro local de esta pastilla abortiva en Chile, en consideración de las demandas que pudiesen afectar a Grünenthal.

Por otra parte, es muy importante hacerle saber que las ONG's que están importando este producto están conduciendo a su empresa a una potencial violación de nuestra legislación, al omitir, al distribuir el producto, el requisito introducido por el Artículo 24 del Decreto N° 1.876, 1996.

Probablemente debe haber motivaciones ideológicas conduciendo a su prestigiosa empresa a ser parte de una abierta infracción a los derechos del consumidor protegidos por la Ley N° 19.496, incluso con efectos extraterritoriales.

El propósito de esta carta es advertirle con anticipación que estamos recopilando información para preparar acciones compensatorias buscando daños actuales y morales ...

Para que usted pueda considerar el grado de ilegalidad en el cual usted puede estar incurriendo al permitir la exportación de OPTINOR a Chile, citamos parte de dicha sentencia:  
...

En resumen, basado en los hechos previamente descritos y a modo de evitar todos los costos que podrían generarse en caso de acciones compensatorias presentadas en nuestro país contra su empresa, le pedimos que se abstenga de exportar OPTINOR a Chile.  
Suya sinceramente,

Patricia Gonnelle, Presidenta ACONOR



## II. Las campañas contra las farmacias

Si la estrategia de los opositores a la denominada “píldora del día después” estuvo dirigida a que no hubiera proveedores del anticonceptivo en Chile, una segunda línea de trabajo fue asegurar que –aún existiendo un proveedor–, se rompiera la cadena de distribución y, para ello, era necesario enfrentar a las farmacias. Ello significaba impedir que fuera eficaz la normativa que obliga a las farmacias a tenerla en stock al estar incluida en el Formulario Nacional. ACONOR no sólo habría presionado a los laboratorios farmacéuticos, sino también a las cadenas de farmacias<sup>20</sup>.

El Ministerio de Salud comenzó a detectar problemas de falta del anticonceptivo en el mercado pues mujeres del sistema privado de salud debían acudir a los servicios públicos para su acceso. Este desabastecimiento era explicado y justificado por la falta de proveedores y, por ello, la imposibilidad de cumplir con la obligación de tener la AE en stock. Para contrarrestar esta situación, el gobierno tomó la decisión de importar directamente una cantidad de dosis de Post Day de un laboratorio colombiano y constituirse en el proveedor de las farmacias a través de CENABAST, la Central de Abastecimiento de los Servicios Nacionales de Salud<sup>21</sup>. Sin embargo, las cadenas de farmacias no compraron a CENABAST ni tampoco a APROFA, la que había importado OPTINOR bajo un régimen de registro provisorio.

Las farmacias Cruz Verde, Ahumada y Salcobrand que controlan el 90% del mercado no tenían en producto en sus estanterías; no así las farmacias pequeñas –incluyendo la popular

cadena peruana Dr. Simi–, siendo las únicas oferentes del producto. Sin embargo, las grandes cadenas de farmacias habían vendido estos anticonceptivos sin problema alguno desde 2001 hasta 2006.

Es previsible que las medidas adoptadas estuvieran inspiradas en las presiones de la organización de consumidores ACONOR, la cual montó una campaña, pero no orientada a proteger a las consumidoras, sino para privarlas de un método anticonceptivo.

Como dijimos, el vice-presidente de ACONOR, Juan Enrique Jara, ha sido un demandante frecuente en contra de la píldora como presidente de una organización comunitaria, AGES<sup>22</sup>, juicio que perdió ante la Corte Suprema en noviembre de 2005. A su vez, fue uno de los recurrentes en la acción constitucional entablada en contra de Silesia, el Ministerio de Salud e Instituto de Salud Pública en 2001, cuando fue autorizada la distribución y venta de Postinal. Se puede ver un hilo conductor en el cambio de estrategia en la oposición respecto del uso y distribución del anticonceptivo.

De esta manera, las acciones de estas agrupaciones estuvieron dirigidas, por una parte, a revocar las autorizaciones y, por otro, a bloquear la cadena de distribución.

Las autoridades de salud mostraron voluntad política para asegurar el acceso, lo cual se manifestó en los sumarios administrativos que se instruyeron en contra de las farmacias<sup>23</sup>. Estas iniciaron una contraofensiva a través de los medios de comunicación y una de las cadenas se declaró “objetora de conciencia”<sup>24</sup>. La

20. Ver en este sentido: [http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=347&Itemid=47](http://www.pro-vida.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=47), visitado el 13 de julio de 2007. [http://www.jesus.cl/iglesia/paso\\_iglesia/recortes/recorte.php?id=5922](http://www.jesus.cl/iglesia/paso_iglesia/recortes/recorte.php?id=5922), visitado el 13 de julio de 2007. [http://www.mpch.cl/rp/rp\\_2007/03-2007/14-03-2007.html](http://www.mpch.cl/rp/rp_2007/03-2007/14-03-2007.html), visitado el 13 de julio de 2007.

21. Según rezan las distintas resoluciones sobre venta de insumo de AE a las farmacias, CENABAST en la resolución 1372 del 25 de mayo de 2007 autoriza la importación del anticonceptivo al Laboratorio Franco Colombiano S.A. de 5000 dosis de Post Day.

22. Corte de Apelaciones de Santiago, “Ages con Instituto de Salud Pública”, Rol 4.200-03, Santiago, 10 de diciembre de 2004.

23. El Mostrador, “Minsal reitera que velará por venta de píldora del día después”, 20 de octubre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=231281](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=231281), accesado el 5 de diciembre de 2007.

24. El Mostrador, “Conferencia Episcopal reivindica objeción de conciencia de las farmacias”, 30 de octubre de 2007, en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=231393](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=231393) accesado el 5 de diciembre de 2007.

incongruencia de la conducta de las farmacias fue evidente, pues las mismas que se resistían a nivel local (tal como Farmacias Ahumada) vendían sin reparo alguno el mismo anticonceptivo en su cadena en Perú o México, tal como se señaló en los medios de prensa<sup>25</sup>. Así, no solo era evidente la inconsistencia, sino también el oportunismo en la utilización de estas argumentaciones.

Esta resultaba ser una nueva línea de argumentación usada por quienes se oponen a la entrega o distribución de la anticoncepción de emergencia. Si bien esto no era totalmente novedoso, algunos de los jefes comunales opositores a la entrega de este método a las mujeres víctimas de agresión sexual se plantearon como objetores de conciencia<sup>26</sup>.

En este caso, en verdad, no estamos ante el ejercicio legítimo de la objeción de conciencia. Esta se manifiesta en la negativa de una persona sobre la cual pesa una obligación legal o contractual de realizar y ejecutar una prestación, y que, en honor a sus convicciones (religiosas o no<sup>27</sup>), no está dispuesto a realizar; pero que acepta la responsabilidad de no cumplir con sus obligaciones<sup>28</sup>. En este caso no hay una conducta propia de un objetor que respeta y no cuestiona la legitimidad de la norma, más bien anteponiendo “la pureza de sus convicciones” y que asume las consecuencias de su incumplimiento.

Por el contrario, estos alcaldes adoptaron una clara actitud de oposición con el fin de revertir

la decisión de la autoridad sanitaria, con lo cual de estar en alguna situación de contravención al derecho serían desobedientes. A lo anterior, se suman los reparos técnicos para invocar esta figura, pues la exención —cuando existe— es para aquellas personas que están personalmente llamadas a ejecutar la acción que compromete sus conciencias. En este caso, los alcaldes no son las personas que cumplen la prestación, sino los profesionales de salud del área. En este supuesto, las guías clínicas sobre violencia sexual, y luego las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fecundidad reconocen la objeción de conciencia de los prestadores, pero a su vez establecen los límites para asegurar el buen servicio a las usuarias. Los prestadores no solo se deben a sus conciencias sino también a la función que tienen dentro de la administración pública o el sistema público de atención en salud. Los prestadores —y los servicios— deben brindar atención a todos, sin exclusión ni discriminación.

