

Derecho

70

Jurisprudencia

Jurisprudencia

A. Resumen de los escritos principales de la Causa Rol N° 740 del Tribunal Constitucional

1. Requerimiento

1.1.– ¿Quiénes impugnan? Treinta y seis Diputados en ejercicio, que representan más de la cuarta parte de la Honorable Cámara de Diputados.

1.2.– ¿Qué solicitan? Solicitan que el Tribunal Constitucional “declare inconstitucional todo o parte del Decreto Supremo Reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de fecha 3 de febrero de 2007, por cuanto fija y hace suyo el texto del documento denominado “Normas Nacionales sobre Regulación de la Natalidad”, lo que debe entenderse referido a: (1°) “Sección C, “Tecnología Anticonceptiva”, particularmente a los puntos 3.3 “Anticoncepción Hormonal de Emergencia” y 4 “Anticoncepción no Hormonal”, 4.1.1 “Dispositivos Intrauterinos” (sic.), y (2) Sección D, “Anticoncepción en Poblaciones Específicas”, punto 1, “Anticoncepción en Adolescentes”.

1.3.– ¿Qué se cuestiona? a).– **Píldora del día después**, ya sea como píldora de progestina pura (generalmente levonorgestrel 0,75% mg.) o a través de píldoras combinadas (método conocido como “Yuzpe”), b).– **Dispositivo Intrauterino (DIU)**, y c).– **Consejería** prestada por funcionarios de los servicios de salud pública a menores de 14 años sobre métodos de anticoncepción en forma confidencial, esto es, sin conocimiento ni consentimiento de sus padres.

1.4.– ¿De qué manera se infringiría la Constitución?

a).– Señalan que el DS N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud, lesionaría el **derecho a la vida** (Art. 19 N° 1). Ello porque tanto la píldora del día siguiente como el DIU, al alterar el endometrio, impedirían, de esa manera, la anidación del óvulo ya fecundado.

Agregan que, de existir dudas sobre el efecto antes señalado, tal como lo habría manifestado la autoridad, cabría aplicar el principio *pro homine* y, en consecuencia, declarar inconstitucional el DS impugnado.

Exponen, además, que la protección constitucional del nonato comienza desde la concepción –no desde la implantación–, y así lo habría manifestado el Constituyente Derivado según consta en la historia

fidedigna de la ley de reforma constitucional N° 19.611, y, asimismo, lo reconocería el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 4°.

b).– Exponen que el DS vulneraría la **igualdad ante la ley** (Art. 19 N° 2). Ello porque se establecería una diferencia entre los embriones amparados por la sentencia de la Corte Suprema recaída en la causa rol N° 2186–2001, “*Philippi Izquierdo con Laboratorio Chile SA*” –respecto del Postinol– y aquéllos que se encontrarían expuestos, en conformidad al DS impugnado, a la administración de un fármaco idéntico.

c).– “**Garantía de las garantías**” (Art. 19 N° 26) Exponen que, en conformidad a dicho precepto, sólo el legislador puede restringir derechos, lo cual estaría en armonía con el artículo 61 inciso 2 que prohíbe la delegación legislativa al Presidente de la República respecto de materias relativas a las garantías constitucionales, mas en la especie la restricción al derecho a la vida lo establecería un DS, infringiendo así la Constitución.

d).– **Derecho preferente de los padres a educar a sus hijos** (19 N° 10 i 3).

2. Informe de S.E. el Presidente de la República

2.1. Cuestiones de previo y especial pronunciamiento

a).– Señala que la alegación efectuada por los requirentes en cuanto a que el DIU así como la píldora del día siguiente alterarían el endometrio e impedirían, de ese modo, la implantación del óvulo fecundado, constituye una cuestión de hecho, sobre la cual existen las más diversas opiniones científicas, y como el Tribunal Constitucional no estaría llamado a dirimir sobre discrepancias relativas a cuestiones de hecho entre partes, la resolución de esta cuestión excedería sus atribuciones y competencias.

b).– Expone que el DS impugnado sólo establece una modalidad de distribución de los métodos anticonceptivos consultados en el sistema público de salud, todos los cuales cuentan con registro sanitario ante el Instituto de Salud Pública, entre ellos los cuestionados, por lo que difícilmente podría incurrir en las infracciones constitucionales acusadas. Precisa que a través del requerimiento de autos se impugna, en definitiva, el registro de dichos métodos. Agrega que el procedimiento idóneo para hacer presente la eventual afectación de derechos acusada lo constituyó el procedimiento de registro, y prueba de ello es que así se haya realizado en los anteriores requerimientos deducidos contra la píldora del día siguiente.

c).– Expresa que el requerimiento de autos exige a esta Magistratura un pronunciamiento sobre cuestiones de mérito, que exceden su competencia. A saber: i.– que frente a la duda en cuanto a los efectos nocivos de los métodos de anticoncepción cuestionados, la Administración debe abstenerse, ii.– que esta última ha actuado sin fundamentos, y iii.– que la distribución de los métodos cuestionados constituirían riesgos para la población.

2.2. Alegaciones de fondo

En lo pertinente al derecho a la vida, expresa que, a la luz de los antecedentes científicos de que dispone, la píldora del día siguiente no tendría el carácter abortivo que se le atribuye. Ello sería aun más evidente, agrega, si se considera que, conforme a la doctrina mayoritaria, el aborto sólo puede tener lugar desde el momento de la implantación.

Expone, a continuación, que el DS impugnado establece sólo una forma de distribución de los métodos cuestionados, por lo que no podría constituir una amenaza al derecho a la vida, ya que la circulación del referido método no se funda en él sino en su registro sanitario. Ello es tan cierto que, señala, en las anteriores oportunidades en las que se ha cuestionado la constitucionalidad de la píldora del día siguiente se ha hecho en relación al mencionado registro, el cual es un acto técnico que, conforme previene la ley, puede realizar exclusivamente el Instituto de Salud Pública.

Señala, además, que la protección constitucional del nonato empieza desde la implantación, estando reservado al legislador establecerla con anterioridad. En este sentido, destaca lo previsto en el artículo 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica –“ Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción ”– y en el artículo 19 N° 1 de la Constitución en cuanto dispone que es deber del *legislador* la protección de la vida del que está por nacer –lo que apoya en su historia fidedigna–, todo lo cual estaría, según expone, en plena armonía con la ley civil y penal.

En cuanto a la igualdad ante la ley, expresa que un fallo de la Corte Suprema posterior a aquél en el que los requirentes fundan la acusada infracción a esta garantía le otorgó a lo resuelto por este último un carácter restringido fundado en el artículo 3 del Código Civil, de lo cual cabría concluir la inexistencia de un doble tratamiento para un mismo asunto (Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2005).

En lo relativo al derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, expone que el DS impugnado no lo afecta, pues no impone ni deberes ni prohibiciones a los padres sino sólo a los funcionarios de la salud a los que se dirige.

Agrega que este derecho no es absoluto sino que siempre debe ser entendido en armonía con los principios y derechos que el ordenamiento jurídico nacional e internacional reconoce a favor de los adolescentes, a saber: respeto a su autonomía progresiva, derecho a la protección de su vida privada, derecho a la salud sexual y reproductiva y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, etc.