Esta resistencia a cumplir la ley encontró por primera vez una actitud decidida de fiscalizar su cumplimiento por parte de la Ministra de Salud María Soledad Barría, cuestión que no se produjo bajo la era del Presidente Ricardo Lagos y la conducción del Ministro de Salud de la época Pedro García<sup>29</sup>. En este escenario, las farmacias arriesgaban multas de 33 millones de pesos por local sumariado, es decir, cerca de 67 mil dólares de multa<sup>30</sup>. Los sumarios cursados solo pueden entenderse como una alerta de parte del Ejecutivo. Las empresas habían señalado que no podían vender porque no había proveedores

25. Carlos González Isla, “Diputados convocan a Iglesia y farmacias por ‘píldora del día después””, *La Nación*, 3 de noviembre de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071102/pags/20071102193357.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071102/pags/20071102193357.html) accesado el 5 de diciembre de 2007 y *La Nación Domingo*, “El poder tras las farmacias. La incubadora y Salcobrand”, 4 de noviembre de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071103/pags/20071103231908.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071103/pags/20071103231908.html) accesado el 5 de diciembre de 2007.

26. Lidia Casas, *La Objeción de Conciencia en Salud Sexual y Reproductiva. Una ilustración a partir del caso chileno*, en *Más allá del Derecho. Justicia y Género en América Latina*, Luisa Cabal y Cristina Motta, compiladoras, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006, p. 268.

27. El Comité de Derecho Humanos, en la Observación General N° 22 sobre el Artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que no sólo se protege a las religiones tradicionales, y las creencias en general. HRI/GEN/1/Rev. 1/, 29 de julio de 1994.

28. En este sentido, véase por ejemplo, las distinciones que realiza John Rawls, *Teoría de la Justicia*, 3° ed. (María Dolores González (trad.), Fondo de Cultura Económica, México 2002; Peter Singer, *Democracia y Desobediencia*, Marta Guastavino (trad.), Ariel Derecho, Barcelona, 1995 y en nuestro medio Molem Seña, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 1988 para diferenciar este incumplimiento con la resistencia a obedecer el derecho de un desobediente civil.

29. El Ministro en su momento señaló que estos alcaldes deberían pagar un costo en las urnas por su conducta, por lo cual llevó el incumplimiento de la ley a la arena política y eliminó la posibilidad de hacer uso de los mecanismos legales existentes para obligar al cumplimiento de una norma sanitaria. Véase Lidia Casas, *La Objeción de Conciencia en Salud Sexual y Reproductiva*, Op. cit.

30. B. Serrano, M Echeverría y M. Lüders, *Farmacias en Jaque mate: cómo se gestó y para dónde va el conflicto*, *El Mercurio*, 28 de octubre de 2007, B4.

nacionales, pero la importación directa de CENABAST no les permitiría seguir alegando lo mismo.

Ahora bien, el escenario de la objeción de conciencia de las farmacias ponía de relieve al menos dos preguntas: la libertad del empresariado y su relación con el orden público y económico y la libertad de conciencia de éstos<sup>31</sup>. Es evidente, desde un punto de la teoría de los derechos fundamentales<sup>32</sup>, que una empresa no tiene “conciencia” y que por lo tanto no podría acudir a estas argumentaciones para evadir el cumplimiento de la ley. Podría tener una misión, –cuestión distinta a la conciencia–, pero aún en ese caso no es factible invocar la objeción sin límite alguno.

Aquí no está presente un derecho de las personas salvo, como se intentó decir, que los dueños de las empresas eran en la práctica quienes que ejercían este derecho. En todo caso, la propiedad de las farmacias –todas sociedades anónimas– está radicada en varios cientos de accionistas, por lo cual desde ese punto de vista tampoco sería operativo hablar de la objeción de conciencia, a menos que cada uno de los accionistas ejerciera ese derecho<sup>33</sup>.

El argumento objetor no prendió con todas las cadenas y sólo Salcobrand se mantuvo en esa línea, rechazando la obligatoriedad de la inclusión de la AE en el Formulario Nacional<sup>34</sup>. Pagó un inserto en la prensa que, entre otros, señalaba:

“I. Salcobrand, de acuerdo a procedimientos regulares, antes de comercializar la píldora, envió múltiples comunicaciones a CENABAST solicitando información sobre las características, exámenes y la condición de venta de la píldora

importada por esa entidad (píldora que no posee registro sanitario sino autorización de venta o uso provisional otorgado por el ISP, Instituto de Salud Pública), información que a la fecha no nos ha sido entregada en forma completa.

2. Salcobrand requiere esta información. Más aún si se trata de un producto que, como lo señalan sus indicaciones contenidas en el envase del mismo, puede inhibir la implantación del embrión en el útero, lo que implicaría interrumpir la vida de ese embrión humano, efecto que no está permitido en nuestro ordenamiento jurídico. Salcobrand, en ejercicio de la legítima libertad de opinión de quienes representan la empresa, objeta en conciencia la obligatoriedad de comercializar un producto que puede tener ese efecto.

3. La exigencia de la autoridad proviene de un decreto del año 2005 que incluyó la píldora en el listado de productos farmacéuticos denominado Formulario Nacional y que mediante el Reglamento de Farmacias se le impone la obligación de tenerlos a la venta. En este sentido, Salcobrand no comparte el criterio de la autoridad al considerar la píldora del día después dentro de los productos integrantes del Formulario Nacional, ya que éste contiene aquellos indispensables para una eficiente terapia, entendiendo la terapéutica el ámbito de la medicina que tiene como fin el tratamiento de las enfermedades. Desde la perspectiva de Salcobrand, el embarazo no es una enfermedad sino un proceso vital y natural, por lo que la píldora del día después no debiera ser considerada como terapéutica y por lo tanto no debiera ser incluida en el Formulario Nacional.

4. Nuestro país posee una Constitución que reconoce y garantiza la libertad en sus más diversas expresiones, incluidas la de conciencia y la de empresa, y la igualdad ante la ley. Sin embargo, mediante una norma reglamentaria o un decreto, no una ley, se impone a las farmacias la obligación de vender la píldora del día después, en circunstancias que el resto de las empresas en

31. Angel Carcavilla, “La conciencia farmacéutica”, La Nación, 4 de Noviembre de 2007 en [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20071103/pags/20071103194257.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20071103/pags/20071103194257.html), accesado el 5 de diciembre de 2007.

32. En materia de derechos humanos, por ejemplo, los titulares de los derechos son las personas naturales, así queda de manifiesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana. Según Medina y Nash sólo una vez en todo lo que existe el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se admitió una denuncia por violación de libertad de expresión de una persona jurídica, cuestión que no se habría vuelto a repetir. Véase Cecilia Medina y Claudio Nash, Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 18-19.

33. Carlos Peña, Preferiría no hacerlo, Columna de opinión, El Mercurio, 4 de noviembre de 2007, D 13.

34. CENABAST, Resolución Exenta 2548, del 2 de noviembre de 2007 autoriza la venta a la cadena SOCOFAR S.A. en <http://www.cenabast.cl/actualidad/20071109pdf/Res2548.pdf> accesado el 8 de diciembre de 2007.

Chile, conforme a la ley, pueden libremente decidir qué vender y qué no vender, qué servicios prestar y cuáles no. Esta imposición violenta nuestra conciencia y nuestra legítima libertad de empresa, al mismo tiempo que nos impone una carga que nos deja al margen de la igualdad ante la ley. [...]”<sup>35</sup>.

Diez días después, la cadena Salcobrand compraba una dosis simbólica de 500 cajas del anticonceptivo a CENABAST<sup>36</sup>. El conflicto entre Gobierno y las farmacéuticas terminaba con una negociación de compra de los insumos médicos necesarios para que éstas cumplan con las leyes vigentes.

Este nuevo nivel de disputa que se instalaba en el mercado presenta aristas del conflicto no explorado: lo que sucede en el frente del derecho de los consumidores, por una parte, y las reglas del mercado y el orden público-económico, por la otra. La conducta de las farmacias podría ser configurada como prácticas atentatorias a la libre competencia, dada la evidente colusión entre las principales empresas del negocio de venta de medicamentos en Chile para eludir la venta del anticonceptivo.

El orden público-económico podría ser visto como la intromisión del Estado en la libertad empresarial, pero también como una regulación legítima de parte de éste en cierto tipo de actividades económicas. En el primer orden de cosas se adujo que el Estado solo podría obligar a las personas a hacer aquello que no desea solo por medio de una ley, tal como el pago de impuestos o la celebración de cierto tipo de contratos<sup>37</sup>. Se argumenta que la obligación que se impone a las farmacias no tiene jerarquía de ley, emana de la potestad reglamentaria y que sólo la primera le da mayores garantías a las personas y no la actuación a través de decretos

que, de incluir nuevos productos farmacéuticos, “puede generar situaciones complejas como la que pretende gravar a una farmacia con la obligación de tener en existencia medicamentos de alto costo que hagan inviable la continuidad del negocio”<sup>38</sup>. Este no es el caso, ya que el medicamento que se cuestiona es de bajo costo para las farmacéuticas.

Ahora, si la cuestión es vender obligatoriamente cierto tipo de productos y que además no deseen, ello es una potestad antigua, no nueva, y se relaciona con el tipo de servicio que las farmacias prestan. Esta es una empresa o actividad altamente regulada, pues su propósito es asegurar la prestación de bienes necesarios para la población desde un punto de vista estrictamente sanitario. De esta manera, el Estado está en condiciones de imponer obligaciones a todo aquel empresario que desee ingresar al rubro, debiendo vender todos aquellos medicamentos o productos farmacéuticos necesarios desde el punto de vista de una política de salud para el conjunto de la sociedad<sup>39</sup>.

Adicionalmente, el tipo de medicamentos que ingresa o sale de la lista de las existencias obligatorias del Formulario Nacional debe tener un cierto dinamismo, que un proceso legislativo no permitiría, más aún, si los grupos de presión de las farmacéuticas buscaran reducir a la máxima expresión el tipo de medicamentos que deben expender.

Ahora bien, uno de los puntos esgrimidos por Salcobrand fue impugnar si este anticonceptivo debiera quedar consignado en el Formulario Nacional, pues no cumplía una función terapéutica. Si éste fuese el argumento fuerte de las farmacias, pues la píldora del día después no sirve para sanar, ya que el embarazo es un

35. Inserto, El Directorio, Salcobrand S.A., Salcobrand a Nuestros Clientes, La Tercera, 28 de octubre de 2007, p. 73.

36. CENABAST, Resolución Exenta 2612, del 8 de noviembre de 2007 autoriza la venta a la cadena SALCOBRAND S.A., en <http://www.cenabast.cl/actualidad/20071109pdf/Res2612.pdf> accesado el 8 de December 2007.

37. Libertad y Desarrollo, “Libertad, Píldora y Farmacias”, Temas Públicos No. 844, 31 de octubre 2007.

38. *Ibid.* p. 3.

39. En este sentido adelantan sus argumentos los profesores Couso y Guiloff en un artículo denominado “Notas sobre el debate en torno a la ‘píldora del día después’” para la Revista de Derecho, aceptado para publicación. Artículo en poder de la autora.

proceso natural y vital, sería extensible a todos los anticonceptivos, por lo cual las farmacias se podrían eximir de venderlos<sup>40</sup>. Si no es en las farmacias, ¿en qué otro lugar podrían venderse los anticonceptivos? Si la respuesta es que ello es una preocupación del Estado, éste debería asegurarlo a través de sus servicios de salud, entonces, nuevamente nos encontraríamos con la paradoja de una postura de libertad empresarial que no quiere ningún tipo de obligación, independiente del negocio que se trate, pero que de facto significaría revivir Estado empresarial que estos mismos sectores rechazan.

Desde el punto de vista del orden público-económico, hay empresas como el mercado bancario y aquellas de servicios básicos, entre otras, que se las regula precisamente a través de distintos medios; por ejemplo, fijando tarifas, lo que no implica la dictación de una ley en cada oportunidad, pues la función de la administración es asegurar los bienes o servicios que se brindan son de primera necesidad.

La jurisprudencia en otros países se encuentra conteste con esta idea. En Sajous con Francia, el dueño de una farmacia no pudo revertir la sanción impuesta bajo la ley del consumidor francesa por no vender la píldora del día después<sup>41</sup>. Tal como sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos, se atenta contra los derechos de la usuaria, más aún si, la farmacia multada era la única del pueblo. En un caso español, la Corte señaló que las farmacias cumplen una labor sanitaria en la provisión de medicamentos y, por ello, el Estado debe afirmar las políticas sanitarias a través de distintos medios,

por lo cual no era aceptable que las farmacias pudieran eximirse del cumplimiento de su deber de anticonceptivos y profilácticos<sup>42</sup>.

Al cierre de este recuento, las cadenas Cruz Verde y SalcoBrand habían llegado a un acuerdo con el gobierno para expender los anticonceptivos y cumplir la normativa a través de la compra a CENABAST<sup>43</sup>, pero la fiscalización realizada por organizaciones ciudadanas y de mujeres mostraba aún la fragilidad de la situación, ya que el 60% de las farmacias de un barrio no la tenían<sup>44</sup>, y que duplicado el precio de los anticonceptivos cuando los tenían<sup>45</sup>. Las resoluciones de CENABAST muestran el precio de venta de esta institución, (la que actúa como intermediaria), por el monto de \$800 por cada dosis, mientras que el precio de colocación supera casi seis veces su valor.

En un segundo orden, se pueden analizar las acciones emprendidas por ACONOR. Esta organización de consumidores intervino en el mercado para limitar los derechos de las consumidoras. Vale recordar que la Ley N° 19.496<sup>46</sup> busca brindar protección a los consumidores. En particular, el artículo 3 establece los derechos y deberes de los consumidores, en los siguientes términos:

“Artículo 3°. Son derechos y deberes básicos del consumidor:

- a. La libre elección del bien o servicio;
- b. El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes

40. El argumento de que la función de la píldora no es de curar, y por ello no sería obligatorio suministrarlo es un símil al usado por los alcaldes objetores para negar su entrega.

41. Eur. Ct. HR (3d section), Pichon et Sajous v. France (Appl. n° 49853/99), decision (inadmissibility) of 2 October 2001. La Corte rechaza la admisibilidad de la denuncia de un par de farmacéuticos quienes se niegan por razones de conciencia a vender contraceptivos médicamente indicados.

42. Recurso N° 158/02, sentencia 628, 30 de julio de 2002, Tribunal Superior de Justicia de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera.

43. René Olivares, “MINSAL y farmacias llegan con acuerdo en abastecer de la píldora del día después”, El Mercurio On Line, 6 de noviembre de 2007 en <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=280982>, accesado el 5 de diciembre 2007, y Farmacias compran a CENABAST la píldora del día después en <http://www.cenabast.cl/actualidad/20071109.html> accesado el 8 de diciembre 2007.

44. El Mostrador, “Instalan sellos rojos en farmacias que no venden píldora del día después”, 12 de noviembre 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=232551](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=232551), accesado el 5 de diciembre de 2007.