Agrega que el decreto impugnado respeta el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, toda vez que la anticoncepción en caso alguno está consultada como una imposición. En efecto, la consejería que debe serle prestada a los menores que la requieran no impide la participación de los padres, y, además, ella no autoriza imponerles a aquellos la obligación de tolerar o rechazar el tratamiento médico que les aconseje un especialista.

Destaca, a continuación, que en el DS no se aprecia traba alguna en la relación entre padres e hijos. Es así como los primeros pueden prohibir a los segundos tener relaciones sexuales así como utilizar métodos anticonceptivos.

Agrega que el decreto cuestionado no hace más que recoger la confidencialidad médica, dado que, en caso contrario, esto es, exigir la autorización de los padres o la comunicación a éstos del tratamiento, obligaría al médico a violar el secreto profesional –y, a su vez, a cometer un delito– así como también lesionar el derecho a la intimidad del adolescente, con todo lo cual el Estado se inmiscuiría de forma inaceptable en la relación padres–hijos.

Igualmente, hace presente que el Estado tiene el deber de dictar leyes necesarias para hacer efectiva la garantía de la salud integral, lo que le exige proveer servicios de educación sexual y reproductiva como medio idóneo para prevenir embarazos, abortos y patologías mortales.

3. Informe de la Contraloría General de la República

En cuanto a la acusada infracción al derecho a la vida, informa que, como expresó en el dictamen N° 36.758, de 2002, el control sanitario de los productos farmacéuticos está reservado por ley al Instituto de Salud Pública, por lo que la Contraloría General de la República carece de competencia para pronunciarse sobre los eventuales efectos nocivos que a la salud puedan producir estos métodos cuestionados, más aún cuando el organismo competente los ha registrado conforme a un procedimiento administrativo legalmente tramitado.

En relación a la garantía de la igualdad ante la ley, señala que los métodos cuya distribución se impugna no se vieron afectados por lo resuelto en el fallo de la Corte Suprema que acogió el recurso de protección en contra del registro del Postinal y, por lo tanto, pudieron válidamente ser registrados por el Instituto de Salud Pública y, como consecuencia de ello, mientras mantengan sus registros, pueden ser distribuidos. Ello en razón de lo previsto en el artículo 3 del Código Civil en lo pertinente al efecto relativo de las sentencias.

En lo pertinente a la vulneración de lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, señala que entiende que al haberse aprobado el registro de los métodos cuestionados por el Instituto de Salud Pública, ellos no afectarían el derecho a la vida del que está por nacer pues, de otro modo, el Instituto de Salud Pública se habría encontrado, por mandato expreso de la normativa que rige el trámite de registro, en la obligación de denegar la respectiva solicitud.

En cuanto al derecho preferente de los padres a educar a los hijos señala que el decreto impugnado no lo infringe, toda vez que la orientación y atención se entrega al adolescente por iniciativa propia y no por iniciativa del personal de salud. Señala, además, que debe tenerse presente que el mismo DS impugnado se refiere a la necesidad de sugerir a los adolescentes que conversen con sus padres acerca de las decisiones que toman respecto de su sexualidad.

Agrega que el hecho de que el ordenamiento jurídico haya reconocido a los padres un derecho preferente a educar a sus hijos, no importa que tal prerrogativa sea exclusiva de aquéllos y, en consecuencia, excluyente de las funciones que competen el Estado en materia de educación, ya sea de orden general o, como en la especie, en aspectos vinculados a la salud.

Expone que es atribución del Ministro de Salud 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 un tema de salud pública.

Señala 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 cabría reproche en que entre estas acciones se incluyan aquellas que se relacionen con el control de la natalidad 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”.

Patricio Zapata Larraín¹

B. Síntesis de la Sentencia Rol N° 740 del Tribunal Constitucional

A continuación, sintetizaré, de la manera más objetiva posible, los contenidos principales de la sentencia. Quiero pensar que este resumen puede ser de utilidad para quienes no han tenido la oportunidad de leer las 277 páginas de un fallo que no sólo incluye la decisión de la mayoría, sino que, además, considera una prevención, dos concurrencias y tres disidencias, cada una de ellas con un nítido sello distintivo.²

1. Las posturas enfrentadas

El TCCh ha debido pronunciarse luego de haber sido requerido por 36 diputados que, en ejercicio de la atribución del artículo 93 número 16 de la Constitución, solicitan a este órgano que declare la inconstitucionalidad de aquella parte del D.S. 48 del Ministerio de Salud que ordena a los consultorios públicos distribuir gratuitamente ciertas pastillas contraceptivas compuestas por la hormona de síntesis denominada Levonorgestrel 0,75 mg., las que, ingeridas dentro de los días inmediatamente siguientes a un acto sexual, tienen la aptitud de disminuir significativamente la probabilidad de un embarazo no deseado.³

Los requirentes fundan su rechazo a la repartición libre y masiva de estas pastillas de levonorgestrel concentrado, también conocidas como píldoras de “Emergencia” o “del día después”, en la pretendida existencia de evidencia científica que permitiría pensar que, en ciertos casos, la ingesta de este fármaco puede tener el efecto de interrumpir el desarrollo intrauterino de un óvulo ya fecundado (p.e. alterando

¹ Profesor de Derecho Constitucional; Abogado y Magíster en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile; Master en Derecho, Universidad de Harvard; Doctor (c) en Derecho, Universidad de Chile; Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas.

² El texto completo puede consultarse en el sitio www.tribunalconstitucional.cl

³ El requerimiento objetaba otros aspectos de las Normas Nacionales sobre regulación de la fertilidad contenidos en el indicado Decreto Supremo 48. No obstante, el TCCh consideró que los otros reproches no habían sido formulados de manera concreta y precisa (caso de los Dispositivos Intrauterinos) o que debían rechazarse por no acreditarse violación constitucional alguna (objeción fundada en el derecho de los padres a educar a sus hijos menores).

las propiedades del endometrio de manera de impedir o dificultar la implantación). En la medida en que los peticionarios afirman que, desde el momento mismo de la concepción, todos los embriones humanos son personas, titulares, por tanto, del derecho fundamental a la vida y a la integridad física que garantiza el artículo 19 número 1 de la Constitución Política, les parece incontestable que el TCCh no puede sino invalidar una política pública que de tal modo vulnera la Carta Fundamental.

En su respuesta al requerimiento parlamentario, y como autoridad de la que emana el acto administrativo impugnado, la Presidenta de la República contestó rechazando absolutamente la demanda de los parlamentarios. Planteó, en primer término, ciertas objeciones de previo y especial pronunciamiento que incidirían en la improcedencia del recurso intentado. Sostuvo, así, que el requerimiento impugna una cuestión de hecho ajena a la competencia del Tribunal; que, en todo caso, con el registro del fármaco había precluido la oportunidad para evaluar si un medicamento afecta o no derechos de las personas y que, además, los requirentes pretendían arrastrar al TCCh al terreno de la evaluación del mérito u oportunidad de una política estatal, ámbito que escaparía por completo a su esfera jurisdiccional.

Entrando, luego, al fondo del asunto, la Presidenta de la República proporciona un conjunto de argumentos para sostener que la Constitución ha distinguido nítidamente el estatuto del ser humano ya nacido, al que sí considera “persona”, titular indiscutido, por ende, de derechos fundamentales; de la situación de la criatura que está por nacer, respecto de la cual lo que hace la Constitución en el inciso segundo del número 1 del artículo 19 es disponer la protección legal de la vida. Obligación de protección que, afirma la Presidenta, no resulta violada por una autorización sanitaria, y posterior distribución de un fármaco que, en el parecer de la inmensa mayoría de la comunidad científica, no tendría efectos abortivos de ninguna especie.

2. El Fallo de Mayoría

Cinco de los Ministros, José Luis Cea, Raúl Bertelsen, Marisol Peña, Mario Fernández y Marcelo Venegas estuvieron por acoger el requerimiento en lo que respecta a la ilicitud de la distribución de la Píldora de Emergencia.

Del extenso voto de mayoría, 70 considerandos redactados colectivamente por los cinco Magistrados que lo acordaron, cabe destacar tres aspectos.

En primer lugar, la sentencia rechaza, una a una, las objeciones de previo y especial pronunciamiento alegadas por la Presidenta de la República.⁴ Sobre la presunta incompetencia del TCCh para conocer de cuestiones de hecho, se retruca indicándose que: “...cuando ha sido necesario –para fallar un requerimiento– ponderar una cuestión de hecho de la que depende dar por acreditada la vulneración de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional no ha rehusado hacerlo, y es lo que hará, también en esta oportunidad” (Considerando 9). En cuanto a la alegación que postula que el registro sanitario del Levonorgestrel ya está firme y que, además, ha sido validado por una sentencia previa de la Corte

⁴ Los Ministros Jorge Correa y Francisco Fernández adhieren, sólo en este punto, al voto de la mayoría. En efecto, y de acuerdo a lo que señalan en el acápite 10º de su disidencia, ellos concuerdan con las razones por las cuales el fallo rechazó las cuestiones previas alegadas por el Ejecutivo. Sin perjuicio de ese acuerdo, los Ministros Correa y Fernández creen necesario aportar razones complementarias, aspecto que abordan en las secciones 15 al 28 de su disidencia (pp. 212–221).

Suprema, el fallo responde señalando que lo que ha de discutirse en esta sede es la validez de “normas infraconstitucionales dirigidas a aconsejar, prescribir y distribuir gratuitamente, por parte de órganos del Estado, un fármaco, para cuya decisión, por cierto, este tribunal no puede dejar de considerar los eventuales efectos nocivos que en el derecho a la vida de las personas, desde su concepción, puede producir su ingesta” (Considerando 10). En relación a la improcedencia de que el Tribunal formule juicios de mérito, el fallo manifiesta su acuerdo con dicho criterio, puntualizando, sin embargo, que ello no obsta a que se someta a control de constitucionalidad el D.S. 48.

En segundo término, la sentencia afirma la personalidad constitucional del embrión humano. En el Considerando 49 se señala que “sobre el particular, la doctrina constitucional chilena se ha inclinado mayoritariamente por sostener, a diferencia de lo sustentado por profesores de otras disciplinas del derecho, que la protección constitucional de la persona se inicia desde el momento mismo de la concepción”, citándose a continuación la posición conteste de los profesores Vivanco, Cea, Silva Bascañán, Cumplido y Nogueira. Más adelante, en el Considerando 50 se argumenta en el sentido que la biología refuerza la idea de continuidad esencial que existe entre el embrión humano y el individuo ya nacido, señalándose que: “si al momento de la concepción surge un individuo que cuenta con toda la información genética necesaria para su desarrollo, constituyéndose en un ser distinto y distinguible completamente de su padre y de su madre –como ha sido afirmado en estos autos–, es posible afirmar que estamos frente a una persona en cuanto sujeto de derecho. La singularidad que posee el embrión, desde la concepción, permite observarlo ya como un ser único e irrepetible que se hace acreedor, desde ese mismo momento, a la protección del derecho y que no podría simplemente ser subsumido en otra entidad, ni menos manipulado, sin afectar la dignidad sustancial de la que ya goza en cuanto persona”.

Finalmente, y en cuanto a la cuestión de hecho relativa a los efectos del Levonorgestrel, el voto de mayoría toma nota de una profunda disparidad de criterios entre los expertos. Dicho desacuerdo, señala la sentencia, no puede, sin embargo, ser razón para que el TCCh eluda un pronunciamiento. “Proceder de esa manera –señala el fallo– no sólo importaría renunciar al ejercicio de sus atribuciones esenciales para cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía constitucional sino que, además, significaría vulnerar el deber de inexcusabilidad que pesa sobre todo tribunal y que, respecto de éste, en particular, está expresamente consignado en el artículo 3º de su ley orgánica” (Considerando 63).

Examinadas las pruebas, el voto de mayoría advierte que los antecedentes aportados por los requirentes son suficientes para que el juzgador albergue una “duda razonable” sobre la posibilidad que la Píldora del Día Después sea abortiva. Sobre el punto, el fallo señala: “Esta magistratura sólo puede constatar que la evidencia científica allegada al presente proceso no permite excluir, en términos categóricos y concluyentes, la posibilidad de que la ingesta de la denominada “píldora del día después”, ya sea en su versión de progestina pura o en la del método combinado o de Yuste, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o en de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos en que se han definido por la propia ciencia médica” (Considerando 39).

El voto de mayoría estima que la duda razonable referida “debe llevar ... a privilegiar aquella interpretación que favorezca el derecho de la persona a la vida frente a cualquier otra interpretación que suponga anular ese derecho”. “Razonar de otra manera –añade la sentencia– importaría desconocer la

dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso primero del artículo 1º de la Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico, pues son manifestaciones de su propia naturaleza” (Considerandos 67 y 68).

2. La Prevención del Ministro Raúl Bertelsen

El Ministro Bertelsen concurre a la sentencia. Queriendo evitar, sin embargo, una lectura expansiva de lo resuelto, precisa en una brevísima prevención que, en su opinión, el fallo sólo puede producir efectos jurídicos vinculantes respecto del D.S. 48.⁵

3. La concurrencia del Ministro Mario Fernández

El Ministro Mario Fernández concurre a la sentencia entregando argumentos complementarios para afirmar el valor superior del derecho a la vida y la personalidad del embrión humano.

Destaca el Ministro Fernández el hecho que la norma constitucional que asegura a las personas el derecho a la vida, el artículo 19 número 1, sólo viene a ratificar la especial dignidad de todo individuo de la especie humana. Esta dignidad, señala esta concurrencia: “es propiedad de la civilización, no lo es de ninguna convicción religiosa, ni política ni cultural. Se trata de un rasgo esencial e indiscutible de un estadio de civilización al cual la humanidad ha llegado a aspirar”.