45. El Mostrador, “Acusan a farmacias de Ñuñoa de cobrar al doble de precio de la píldora”, 17 de noviembre 2007 en [http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia\\_new.asp?id\\_noticia=233059](http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=233059), accesado el 5 de diciembre de 2007.

46. Ver [http://www.sernac.cl/leyes/derechos\\_sentido.php](http://www.sernac.cl/leyes/derechos_sentido.php), accesado el 23 de julio de 2007.

- de los mismos y el deber de informarse responsablemente de ellos;
- c. El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;
  - d. La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;
  - e. La reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea, y
  - f. La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido."

La lectura de esta norma deja en evidencia que son derechos básicos del consumidor la libre elección, la información veraz y oportuna, la no

discriminación, la seguridad en el consumo, la reparación y la educación para un consumo responsable. La conducta desplegada por ACONOR atentaría respecto de cada uno de esos derechos respecto de las mujeres usuarias.

La libre elección, de acuerdo a la ley, comprende, entre otros,

"Hacer valer su derecho a la libre elección en todos sus actos de consumo.

Denunciar cualquier hecho que limite el acceso libre a cualquier tipo de producto o servicio"<sup>47</sup>.

El accionar de ACONOR tuvo ex profeso la misión de intervenir en el mercado y, con ello, evitar que las consumidoras accedieran al anticonceptivo<sup>48</sup>. Otras organizaciones de consumidores habían advertido el problema de las farmacias, pese a que el medicamento se encuentra detallado en el Formulario Nacional<sup>49</sup>.

---

47. [http://www.sernac.cl/frecuentes/dchos\\_consumidor.php](http://www.sernac.cl/frecuentes/dchos_consumidor.php), accesado el 25 de julio de 2007.

48. A.M.M. "El lobby de los grupos tas la oposición à la 'anticoncepción de emergencia'". La Tercera, 4 de noviembre 2007, p. 19.

49. ODECU. "Pildora del día despues. Distribución fantasma?", 24 de julio de 2007, [http://www.odecu.cl/noticias\\_detalle.php?&cod=4491&PHPSESSID=9d8985728aa34ab9f04ecec808af8745](http://www.odecu.cl/noticias_detalle.php?&cod=4491&PHPSESSID=9d8985728aa34ab9f04ecec808af8745), accesado el 25 de julio de 2007

Santiago, junio 14 de 2007

### DECLARACIÓN PÚBLICA SOBRE LA DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE LA HORMONA SINTÉTICA LEVONORGESTREL

Ante el debate nacional generado por la distribución del producto farmacológico Levonorgestrel, hormona sintética conocida popularmente como la "píldora del día después", las Asociaciones de Consumidores (ADCs) legalmente constituidas: Asociación Nacional de Defensa de los Derechos de los Usuarios de la Seguridad Social (ANADEUS), Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU), Asociación de Consumidores de Asistencia Mortuoria (ACAM) y Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile (CONADECUS); declaramos a la opinión pública:

Que nuestra principal misión como ADCs es la promoción y defensa de los derechos de los consumidores de conformidad a las normas legales.

Por ello, en este debate nos permitimos hacer los siguientes alcances:

#### LA LIBRE ELECCIÓN

La Libre Elección dice relación con el hecho que todo consumidor puede elegir, voluntariamente, el bien o producto que desea adquirir o el servicio que desea le sea prestado, sin que su voluntad esté sujeta a condición ni a presión alguna.

En este sentido creemos que, si el fármaco Levonorgestrel está debidamente autorizado por las autoridades sanitarias del país e incluido en el Formulario Nacional, es cada consumidora o consumidor, de acuerdo a sus creencias, éticas, políticas y religiosas quien debe decidir su adquisición y consumo.

Por el contrario, nos oponemos a que en base a argumentos éticos, religiosos o políticos, que por más legítimos que sean o puedan serlo, se pretenda coartar el derecho a la libertad de elección que consagra la Ley N° 19.496 de Protección de los Derechos de los Consumidores.

#### INFORMACIÓN VERAZ Y OPORTUNA

La Información Veraz y Oportuna es el derecho que dice relación con la obligación que tienen los proveedores de otorgar al consumidor, en la oferta de un producto, información relevante para realizar el acto de consumo.

Ante ello, consideramos que son las autoridades sanitarias las que deben crear las condiciones para que las potenciales usuarias del fármaco Levonorgestrel cuenten con la información adecuada que les permita tomar en conciencia su decisión.

Como ADCs, creemos que nuestro actuar debe ser guiado por facilitar el acceso a la información respecto a este producto, tratando de entregar las diferentes visiones que existen acerca de las características de este fármaco, pero es el consumidor o consumidora, en un acto personal, quien debe tomar la decisión final de adquirirlo o no.

#### LA SEGURIDAD EN EL CONSUMO

La ley extiende esta protección a un ámbito de gran relevancia para las personas, como es la protección a la salud en materia de consumo y, por ello es que, cumpliéndose los requisitos legales y reglamentarios, el ofrecimiento, publicidad y venta del producto es completamente ajustada a la normativa vigente.

Como organizaciones ciudadanas valoramos nuestra institucionalidad y creemos que en este caso las autoridades sanitarias han tomado las precauciones suficientes ante este fármaco, por lo que no corresponde a persona o institución alguna imponer a los consumidores sus particulares puntos de vista y menos aún confundir a la ciudadanía incluyendo disposiciones relativas al consumo como argumento para discutir la venta del producto antes señalado.

Fuente: [http://www.conadecus.cl/index.php?option=com\\_content&task=view&id=375&Itemid=1](http://www.conadecus.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=375&Itemid=1), sitio visitado el 13 de julio de 2007.

La acción de ACONOR ha significado, en la práctica, que el acceso de esta píldora de emergencia muestre tantos obstáculos hasta hacer casi imposible su adquisición en el plazo para ser efectiva, es decir de 72 horas desde el momento del coito.

La pregunta que cabe es si bajo la ley 19.496 esta organización podría realizar tales campañas. Creemos que ello es discutible, atendidas las funciones y competencias de estas organizaciones. Conforme al artículo 8 de dicha ley las funciones de estas organizaciones son:

- a. “Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta ley y sus regulaciones complementarias;
- b. Informar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos y brindarles asesoría cuando la requieran;
- c. Estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo, y
- d. Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato”.

Por otra parte, el artículo 9 de la misma ley señala aquello que les está expresamente prohibido a dichas organizaciones, indicando que:

- “Artículo 9°. Las organizaciones de que trata este párrafo en ningún caso podrán:
- a. Desarrollar actividades lucrativas;
  - b. Incluir como asociados a personas jurídicas que se dediquen a actividades empresariales;
  - c. Percibir ayudas o subvenciones de empresas o agrupaciones de empresas que suministren bienes o servicios a los consumidores;
  - d. Realizar publicidad o difundir comunicaciones no meramente informativas sobre bienes o servicios, ni
  - e. Dedicarse a actividades distintas de las señaladas en el artículo anterior.

En el presente caso, ACONOR se encuentra infringiendo lo dispuesto en el artículo 9d y 9e. En efecto, si bien las asociaciones de consumidores están facultadas para informar a éstos para el adecuado ejercicio de sus derechos, ello no incluye dar información que exceda este marco, especialmente si no es veraz; por ejemplo, que el anticonceptivo sea abortivo; ni mucho menos pretender decidir qué productos deben o no estar en el mercado.

No sabemos si la autoridad que otorga la acreditación a las organizaciones de consumidores estaría dispuesta a revocar tal reconocimiento a ACONOR, pero es posible suponer que una acción de este tipo podría ser otro argumento para estas organizaciones. La posibilidad de explotar una imagen de “organización de ciudadanos víctima de una administración despótica” no es la misma que lo que puedan mostrar las cadenas de farmacias.