En su voto, el Ministro Fernández apoya su razonamiento con la cita a destacados autores europeos contemporáneos (p.e. Alexy, Radbruch, Silva Sánchez y Spaemann). Así, por ejemplo, y en relación a la calidad de persona del embrión, el Ministro Fernández incluye la siguiente referencia: “Como dice Spaemann: “Cuando decimos “yo nací aquí o allá”, con ese “yo” no mencionamos una conciencia del yo, que no poseíamos en absoluto en el momento de nacer, sino que nos referimos al ser, que ya era, al que es antes de que pudiera decir “yo”. De igual manera se expresa la madre al hablar de su hijo, ya crecido, de “cuando estaba embarazada de ti”. Ella no dice: “Cuando estaba embarazada de aquel individuo del que más tarde saliste tú”. Que la madre considere, desde el principio, al hijo como

5 Este puede ser el lugar para referirnos al reclamo de quienes sostienen que, por el hecho de haber suscrito el año 2003 un Informe en Derecho que afirmaba la inconstitucionalidad de la autorización sanitaria de Levonorgestrel, el Ministro Bertelsen debió haberse inhabilitado para conocer de este requerimiento. Estos críticos resaltan, por contraste, que el Ministro Enrique Navarro, igualmente firmante del Informe en Derecho de 2003, se abstuvo de participar en la causa que se comenta. Quiero dejar establecida mi opinión en el sentido que tanto el Ministro Raúl Bertelsen –haciendo presente la situación y estimando, sin embargo, que la causal no le era aplicable– como la mayoría del Pleno, que rechazó su posible implicancia, actuaron conforme a Derecho. El artículo 19 de la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional, la norma precisa que regula esta materia, dispone que la inhabilidad resulta de “haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del Tribunal”. En la misma medida que lo discutido ante el Tribunal Constitucional, no sólo es formalmente un asunto distinto al debatido ante el Juzgado de Letras en 2003, sino que, además, la materia de una y otra causa es diferente, me parece que la implicancia no procedía. El error del TCCh, por tanto, consistió en haber aceptado la implicancia del Ministro Enrique Navarro. No se trataba aquí de acoger o respetar la personalísima manera en que cada Ministro se permite apreciar su ánimo subjetivo frente a una causa. Se trataba de interpretar y aplicar una misma norma jurídica a dos casos idénticos. El hecho de haberse aceptado una implicancia y haberse rechazado la otra, sólo ha servido para debilitar la imagen del TCCh. Muy lamentablemente, ha sido motivo, además, para que algunos partidarios de la Píldora desaten una injusta campaña contra el Ministro Bertelsen.

persona, como un “tú”, implica la condición para que el hombre logre aquellos estados de conciencia que serán después lo que le caracteriza como persona”.

4. La concurrencia del Ministro Marcelo Venegas

El Ministro Marcelo Venegas concurre al fallo queriendo dejar constancia de las reflexiones adicionales que lo llevan a votar por la inconstitucionalidad de la Píldora del Día Después. En su voto, este Magistrado examina con alguna detención la forma en que el Instituto de Salud Pública ha respondido a sucesivas solicitudes de registro de productos en base a levonorgestrel al 0,75 mg., llegando a la conclusión que las propias resoluciones del organismo técnico encargado por la ley de autorizar la circulación de medicamentos “...bastan no sólo para fundar una duda razonable sobre sus efectos abortivos, sino para formarme la convicción de que es algo bastante real que la anticoncepción de emergencia puede interceptar el óvulo ya fecundado e impedir su implantación, destruyendo una o muchas vidas humanas en su etapa más temprana”.

Luego de una extensa revisión de las Actas de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado, órganos preparatorios de la Constitución de 1980, el Ministro Venegas explica su postura sobre los derechos constitucionales del embrión: “Como creo que la Constitución podría tolerar muy calificados casos de aborto, siempre que lo dispusiera justificadamente el legislador y se tratara de situaciones conciliables con el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales, no puedo imaginarme el caso en que la Constitución permita que, por acto administrativo, se haga lo que se prohíbe a la ley, como autorizar abortos que pueden justificarse únicamente en el “deseo” de una mujer de no embarazarse después de una relación sexual, aún más si lo hace mediante la instauración de un sistema público destinado a promover y facilitar los medios para la práctica generalizada y masiva, y sin más justificación que la voluntad de la madre, de esa clase de abortos”.

5. La disidencia del Ministro Juan Colombo

El Ministro Juan Colombo Campbell, Presidente del Tribunal Constitucional, estuvo por rechazar el requerimiento. De su voto disidente, que comprende un total de 34 considerandos, cabe destacar tres ideas fundamentales.

En primer término, el Ministro Colombo acepta la tesis del Ejecutivo en el sentido que el embrión no es persona. En efecto, su disidencia plantea que el “Constituyente garantiza los derechos de la persona nacida, mas no estableció el inicio de la protección jurídica de la vida del que está por nacer, sin perjuicio de utilizar la fórmula de enviar un mensaje al legislador para implementar a futuro su protección” (Considerando 8). Más adelante, el Ministro Colombo insiste en el sentido que “la Constitución Política delega en el legislador precisar el instante y las condiciones en que dicha protección debe empezar a operar...” (Considerando 9).

La segunda idea importante del voto del Ministro Colombo es su afirmación en el sentido que el debate sobre la Píldora no es “un conflicto de intereses de relevancia jurídica constitucional de aquellos que

deban dar origen al ejercicio de la función jurisdiccional, a la consecuente dictación de una sentencia que lo resuelva, por parte de este Tribunal”. En el considerando 18 ya había planteado que “a la jurisdicción sólo le corresponde resolver conflictos de derecho, definidos como aquellos en los cuales el parámetro de juzgamiento esté constituido por normas jurídicas, en este caso de rango constitucional. En el caso sub lite, los requirentes sustentan además su pretensión en normas de orden moral y en algunas corrientes de la ciencia médica, más allá de las normas constitucionales invocadas”. Más adelante, agrega: “Se trata, en suma, de un tema que se desarrolla dentro del marco de la libertad de conciencia y de creencias, no existiendo, como ya se dijera, consenso científico respecto de los hechos relativos al mismo” (Considerando 19).

En tercer lugar, el Ministro Colombo plantea su criterio sobre el tema de la prueba, expresando: “...es un principio general de derecho universalmente aceptado la carga de probar los hechos que se alegan en un proceso y de acreditar los derechos invocados. En este sentido, en este proceso constitucional resulta de cargo de los requirentes acreditar las supuestas infracciones que denuncian al derecho a la vida, entre otras normas constitucionales, lo que, en mérito de los antecedentes de informes científicos que obran en el proceso, no han hecho, lo que genera como efecto inmediato que no cabe dar lugar a la solicitud de inconstitucionalidad” (Considerando 30).

6. La disidencia del Ministro Hernán Vodanovic

El Ministro Hernán Vodanovic también rechaza el requerimiento en todas sus partes. Su desacuerdo, sin embargo, no se funda en consideraciones procesales. Expresa, más bien, una visión constitucional radicalmente opuesta a la planteada por la mayoría. El propio Ministro Vodanovic resume su postura en los siguientes términos: “Esta disidencia sostiene que el *Nasciturus* no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante –si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional– recae en los derechos fundamentales de la mujer”.

De los muchos aspectos interesantes del voto del Ministro Vodanovic, permítaseme resaltar sólo cuatro:

La disidencia que analizamos afirma que la mujer tiene derechos sexuales y reproductivos que no le pueden ser negados. En opinión del Ministro Vodanovic dichos derechos están reconocidos en la Carta Fundamental; concretamente en aquellas normas que proclaman el valor de la dignidad humana, que aseguran el libre desarrollo de la personalidad para los efectos de lograr, cada individuo, su mayor realización espiritual y material posible y que garantizan la integridad física y síquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada. Este conjunto de derechos, en su opinión, “atribuyen a la mujer libertad para decidir cuándo desea vivir o no la maternidad, de forma libre y consciente”. “En este sentido –sostiene este voto de minoría–, el uso de anticonceptivos y el derecho a disponer de la maternidad por parte de la mujer es un tema antiguo y ya zanjado en el derecho constitucional comparado en el tercer tercio del siglo XX”.

El voto del Ministro Vodanovic plantea, además, que la tesis que impone a la mujer el deber absoluto de aceptar siempre, todo y cualquier embarazo vulnera lo señalado en la “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”, tratado sobre derechos humanos vigente ratificado por Chile y que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, obliga a todos los órganos del Estado del mismo modo que lo dispuesto explícitamente en el catálogo de derechos de la Carta Fundamental.

En cuanto al estatuto del embrión humano, el Ministro Vodanovic afirma que éste no tiene constitucionalmente la calidad de persona. Discutiendo este asunto, rebate a quienes han querido darle peso interpretativo a la historia del establecimiento de artículo 19 número 1 de la Carta Fundamental, señalando: “Anotemos, en primer término, que en materia de hermenéutica constitucional, la trascendencia del elemento histórico es descartada en la doctrina constitucional contemporánea, que se orienta centralmente por la búsqueda de la finalidad de la norma, situada dentro de un sistema normativo, cuya concreción dependerá de las necesidades jurídicas, a su vez condicionadas e influidas por el contexto sociopolítico y cultural de crítica de cada época. De esta suerte, las convicciones íntimas de los redactores del texto original de la Carta de 1980 aparecen subordinadas a la finalidad y razón de la norma, tal cual esta se entiende y se aplica en las diversas circunstancias. En segundo lugar –y para manifestarlo de una vez por todas–, los presupuestos mínimos de un Estado constitucional y democrático como el actual son incompatibles con la atribución de carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, máxime teniendo a la vista que, con variadas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional refrendado por órganos expresivos de la soberanía popular...”

En la última parte de su disidencia, finalmente, el Ministro Vodanovic advierte a la mayoría del Tribunal sobre las que llama las “consecuencias reales” de haber acogido el requerimiento. El fallo, en su parecer: “es lesivo de la esencial función de administrar el Estado, que incumbe al Ejecutivo, perturbando gravemente la formulación y ejecución de políticas públicas de salud. Importa, desde luego, una regresión notoria en el sistema de protección de la salud reproductiva. Representa, también, una incoherencia atribuir riesgos abortivos a medidas de anticoncepción reconocidas universalmente, cuyo empleo –en un tiempo muy próximo al de la relación sexual– tiene por una de sus finalidades esenciales precaver la ocurrencia efectiva de abortos en una etapa avanzada de la gestación. Por último, la prohibición de la entrega gratuita a los usuarios de un fármaco en el área pública de salud mientras subsiste su distribución comercial, rompe el elemental principio de la igualdad de derechos”. Por todo lo anterior, concluye el Ministro Vodanovic, “La declaración jurisdiccional que suprime la norma genera, pues, una situación más gravosa socialmente que su subsistencia y provoca otros efectos contrarios a la Constitución”.

7. La disidencia de los Ministros Jorge Correa y Francisco Fernández

Los Ministros Jorge Correa y Francisco Fernández votan, también, por rechazar el requerimiento. Que hayan decidido suscribir una disidencia separada se justifica ampliamente desde el momento en que sus razones para rechazar el requerimiento son muy distintas a las de Colombo y a las de

Vodanovic.

Lo primero que hace esta disidencia, redactada por el Ministro Correa, es adherir al criterio de la mayoría en el sentido de rechazar las objeciones de previo y especial pronunciamiento esgrimidas por el Ejecutivo. Se preocupan, en todo caso, de entregar fundamentos adicionales y complementarios en apoyo de tal determinación (párrafos 15 al 28).

El grueso de esta disidencia se concentra, sin embargo, en evaluar cuál es el efecto del Levonorgestrel sobre el embrión. Ahora bien, y previo a la revisión de la evidencia científica aportada por las partes, este voto de minoría explica cuál ha de ser el grado de certeza que cabe exigir a quien alega el efecto nocivo del fármaco: “Los grados de certeza que pueden exigirse a determinada prueba pueden ir desde la capacidad de plantear una duda, hasta la certeza absoluta acerca del hecho debatido. Los requirentes argumentan que, en este caso, basta con que la prueba sea capaz de plantear una duda. Señalan que, tratándose de derechos fundamentales, y particularmente del derecho a la vida, debe siempre interpretarse la duda en pro del valor de la vida. Agregan que tratándose del hecho que debe probarse, la prueba completa del carácter abortivo exigiría experimentar con embriones para ver si se les da muerte, lo que está ética y legalmente prohibido. En este sentido ha de concedérseles la razón, particularmente porque tratándose de la imputación de que un fármaco puede producir la muerte, los efectos del hecho son del todo irreversibles. En consecuencia, a juicio de estos disidentes, bastaría con que la prueba produzca una duda razonable de que el fármaco autorizado puede producir la muerte de un titular del derecho a la vida (lo que también está debatido en autos en el sentido de que el cigoto lo sea), para que este Tribunal pueda invalidar el decreto que ordena al sistema público de salud aconsejar su uso y distribuirlo gratuitamente, siempre que se verifiquen las demás condiciones que la Constitución establece ... Entenderemos por duda razonable aquella que supera una mera conjetura y se apoya en evidencia que la sustenta, aunque no alcance el nivel de certeza absoluta. Decimos que la duda debe ser al menos fundada o razonable, toda vez que, por los motivos que ya se han desarrollado en los Considerandos 36 a 41 que anteceden, no basta con que una parte afirme tal efecto dañino. Es necesario que acompañe prueba de la plausibilidad de lo que afirma. En consecuencia, mientras el adecuado funcionamiento del sistema democrático exige que la afirmación de nocividad del fármaco ya autorizado se acredite, el valor de la vida y el carácter irreversible de la muerte hacen que sea suficiente una duda razonablemente motivada y acreditada” (Acápito 41).