### III. El litigio judicial en torno a las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad

Si la oposición a la píldora se concentró en los esfuerzos de grupos organizados en el mercado para amenazar con demandas a las farmacias y laboratorios, la dictación de las Normas Nacionales sobre la Regulación de la Fecundidad dio un nuevo giro en el foro judicial. Podemos identificar la existencia de tres subtemas en este ámbito:

- a. los grupos de ciudadanos que se resisten a que los servicios puedan otorgar este anticonceptivo, y otros que reclaman para que esté disponible;
- b. los alcaldes que, por medio de acciones judiciales, cuestionan la obligatoriedad del uso en los servicios de salud municipalizados; y
- c. los esfuerzos desde el Poder Legislativo impugnando la constitucionalidad de las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad.



a. Entre cuestionamiento y la exigencia de derechos: el binomio “padres y adolescentes” frente a la confidencialidad médica

Las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad se expidieron a través de una resolución exenta el 1º de septiembre de 2006<sup>50</sup> y fueron dadas a conocer en el cierre de un Congreso Nacional de Ginecología y Obstetricia Infante Juvenil, organizado por la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología de la Infancia y Adolescencia, el 6 de septiembre de 2006. El escenario elegido no podría ser superado: realizar un importante anuncio ante prestadores de salud interesados en asegurar servicios de calidad y bajo los estándares médicos y científicos.

La repuesta en los medios fue rápida, pero también la oposición a este documento. Entre alcaldes que se oponían a la entrega de métodos a los adolescentes, y particularmente el uso de AE, se sumaron padres –no organizados– que reclamaron que la decisión de la autoridad sanitaria vulneraba derechos constitucionales que amparan la protección de la familia y particularmente el derecho de los padres a educar a sus hijos<sup>51</sup>.

La acción de los padres tuvo como fundamento el derecho de éstos a educar a sus hijos conforme lo establece el numeral 10 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

A nivel político, y como parte de este mismo capítulo, también se argumentó que la facilitación de medios constituye un problema, pudiendo producirse una sexualidad precoz y no responsable<sup>52</sup>. En cualquier caso, se presentan similares razonamientos para rebatir las iniciativas sobre educación sexual a los adolescentes.

La acción del alcalde Zalaquett fue acumulada a otras acciones en contra de las Normas

basadas en el mismo argumento. La Corte rechazó ambas, afirmando que no es una cuestión en la que pueda protegerse alegaciones de carácter religioso, morales o de mera opinión, y que además la acción del Estado no vulnera el derecho de los padres:

“7º.- Que en lo que al derecho de libertad de educación se refiere y al deber del Estado de otorgar especial protección a su ejercicio, esta Corte no advierte que se le haya afectado, porque en la expresión que nos preocupa, derecho preferente de los padres, la medida en cuestión no la alcanza porque además de no estar orientada a influir en la adopción de conductas no impide su ejercicio, cual es lo que se encuentra garantido. Los padres, no obstante el acto cuestionado, siempre podrán educar a sus hijos en las cuestiones de la sexualidad y la regulación de la fertilidad de la manera que en su concepto les parezca adecuada, incluso expresamente podrán formarlos para que no recurran en circunstancia alguna a la ingesta del anticonceptivo de emergencia, sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna, porque importa el ejercicio del derecho constitucional de educar a los hijos. Esto es así porque esta libertad fundamental, precisamente su garantía, está pensada respecto del Estado; para oponerla a todo empeño dirigido a imponer orientaciones excluyentes en la educación. Además de lo que se acaba de razonar, debe tenerse en consideración que afectar un derecho supone causar un resultado antijurídico que ha de consistir en su cesación o disminución, y esto es un hecho que requiere ser probado. En autos no hay elementos que generen convicción en cuanto a que los padres no podrán educar preferentemente a sus hijos, esto es que la disposición que nos ocupa al menos lo dificultará. A la conclusión anterior no obstan las normas que regulan las relaciones entre padres e hijos y que han sido invocadas por las recurrentes, porque aun cuando el Derecho es un sistema, son atinentes a otra clase de conflicto, y porque en esta acción cautelar

50. Ministerio de Salud, Resolución Exenta 584, 1º de septiembre de 2006.

51. Corte de Apelaciones de Santiago, “Zalaquett y otros contra Ministra de Salud”, 10 de noviembre de 2006 y Corte de Apelaciones de Concepción, rol 3440-2006, “Tragoleff y otros contra I. Municipalidad de Concepción”, 4 de enero 2007.

52. Libertad y Desarrollo, “Píldora del Día Después y Embarazo Adolescente”, Temas Públicos N° 788, 15 septiembre de 2006.

de derechos constitucionales, como ya ha sido dicho, lo único que ha de ser tenido en consideración es la eventual afectación a alguno de ellos. En lo tocante a la libertad de conciencia, esto es a la posibilidad de sostener creencias sin intervención del Estado, no se advierte como podría afectarse tal garantía con una instrucción administrativa atinente a la fertilidad que de ningún modo impone a los menores obligaciones relativas a su contenido”<sup>53</sup>.

Los recurrentes además utilizaron la tesis de la propietarización de los derechos, esto es que partir de que las personas podemos ser titulares de derechos personales y reales conforme a la doctrina civilista, entonces sobre los derechos personales existe una suerte de propiedad. La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó de plano tal postura y sostuvo que los padres no tienen derecho sobre el derecho a la educación de sus hijos, ni el alcalde tiene un derecho de propiedad respecto de las funciones que debe ejercer un municipio conforme a la ley:

“8°.- Que esta Corte no comparte con el recurrente Zalaquett que el acto afecte al derecho de propiedad de los padres y al de la corporación de derecho público que preside, porque si bien los padres tienen este derecho no puede ser comprendido dentro del de propiedad porque su naturaleza es de carácter social, y porque la propiedad en cualesquiera de sus formas siempre ha de tener significación patrimonial, carácter que no es predicable respecto del derecho a educar a los hijos. En su carácter de derecho social y preferente, ya ha sido examinado y no se ha constatado vulneración alguna. La segunda alegación tampoco es aceptable. La corporación no tiene derecho de propiedad sobre la función que desarrolla, simplemente la ejecuta junto a otras que la constitución y las leyes encomiendan a las municipalidades [...]”<sup>54</sup>.

Lo relevante es que la Corte además señala que otorgar medicamentos en forma gratuita a adolescentes usuarios del sistema público de

salud no es una vulneración del derecho a la igualdad, sino precisamente la satisfacción de ese derecho atendido que la AE puede ser adquirida en el mercado.

9°.- [...] La alegación de haberse vulnerado la garantía de igualdad ante la ley porque supuestamente se dejarían de aplicar las normas especiales de menores, también será rechazada. Faltar a la garantía de la igualdad significa instalar normas jurídicas con contenido distinto para personas que se encuentren en situaciones análogas. La garantía dice relación con la igualdad ante el derecho, y las diferencias que importan trasgresión son aquellas que carecen de fundamento racional. En la especie, cuando se actúa de la manera que se cuestiona, no se entregan normas que prevengan un estatuto jurídico que permita dar trato distinto a personas en una misma situación, ni la supuesta falta de aplicación de aquellas normas de carácter especial que han sido mencionadas pueden importar tal trasgresión. Esta Corte también tiene presente que el anticonceptivo se vende en farmacias con receta médica, de suerte tal que no es posible identificar razones que justifiquen que no sea proporcionado en el sistema estatal con la intervención de profesionales, el que ciertamente ofrece suficientes garantías de razonabilidad al haberse previsto un coherente conjunto de indicaciones que han de ser observadas al momento de la prescripción.