Lo que sigue es un estudio prolijo y riguroso de todas las pruebas aportadas por las partes. Luego de analizar y discutir el peso relativo de los distintos estudios científicos invocados, los Ministros Correa y Fernández concluyen que: “... en esta causa no se ha acreditado la existencia de una duda razonable de que ni uno ni otro de los métodos que la norma cuestionada ordena aconsejar, ni la píldora de Levonorgestrel puro que ordena distribuir, son capaces de impedir la anidación de un embrión humano, de impedir su desarrollo o de darle muerte por cualquiera otra vía. Hemos querido que esta conclusión, que versa sobre un elemento fáctico, no emane de nuestras propias convicciones morales acerca de la vida, ni del respeto que nos merecen quienes preconizan unas u otras, sino de la evidencia disponible en este expediente, cuyo análisis hemos intentado exponer de modo pormenorizado. Ello no niega que pueda existir otra evidencia al margen de este proceso o que pueda producirse en el futuro, pero tales posibilidades tampoco podrían conducirnos a dar por establecida una duda razonable, pues, como jueces, creemos estar obligados a adquirir convicción con el sólo mérito del proceso” (párrafo 85).

Los Ministros Correa y Fernández se abstienen, en todo caso, de terciar en el debate sobre la personalidad del embrión. Tal definición jurisprudencial les parece innecesaria, pues a su juicio: “Habiéndose llegado a la conclusión de que la prueba presentada en esta causa no permite afirmar que la píldora del día después tenga efectos mortales sobre el embrión, ni que sobre ello exista duda suficientemente razonable, no resulta necesario continuar con el análisis para rechazar el requerimiento. En efecto, al haberse concluido del modo en que se ha hecho, ya no es posible sostener que se haya atentado contra la vida. Siendo ello así, no tendría sentido, para magistrados que formamos parte de un órgano jurisdiccional llamado a resolver este concreto requerimiento en contra del Decreto Supremo, continuar razonando acerca de la naturaleza y derechos del embrión no anidado frente a los conceptos de vida, persona, protección del que está por nacer y demás complejas cuestiones planteadas en esta causa” (acápito 87).

C. Comentario del Profesor Patricio Zapata Larraín¹

El 18 de abril de 2008 el Tribunal Constitucional chileno (TCCh) ha dictado una de sus sentencias más importantes. Y, probablemente, además, la más polémica.² Me refiero, por supuesto, al fallo con que dicho órgano resolvió, por cinco votos contra cuatro, invalidar aquella parte del Decreto Supremo 48 del Ministerio de Salud que establecía una política de distribución gratuita de píldoras contraceptivas de emergencia (Causa Rol 740-07).³

A continuación, abandonando el afán descriptivo, ofrezco, desde el derecho constitucional, juicios valorativos sobre las distintas doctrinas que se expresan en el fallo. También se comentarán algunas de las críticas que ya ha merecido este fallo.⁴

¹ Profesor de Derecho Constitucional; Abogado y Magíster en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile; Master en Derecho, Universidad de Harvard; Doctor (c) en Derecho, Universidad de Chile; Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Las Américas.

² Más que ningún otro fallo en la historia del TCCh, la sentencia sobre la Píldora ha sido objeto de una fuerte controversia social. Expresiva de ese interés ciudadano es la manifestación pública de repudio al fallo que congregó a 15.000 personas en la Alameda del General Libertador Bernardo O'Higgins el martes 22 de abril de 2008. Aunque con una convocatoria menor, los partidarios de la proscripción de la píldora también han marchado por las calles de Santiago.

³ Cabe recordar, en todo caso, que en Chile la validez de la anticoncepción de urgencia se ha venido discutiendo judicialmente desde hace 7 años. Véanse las sentencias de la Corte de Apelaciones de 28 de mayo de 2001, de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, del 20° Juzgado Civil de Santiago de 30 de junio de 2004, de la Corte Apelaciones de 10 de diciembre de 2004 y de la Corte Suprema el 28 de noviembre de 2005. Consúltese el completo *Dossier* con antecedentes doctrinarios, científicos y judiciales sobre este debate publicado en la Revista Estudios Públicos, N° 95, invierno de 2004.

⁴ Consideraciones elementales de honestidad intelectual me obligan a advertir al lector, de entrada, que tuve participación directa en el procedimiento que culminó en la sentencia que se comentará. En efecto, y como consta en la página 55 del fallo, en noviembre de 2007 concurrí a una audiencia del Tribunal Constitucional para expresar mi opinión en el sentido que el Decreto Supremo 48 violaba la Constitución Política. El texto de mi presentación se incorporó en el cuaderno separado que dispuso formar el Tribunal en resolución de fojas 836.

1. Fortalezas de la Sentencia

1.1. Valoro el fallo, en primer lugar, porque expresa una correcta comprensión de la naturaleza de la función jurisdiccional del TCCh. Actúan ajustados a Derecho los Ministros de la mayoría al entender que la responsabilidad de interpretar la Carta Fundamental y de resolver, sobre esa base, los conflictos que le sean válidamente planteados, no puede ser objeto de abdicación cada vez que se plantean asuntos técnicamente complejos o sobre los cuales existen discrepancias que están condicionadas por visiones morales o políticas. Ha hecho bien, por tanto, el TCCh al rechazar la pretensión del Ejecutivo de que políticas públicas como la reglamentada en el D.S. 48 escapan por completo al control de constitucionalidad. Cosa distinta es que, ejerciendo lo que he llamado en otra parte la “Deferencia Razonada” el TCCh deba ser siempre cuidadoso en no incursionar en aquella específica esfera de autonomía o discrecionalidad que la propia Constitución reserva al legislador o al administrador en su caso.⁵

En este orden de ideas, debo señalar, por tanto, mi desacuerdo con la tesis sustentada en este punto por la disidencia del Ministro Colombo. El problema llevado al Tribunal no excede el orden temporal ni obliga a tomar posición en materia religiosa.⁶ Se trata, principalísimamente, ni más ni menos, que de definir qué individuos, desde cuándo y hasta cuándo, están investidos de la calidad de persona constitucional y, son, por lo mismo, titulares de derechos públicos subjetivos en Chile. Difícil pensar en una interrogante más propia del Derecho.

El hecho que exista una discrepancia entre los expertos científicos tampoco puede ser razón para que el TCCh se inhiba de actuar. La verdad es que el desacuerdo técnico es una situación muy típica. Todos los días los tribunales deben fallar asuntos en que ambas partes aparecen reforzando la fuerza de sus respectivas posiciones sobre la base de informes técnicos. Eso, que ocurre habitualmente p.e. en materias ambientales, de libre competencia o criminalísticas, nunca ha sido óbice para que los jueces respectivos fallen tales cuestiones. Lo importante, por supuesto, es que los tribunales hagan un buen trabajo en la ponderación y discusión de tales pruebas o pericias.