10°.- Que todo lo anterior conduce al rechazo de los recursos de protección”<sup>55</sup>.

Como una contracara, un grupo de personas, incluida una estudiante secundaria, demandaron a la alcaldesa de Concepción –Jacqueline Van Rysselbergue– quien se había manifestado contraria a la entrega del método a los adolescentes sin el permiso de los padres<sup>56</sup>.

La Corte de Apelaciones de Concepción sostuvo en forma indirecta que no estaba en entredicho el derecho a la salud de los jóvenes, pero que los demandantes no mostraban legitimación

53. Corte de Apelaciones de Santiago, “Zalaquett y otros contra Ministra de Salud”, 10 de noviembre de 2006.

54. *Ibid.*

55. *Ibid.*

56. La Tercera, Alcaldes UDI se suman rechazo a la píldora a los 14 años, 5 de septiembre de 2006, en [http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255\\_5666\\_228562550,00.html](http://www.latercera.cl/medio/articulo/0,0,3255_5666_228562550,00.html) accesado el 10 de diciembre de 2007.

para demandar, pues no habían recurrido a los consultorios del gobierno local solicitando el método y que el método se les hubiera negado. Así deja la puerta abierta ante el daño o vulneración concreto y no abstracto y, como veremos más adelante, la Corte afirma las facultades que el Ministerio de Salud tiene sobre la materia.

En todo caso, los resultados de las acciones de protección quedarían supeditados a la tramitación de la acción emprendida ante el Tribunal Constitucional. Ello queda de manifiesto en la sentencia de apelación del caso del alcalde Zalaquett en que la Corte Suprema señala que ante impugnación de las normas, y habiéndose acogido el requerimiento de los congresistas, no tenía sentido pronunciarse sobre los otros aspectos, pues ya no existía el acto impugnado:

9º) Que el artículo 93 de la Constitución Política de la República prescribe: "Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 16º Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República...";

10º) Que, por su parte, el artículo 94 inciso tercero del mencionado texto constitucional prescribe "En el caso del N° 16 del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el sólo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo";

11º) Que lo anterior necesariamente significa que la Resolución Exenta N°584 del Ministerio de Salud, que se reprocha de ilegal y arbitraria en las dos acciones constitucionales ejercidas por la presente vía, no existe como acto impugnado; y en consecuencia esta Corte Suprema omitirá pronunciarse sobre aquél;

12º) Que, por otra parte, en cuanto se impugnó por la presente vía de protección las declaraciones vertidas en la prensa por la autoridad recurrida acerca de esta misma

materia, la acción cautelar no puede prosperar pues una mera opinión es insuficiente para configurar al menos una amenaza a las garantías constitucionales que se han estimado amagadas por la autoridad recurrida;

13º) Que en razón de lo expuesto, se hace innecesario analizar las garantías constitucionales que se dicen infringidas: De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

I.- Que se omite pronunciamiento en cuanto los recursos de protección de fojas 1 y 67 impugnan la Resolución Exenta N°584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006...<sup>57</sup>.

#### b. Los alcaldes y la píldora

Como puede verse a lo largo de este relato, siempre hubo resistencia a obedecer las normativas técnicas del Ministerio de Salud que, desde abril de 2004, incorporaron el uso de AE. En el pasado, los alcaldes de Lo Barnechea y Puente Alto se negaron a recibir las dosis de anticonceptivos, la estrategia esta vez sería una combinación de las anteriores con algunas modificaciones. Por ejemplo, el alcalde de La Florida, Pablo Zalaquett, sostuvo que el Ministerio de Salud carecía de facultades y competencias para obligar a los servicios de salud de atención primaria a brindar ciertos servicios, especialmente la entrega de la píldora a todas las mujeres y los servicios clínicos a los adolescentes sin el consentimiento de sus padres.

Sobre el ámbito de las facultades del Ministerio, el alcalde sostuvo que los servicios de salud no podrían estar obligados a realizar todas aquellas actividades tendientes a la prevención del embarazo, habida cuenta que el embarazo no es una enfermedad y que ello no implica el tratamiento o aplicación de medidas terapéuticas para la recuperación de la salud.

57. Corte Suprema, "Zalaquett y otras contra Ministra de Salud", Rol 6237-2007, 25 de enero 2007.

[...] de conformidad con lo señalado en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “salud” se define como “Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”.

A su turno, el mismo diccionario, define “enfermedad” como “alteración más o menos grave de la salud”.

En tanto el concepto de “embarazo” corresponde a “Estado en que se halla la hembra gestante”.

[...]

En otros términos el embarazo NO es una enfermedad y, por tanto, no cabe dentro del concepto de tratamiento de enfermedades o de rehabilitación de la persona enferma. Por lo tanto, al no estar incluido en esta categoría, queda fuera del alcance del Ministerio de Salud la entrega de medicamentos destinados a solucionar o prevenir una situación que no corresponde al concepto de enfermedad... A mayor abundamiento, el control de la natalidad, la paternidad responsable o la evitación o cesación del embarazo es un tema sanitario propiamente tal...<sup>58</sup>.

Este argumento es similar al usado por las farmacias para rechazar la inclusión de la AE en el Formulario Nacional y de la alcaldesa Van Rysselberghe para defenderse en el recurso interpuesto por los estudiantes. En efecto, ésta última sostuvo en su contestación del recurso interpuesto en nombre de las afectadas:

“Agrega, que no existe norma jurídica alguna que obligue a los establecimientos de salud que administran las municipalidades como entes autónomos como lo reconoce la Constitución, a seguir las instrucciones que dicta el Ministerio y cita en su apoyo lo prevenido en los artículos 49 y siguientes de la Ley N° 19.378 que establece el único vínculo y fuente legal que existe entre las Municipalidades y el Ministerio de Salud”<sup>59</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el argumento que el Ministerio de Salud no

tendría facultades tanto en la acción del alcalde de La Florida, y señaló al efecto que no cabía duda alguna que las tenía y las políticas de salud que se desarrollan en Chile a lo largo de décadas es un reflejo de ello:

“6°.- Que en primer lugar no pueden sostenerse dudas en cuanto a que la autoridad de gobierno tiene facultades legales para desarrollar políticas concernientes al control de natalidad, como lo hace desde hace ya largos años. Tampoco es posible pensar en la arbitrariedad, esto es en la carencia de fundamentos, de análisis, en la obcecación y el capricho. Tales presupuestos de la acción de protección no concurren en la especie”<sup>60</sup>.

La Corte de Apelaciones de Concepción fue más enfática y recalcó el papel que juega el Ministerio de Salud en el ámbito de las políticas públicas en salud:

“3°. Que, en cuanto a las facultades o atribuciones que el ordenamiento jurídico reconoce al Ministerio de Salud para implementar las medidas tendientes a la distribución del fármaco Postinor-2 a través de los consultorios del sistema municipalizado, es útil tener presente que los órganos de la administración del Estado pueden tener la naturaleza de centralizados o descentralizados, según la autonomía que la ley reconozca a éstos. En el presente caso, las municipalidades revisten la calidad de órgano descentralizado; pero ello no los margina de llevar adelante en las materias pertinentes, las políticas públicas sanitarias diseñadas por el órgano al cual la Constitución y la Ley le entrega la potestad de fijar las políticas de salud para toda la ciudadanía en este caso, el Ministerio de Salud de la República.

4°. Que, en esta línea argumental y con fundamento en los artículos 24 y 33 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en la Ley N° 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado y el D.F.L N° 1 de 2005 de Salud que establece la organicidad del Ministerio de Salud, se debe concluir que no es

58. Corte de Apelaciones de Santiago, Recurso de Protección 4693-2006, Pablo Zalaquett, Alcalde Municipalidad de La Florida contra Ministra de Salud.