Ahora bien, y en el caso del TCCh, habrá, efectivamente, ocasiones en que se podrá resolver sobre la constitucionalidad abstracta de una norma legal o administrativa por el simple expediente de contrastarla *prima facie* con la Carta Fundamental. En otras oportunidades, sin embargo, se hace necesario

⁵ La “Deferencia razonada” es la actitud de consideración que deben observar entre sí los distintos órganos del Estado. En el caso del TCCh, la deferencia razonada debe impulsarlo a respetar, mas no –por supuesto– a copiar, las interpretaciones constitucionales que realizan otras magistraturas. La máxima deferencia es la debida a los productos terminados del legislador (donde concurren las voluntades y entendimientos de las personas a quienes el Pueblo ciudadano ha confiado su representación política, Presidente y Congreso Nacional). Por lo mismo, el TCCh no sólo debe presumir en principio la constitucionalidad de tales leyes y respetar el ámbito de la autonomía legislativa, sino que, además, requiere de los 4/5 de los votos en ejercicio del Pleno para proceder a su abrogación. En el caso de la inaplicabilidad de una ley, como se sabe, y dado que la consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad es menos gravosa, el quórum es de mayoría absoluta. En el caso de los proyectos de ley, por su parte, el Pleno puede obligar a que se desestime una determinada fórmula normativa por la mayoría simple de sus miembros (en caso de empate, el Presidente puede dirimir). La deferencia es menor, lógicamente, cuando el TCCh se enfrenta no con la interpretación del legislador, sino que con la práctica interpretativa de la Administración. Sobre este asunto véase: Zapata, Patricio: “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Biblioteca Americana, 2002, capítulo 2.

⁶ En el Considerando 29, el Ministro Colombo parece sugerir que los requirentes buscan imponer sus puntos de vista religiosos a la sociedad. Señala allí: “De esa forma no se vislumbra cómo el decreto impugnado puede afectar intereses de titularidad de los requirentes, pues si bajo sus convicciones morales y religiosas la pildora del día después pudiere ser objetable, nadie los obliga a verse sometidos al uso de la misma, a lo que se suma que en ejercicio de la misma libertad de creencias en este tema, otros grupos o personas pueden encontrarse en la legítima situación de no tener objeciones de conciencia al respecto, sin que los requirentes puedan desconocer tal libertad e imponer a toda la comunidad los efectos de sus convicciones íntimas”.

un análisis de aspectos fácticos. En algunos casos, incluso, el TCCh debe explorar o proyectar efectos futuros.⁷ La presencia de los hechos, *per se*, no puede dar lugar a la fuga o inhibición del supremo guardián de la Constitución.⁸

1.2. También valoro, en segundo lugar, que el fallo haya afirmado la personalidad del *nasciturus*. Creo que esta es, jurídicamente, la mejor lectura de la Carta Fundamental.⁹ Esta es, por lo demás, la misma conclusión a la que arribé hace 20 años –mucho antes que se hablara siquiera de la Píldora del Día Después– en lo que fue mi segundo artículo científico.¹⁰

La respuesta a la pregunta por el estatuto constitucional del embrión tiene una importancia que trasciende, obviamente, a la solución particular que se le dé al problema de la Píldora del Día Después. El debate sobre este punto pone sobre la mesa muy diferentes maneras de entender el Derecho y las distintas lecturas posibles preanuncian, en efecto, muy diversas soluciones sobre otras importantes cuestiones de la bioética.

La personalidad del embrión se funda en una lectura sistemática y finalista de la Carta Fundamental. Asume, al menos, los siguientes supuestos:

Todas y cada una de las disposiciones de la Constitución Política deben ser leídas en el contexto de los valores y principios del constitucionalismo: los que ella contiene expresamente, los recogidos en Tratados sobre derechos humanos y los que derivan de la tradición y la doctrina. No corresponde leer la Constitución desde y según el derecho civil o el derecho penal. Por venerable que sea nuestro Código Civil y por genial que haya sido Andrés Bello, sus definiciones no pueden vincular a la Carta Fundamental y, en todo caso, deben entenderse referidas, principalmente, al ámbito del derecho privado patrimonial.

Cuando la Constitución habla de personas se refiere a individuos de la especie humana (o, en el caso de las personas jurídicas, a asociaciones humanas). Esta conclusión se deriva del texto y estructura, entre otros, de los artículos 1 (que habla de realización espiritual y material de las personas) y 5 (que

Véase: Zapata, Patricio: “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Biblioteca Americana, 2002, pp. 98–101.

⁸ En este punto, como se ha indicado más arriba, los Ministros disidentes Jorge Correa y Francisco Fernández coincidieron con la mayoría. Expresan en el párrafo 20 de su voto: “Si –como argumenta el gobierno– esta Magistratura estableciera la doctrina de que debe abstenerse de pronunciamiento de constitucionalidad cada vez que para ello deba antes formarse convicción acerca de un hecho, se llegaría necesariamente al resultado de que serían inexpugnables los Decretos Supremos que infrinjan la Constitución, a condición de que sustenten en algún hecho relevante sobre el cual el Tribunal deba convencerse para decidir la cuestión de constitucionalidad. Ello ocurriría con buena parte de los decretos –o con las leyes, que para estos efectos debieran correr la misma suerte– respecto de los cuales se alegue que infringen el derecho a la salud o al medio ambiente libre de contaminación o tantos otros, cuya cautela no se encuentra excluida de nuestra competencia y que, por lo general, y típicamente, requieren previamente de una cierta convicción acerca de la existencia de hechos”.

⁹ No deja de llamar la atención que la respuesta oficial de la Presidenta de la República se haya comprometido formalmente con la tesis que afirma que el *Nasciturus* no es persona. No es que dicha tesis no tenga alguna base. Ha sido sustentada, en efecto, y en el último tiempo, por conocidos civilistas y penalistas. Es muy minoritaria, sin embargo, en el campo del Derecho Constitucional. Si el gobierno creía disponer de antecedentes suficientes como para persuadir al TCCh que el Levonorgestrel es efectivamente inocuo para el embrión, no era necesario, me parece, empeñarse, además, en convencer al TCCh que el que está por nacer no es titular de derechos fundamentales: sino que, pertenece, más bien a la categoría de bienes valiosos que la Constitución encomienda al cuidado del legislador (como la “naturaleza” que debe preservarse en los términos del artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental).

¹⁰ Zapata, Patricio: “Persona y Embrión humano”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 15 N° 2/3. Mayo–Diciembre de 1988, pp. 375–391.

alude explícitamente a la “naturaleza humana” como límite infranqueable al ejercicio de la soberanía y fundamento de los derechos). Los no humanos, por tanto, no pueden ser personas y, por tanto, no tienen derechos fundamentales (por valioso que sea el Alerce no tiene derechos), Los seres humanos, en cambio, son todos personas, sin ninguna distinción, y, por lo mismo, tienen todos derechos fundamentales.

Cuando la Carta Fundamental comienza señalando que las “personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos” está replicando un lenguaje constitucional que se remonta a John Locke, Jean Jacques Rousseau, la Declaración francesa de 1879 y, más recientemente, la declaración de la ONU de 1948. Se refiere, evidentemente, a la idea liberal según la cual las personas tenemos derechos que son anteriores al Estado. Por eso, **nacemos** con ellos. Sólo el provincianismo jurídico puede llevar a pensar que esta solemne declaración alude al criterio práctico de nuestro Código en el sentido que sólo al separarse completamente la criatura de la madre –cortado el cordón umbilical y sobreviviendo “un instante siquiera”– hay persona civil.