59. Corte de Apelaciones de Concepción, “Tragoleff y otros contra I. Municipalidad de Concepción”, rol 3440-2006, 4 de enero de 2007.

60. Corte de Apelaciones de Santiago, “Zalaquett y otros contra María Soledad Barriá, Ministra de Salud”, rol 4693-2006, 10 noviembre de 2006.

pertinente que los consultorios del sistema municipalizado de la Comuna de Concepción, se sustraigan de la implementación de la política de distribución del fármaco Postinor 2, por cuanto dichos consultorios, a pesar de formar parte de la estructura orgánica municipal, también revisten la calidad de integrante del Sistema Nacional de Servicios de Salud, evitándose de este modo una autonomía contradictoria con el régimen político nacional”<sup>61</sup>.

Casi como una vuelta completa de todos los mecanismos de control existentes en el ordenamiento jurídico chileno, la Contraloría General de la República también emitió un dictamen sobre la materia. Vale recordar que, en el año 2001, los demandantes de la píldora hicieron una presentación a esta entidad con el fin de obtener un pronunciamiento que declarara la ilegalidad de la autorización del registro farmacéutico a Postinor 2, pues el Instituto de Salud Pública no revocó dicha autorización luego del fallo de la Corte Suprema adverso para Postinal. La Contraloría determinó que no hubo ilegalidad en el procedimiento de conceder un registro farmacéutico para Postinor 2<sup>62</sup>.

La Contraloría General de la República esta vez se pronunció en el marco del requerimiento de inconstitucionalidad. En el Dictamen N° 53.137 de 9 de noviembre de 2006 informa sobre la legalidad del ejercicio de la potestad reglamentaria al haber dictado las Normas Nacionales de Regulación de la Fecundidad a través de una resolución exenta. La Contraloría estableció que era parte de las potestades legales y constitucionales del Ministerio de Salud normar estas materias y asegurar el derecho de toda la población, incluyendo la provisión de servicios a los adolescentes,

“3. Por otra parte, es dable consignar que al Estado le asiste el deber constitucional de asegurar a todas las personas, incluidas las menores de edad, el libre e igualitario acceso a las acciones

de salud, entre las cuales corresponde considerar aquellas relacionadas con el control de la fertilidad.

Al respecto, cumple esta Entidad de Control con manifestar que, tal como se señala en el documento impugnado (páginas N°s. 7 a 19), así como en el oficio N° A 15/ 2046, de 8 de junio de 2005, emitido por la Subsecretaría de Salud Pública a requerimiento de este Organismo Fiscalizador, los temas relativos a la regulación de la fertilidad y, en especial a los embarazos no deseados y la anticoncepción, han sido considerados, en Chile y en el contexto mundial, como aspectos relacionados con la salud de las personas, tanto de la madre, como de los hijos y, en consecuencia, incorporados, desde hace décadas, tanto en los planes y programas del Ministerio, como en las Normas Técnicas y Guías Clínicas que dicha Secretaría de Estado puede elaborar:

Corroborar lo anterior, a modo de ejemplo, el Programa de Salud de la Mujer -continuador de otro más antiguo-, aprobado mediante resolución exenta N° 879, de 1997 y las Normas y Guía Técnica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual, sancionadas a través de la resolución exenta N° 527, de 2004, ambas del Ministerio de Salud.

Luego, cabe expresar que, en lo que interesa, el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental establece que “el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”, añadiendo que “le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud”.

A su turno, es menester hacer presente que el artículo 1° del antes aludido decreto ley N° 2.763, de 1979, señala que “al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla el presente Libro, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como

61. Corte de Apelaciones de Concepción, “Traguilef y otros contra I. Municipalidad de Concepción”, rol 2006, 4 de enero de 2007.

62. Contraloría General de la República, Dictamen N° 26.768 del 20 de septiembre de 2002.

coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones".

Añade el referido texto normativo, en su artículo 2°, que "las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema".

También resulta necesario puntualizar que el artículo 4° del aludido cuerpo normativo prescribe que corresponde al Ministerio de Salud formular, fijar y controlar las políticas de salud, para lo cual cuenta con atribuciones para la formulación, control y evaluación de planes y programas generales de salud; definir objetivos sanitarios nacionales, dirigir y orientar todas las actividades del Estado relativas a la provisión de acciones de salud, de acuerdo con las políticas fijadas.

Asimismo, el referido precepto legal autoriza a la señalada Secretaría de Estado para "dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los organismos y entidades del Sistema, para ejecutar actividades de prevención, promoción, fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas.

En relación con esto último, resulta imperioso consignar que el artículo 7° del citado decreto ley N° 2.763, de 1979, precisa que al "Ministro de Salud" corresponde la dirección superior del Ministerio, así como "fijar las políticas, dictar las normas, aprobar los planes y programas generales y evaluar las acciones que deben ejecutar dichos organismos (sic) y demás integrantes del Sistema".

En armonía con lo anterior, el artículo 25 del decreto N° 136, de 2004, del Ministerio de Salud, Reglamento Orgánico de dicha Secretaría de Estado, reitera que el "Ministro de Salud", tiene, entre otras, las atribuciones para dictar normas generales sobre materias técnicas, administrativas y financieras a las que deberán ceñirse los

organismos y entidades del Sistema en la ejecución de las acciones de salud pública pertinentes, así como para la aprobación de los planes y programas generales de salud.

Como puede advertirse de la preceptiva antes descrita, el Ministro de Salud posee las atribuciones para fijar planes y programas generales de salud, así como para dictar normas técnicas y guías clínicas para la ejecución de las acciones de salud, sean éstas de prevención, promoción, fomento, protección o recuperación de la salud, dentro de las cuales deben considerarse aquellas relativas a la regulación de la fertilidad, por ser éste, como ya se adelantó, un tema considerado de salud pública.

Luego, y atendido el carácter sanitario que nuestro ordenamiento jurídico ha conferido a los temas relacionados con la fertilidad, no puede dejar de considerarse que el Estado tiene el deber constitucional de asegurar el "libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo", por lo que no puede reprocharse que, entre estas acciones, se incluyan aquellas que se relacionen con el control de la fertilidad, sin exigir el permiso o conocimiento de los padres de los adolescentes, pues esto último equivale a desconocer la libertad e igualdad en el acceso antes referido.

De todo lo anterior, a juicio de esta Contraloría General, aparece que la autoridad, al dictar normas relativas a la atención que solicita un adolescente en materia de regulación de su fertilidad, no vulnera el derecho preferente de los padres a educar sobre la materia, sino que sólo establece la forma de prestar los servicios sanitarios de consejería, orientación y control de la fertilidad, que los mismos adolescentes, por iniciativa propia han requerido, y que el Estado, en virtud del imperativo constitucional antes señalado, no puede negar<sup>63</sup>.

Desde el punto de vista del derecho administrativo, las facultades del Ministerio quedaron claramente refrendadas en cada una

63. Contraloría General de la República, Dictamen No. 53.137, 9 de noviembre 2006, en <http://www.contraloria.cl/ulmo/BasesDocumentales/jurisprudencia.nsf/MarcoSCW?OpenFrameset> accesado el 8 de diciembre de 2007.

de las instancias judiciales y administrativas que conoció algunas de las aristas de este debate. Sin embargo, la competencia y la obligatoriedad de las normas sanitarias es una cuestión accesorio sobre las formas que toma la resistencia de parte de los jefes comunales que no están dispuestos a cumplir con ella, y ello se refleja en la conducta de una de las opositoras “duras” en contra de la píldora.

La alcaldesa de Lo Barnechea, una comuna de las más pudientes del país, con sectores de pobreza estructural agudas, siempre manifestó su rechazo al uso de la PAE, por lo cual se negó en el año 2004 a recibir las dosis de píldoras desde el gobierno central, Postinor-2, para las víctimas de violación que pudieran necesitarla. La alcaldesa nunca fue obligada al cumplimiento de la ley, sin embargo la nueva autoridad sanitaria propició el cumplimiento de ésta y la alcaldesa encontró nuevas formas de intentar eludir el cumplimiento de la ley.

En marzo de 2007 la jefa comunal entabló una demanda de nulidad de derecho público en contra de una orden ministerial N° 0339 del 7 de febrero de 2007 dirigida a la Directora de Salud de la comuna, en que se le instaba al cumplimiento de la entrega del método en los consultorios de la comuna. El argumento para rechazar la norma fue que el Ministerio no podía obligar al municipio a recibir medicamentos que carecían de un registro sanitario vigente, es decir Postinor-2. Considera que es ilegal puesto que vulneraría las normas legales vigentes sobre comercialización y distribución de medicamentos<sup>64</sup>.

Al cierre de este recuento no hay información que permita establecer el resultado de esta demanda, pero teniendo en cuenta que el CENABAST cuenta con otros medicamentos con registro sanitario provisorios o en curso, es

dable suponer que no podría prosperar esta línea argumentativa.

c. El Tribunal Constitucional: un nuevo escenario judicial

La tercera vía de impugnación a las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, y en particular al uso de la anticoncepción de emergencia, se produce con el presentación de un requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de 31 parlamentarios ante el Tribunal Constitucional en septiembre de 2006. Esta normativa se dicta como una manifestación de la potestad reglamentaria, y por ello lo hace a través de una resolución exenta.

El Tribunal acoge dicho requerimiento en voto dividido (6-4) por razones de forma en enero de 2007<sup>65</sup>. Los argumentos para acoger dicha acción se fundaron en que, si bien la normativa era de orden técnico, debía expedirse a través de un Decreto Supremo pues afectaba o afectaría garantías constitucionales: el derecho a la vida y el derecho de los padres a educar a sus hijos.

Tras el rechazo, el ejecutivo dictó el Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud el 7 de febrero de 2007 e inmediatamente los congresistas opositores reiteraron su reclamación de inconstitucionalidad. Su presentación hace alusión a toda la historia judicial en contra de la anticoncepción de emergencia y, de hecho, se reproducen los mismos pasajes de las acciones intentadas en sede civil e incorpora otros métodos anticonceptivos: los dispositivos intrauterinos (de cobre y de levonorgestrel) y alude indirectamente a los anticonceptivos hormonales combinados que pueden tener el mismo efecto tomados en otras dosis. El requerimiento, al igual que las acciones

64. Alcaldesa de Lo Barnechea Marta Ehlers contra el Fisco, Demanda de Nulidad de Derecho Público, 11° Juzgado Civil de Santiago, Rol 4121-2007.

65. Tribunal Constitucional, Requerimiento de inconstitucionalidad en contra de la Resolución Exenta No. 584 del Ministerio de Salud sobre las Normas Nacionales de Fecundidad, rol 591-06, 11 de enero 2007.

emprendidas en los tribunales ordinarios, cuestiona la facultad de los profesionales de salud de entregar consejería y métodos anticonceptivos, especialmente la píldora del día después a los adolescentes sin el consentimiento de sus padres.

Como un hecho inédito, diversas organizaciones y mujeres solicitaron hacerse parte de este proceso. El Tribunal no reconoció calidad de partes a los solicitantes, sin embargo, abrió audiencias para escuchar presentaciones y alegatos de representantes del Congreso a favor de las Normas Nacionales quienes solicitaron el rechazo al requerimiento<sup>66</sup>, también se presentaron médicos mostrando evidencia científica a favor y otros que alegaron en contra<sup>67</sup>.

Una de las cuestiones que destacan de este caso, es la solicitud de inhabilidad que medió respecto de dos miembros del Tribunal. En efecto, los Ministros Raúl Bertelsen y Enrique

Navarro suscribieron un informe en derecho en calidad de expertos a favor del demandante AGES en contra del Instituto de Salud Pública en 2004 en que afirmaban que la autorización de registro sanitario de Postinor 2 era ilegal e inconstitucional. La ley de funcionamiento del Tribunal Constitucional se vulneraría ante la participación de estos Ministros por presentar al menos, una duda razonable, sobre su imparcialidad.

Uno de los afectados no concurrió a la vista de la causa, Enrique Navarro, mientras que el Ministro Bertelsen no se inhabilitó<sup>68</sup>.

A la fecha, se encuentra aún pendiente la resolución de este caso y, al igual que en enero de 2006, solo se puede decir que la historia continuará.

Santiago, 10 de diciembre de 2007.

---

**66.** La presentación fue realizada por la que suscribe a nombre de 49 congresistas de todas las bancadas de la Concertación y Diputados y Diputadas de Renovación Nacional.

**67.** Intervino a favor el Dr. Horacio Croxatto a nombre del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, el Dr. Guillermo Galán, presidente de APROFA, y el Dr. Ramiro Molina y Giorgio Solimano de la Escuela de Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile. En contra de los métodos y de las Normas intervinieron los Dres. Fernando Orrego y Patricio Mena de la Universidad de los Andes y Patricio Zapata en representación del Centro de Estudios del Evangelio.

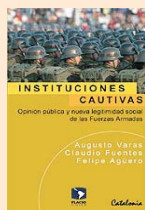
**68.** El tema fue discutido a propósito de la primera presentación realizada por los Diputados en septiembre de 2006, y fue desestimada, tal como aparece en la parte final expositiva del fallo: "En forma previa a la vista, el Ministro Raúl Bertelsen Repetto y el Ministro Enrique Navarro Beltrán hicieron presente una situación que podría ser constitutiva de implicancia para conocer y decidir el requerimiento de autos. El Tribunal por la unanimidad de todos sus miembros, excluidos los nombrados, y obrando con sujeción a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 17.997, desestimó tal hipotético motivo de implicancia", Tribunal Constitucional, Requerimiento de inconstitucionalidad, rol 591-06, 11 de enero de 2007.



FLACSO-Chile es un organismo académico de carácter intergubernamental y autónomo cuya misión es contribuir, en el marco del pleno respeto de los derechos humanos, al desarrollo de los países de América Latina y el Caribe con equidad, democracia y gobernabilidad, en un entorno de cooperación internacional. Esta misión se cumple a través de la producción y difusión del conocimiento y de la formación en el campo de las ciencias sociales, utilizando los más altos estándares de excelencia académica.

### Publicaciones FLACSO-Chile 2008:

#### Impresas



**Instituciones cautivas. Opinión pública y nueva legitimidad social de las fuerzas armadas**  
FLACSO / Editorial Catalonia



**Report on the Security Sector in Latin America and the Caribbean**  
FLACSO / University of Birmingham



**De La Legua al desierto de Atacama. Aprendizaje Cultural Activo**  
Crecer Educa / FLACSO-Chile

#### Electrónicas

##### Programa Género y Equidad

- Catastro de Instituciones que trabajan en Salud Sexual y Reproductiva y VIH/SIDA en Chile. Boletín N°1, mayo 2008.
- La ciencia y la Píldora Anticonceptiva de emergencia. Boletín Informativo N°1, mayo 2008.

##### Programa Seguridad y Ciudadanía

- Disciplina, control y responsabilidad policial. Boletín N°3, julio 2008.
- El arsenal nuclear Chino. Boletín N° 2, junio 2008.
- Ecuador-Colombia: Entendiendo el problema fronterizo. Boletín N° 1, mayo 2008.

##### Programa de Gobernabilidad

- Memorialization and Democracy: State Policy and Civic Action. Boletín N° 1, mayo 2007.