Todos los derechos del artículo 19 están referidos a la persona humana. Lo típico es que los distintos numerales comiencen, en su primer inciso, con la descripción del derecho concreto de que se trata. Luego en los incisos siguientes vienen las instrucciones, mandatos o prohibiciones específicas al legislador. El objeto de estas referencias al legislador no podría ser negar o vaciar el reconocimiento ya hecho. Sería contradictorio con la esencia del constitucionalismo –resguardar ciertos bienes básicos de la persona, especialmente contra el legislador– que las garantías del artículo 19 se leyeran como una serie de generosas declaraciones seguidas de amplias delegaciones en el legislador. El segundo inciso del número 1 del artículo 19 desarrolla y refuerza el primer inciso. No crea una isla de desprotección constitucional sino que ratifica un compromiso con la vida humana en todas sus etapas.

El segundo inciso del artículo 19 número 1 no es superfluo ni menos aún puede decirse que sea indicativo de existir un doble trato entre individuos de la especie humana: Trato VIP o full equipo para los nacidos (inciso primero para los nacidos) y clase turista para el Nasciturus (segundo inciso). Con esa lógica habría que entender que cada vez que los restantes numerales del artículo 19 formulan un encargo legislativo específico, dicho mandato configuraría una nueva categoría, distinta al derecho enfáticamente anunciado en el primer inciso respectivo. Nunca lo he escuchado decir respecto, por ejemplo, al lenguaje amplio con que el número 12 autoriza al legislador de quórum calificado a establecer delitos y abusos de la comunicación. ¿Es que, entonces, vamos a leer literalmente esta referencia amplia al legislador y vamos a permitir que rediseñe a su amaño la extensión y la profundidad de las libertades de opinar e informar?

Contra esta interpretación se esgrimen, básicamente, tres tipos de argumentos: lo que señalan sobre “persona” las normas del Código Civil, las deliberaciones de la “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución” y la extrañeza que a algunos produce la existencia de un inciso *ad hoc* para la protección del que está por nacer. Ya me he referido al grave error en que incurren los que leen la Constitución desde las normas infraconstitucionales. En cuanto a la supuesta conclusión que algunos extraen de las Actas de la Comisión Ortúzar sólo puedo decir que comparto ampliamente el rechazo del Ministro Vodanovic.¹¹ Finalmente, creo haber mostrado que el inciso segundo, “La ley protege la vida del que

¹¹ Ya en 1991 escribí para criticar el “Originalismo”, esto es el método interpretativo que adopta como criterio vinculante para la hermenéutica las intenciones que pudo haber tenido el constituyente. **Zapata, Patricio:** [“La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional](#)

está por nacer”, no puede ser leído, lógicamente, sistemáticamente ni desde una óptica finalista, como una *Capitis deminutio* del Nasciturus, sino que, como lo que es, una orden al legislador en el marco de una norma jurídica que asegura derechos a las personas.

Sólo los Ministros Colombo y Vodanovic adoptaron explícitamente la tesis del Ejecutivo en el sentido que el embrión no es persona.¹² Los Ministros Correa y Fernández, como ha se visto, plantean que no es necesario que el TCCh tercie en este debate interpretativo, puesto que la cuestión litigiosa se ha podido resolver lógicamente desde el momento en que, en la opinión de ellos, los requirentes no han acompañado suficiente prueba que permita configurar dudas razonables sobre un potencial efecto dañino del Levonorgestrel sobre el embrión.

Creo que se equivocan Correa y Fernández al pensar que el asunto podía ser resuelto sin adoptar alguna posición previa sobre la que ellos reconocen como la “compleja cuestión” interpretativa del estatuto constitucional del embrión. Si el Tribunal decide permanecer ciego ante la naturaleza constitucional del *Nasciturus*, cómo decidir cuál estándar de control aplicar a la medida gubernamental bajo análisis? Esa no puede ser una cuestión de buena voluntad o de sensibilidad personal. Tiene que responder a un imperativo propiamente jurídico que no puede sino derivarse de la entidad constitucional de lo que está en juego ¿O es que, acaso, será indiferente para efectos de la intensidad del escrutinio saber si la medida impugnada, aquella sobre la cual recae algún tipo de sospecha, incide en el derecho de una persona o si, simplemente, más bien, puede afectar un bien valioso como lo son, por ejemplo, la seguridad o la descentralización?¹³

1.3. La tercera fortaleza del fallo se deriva lógicamente de la definición previa: dado que hay derechos fundamentales involucrados, el TCCh aplicó un estándar de escrutinio estricto a la política pública bajo examen.

En efecto, y reconocido que se es persona desde la concepción, me parece que el asunto, más que abordarse desde las categorías procesales generales sobre el *Onus Probandi*, debe someterse a un *Test*

1981–1991”, Revista Chilena de Derecho, Volumen 18, Números 2, 1991. He vuelto sobre el tema en mi trabajo de 2002 citado más arriba. No ha dejado de llamarme la atención, en todo caso, cómo, a propósito del debate sobre el estatuto del embrión, algunos juristas de talante progresista que, en general, descalifican toda la creación constitucional de la dictadura del general Pinochet, y que, además, teóricamente rechazan el Originalismo; no han podido resistirse, sin embargo, a echar mano, una y otra vez, a las discusiones que, sobre este punto, hubo en la Comisión Ortúzar. Y así, se multiplican las referencias a lo que Jaime Guzmán habría dicho o lo que la Comisión habría acordado. El motivo es obvio. Creen encontrar allí un argumento para apuntalar su visión sobre la situación del embrión. En lo que a mí respecta, en todo caso, creo que aún peor que el Originalismo dogmático es el Originalismo oportunista (hacer un gran caudal de las Actas cuando me sirven, ignorándolas o rechazándolas en los demás casos). Así no se hace ciencia jurídica.

¹² Ahora bien, en el voto del Ministro Vodanovic se desliza una frase que, más que cuestionar la calidad de “persona” del Nasciturus, impugna derechamente su calidad de individuo de la especie humana. En efecto, al final de la página 188 y comienzo de la 189, dicho voto disidente contiene la siguiente afirmación: “Por nacer” puede entenderse aquello sobre lo cual existe cierto margen de predictibilidad razonable que va a nacer y se va a transformar en un ser humano al momento de concluir el parto, certeza que claramente no se tiene al momento de la concepción, ni aun en los primeros meses de gestación...”. ¿Quiso decir realmente el Ministro Vodanovic que es en virtud del parto que la criatura que estaba en el vientre de su madre se “transforma” en ser humano? ¿Qué era cinco minutos antes?

¹³ La Jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido perfilando un esquema de control diferenciado según cuál sea, en cada caso, el valor constitucional en juego. Se aplicará, entonces, *Strict Scrutiny*, que implica verificar que la norma gubernamental bajo examen persiga un *Compelling state interest* y que los medios estén *narrowly tailored* –sean muy estrictamente coherentes y proporcionales– respecto de tal fin, cada vez que la regulación pueda afectar derechos fundamentales como la vida y libertad. Cuando la norma controlada incide, más bien, en intereses de tipo patrimonial se aplica *Rational Review*, el que se satisface con la comprobación menos exigente de existir un objetivo constitucionalmente permisible y una relación racional entre medios y fines.

más exigente. Bajo ese parámetro riguroso, las dudas razonables –cuando ellas existen y subsisten después del proceso– no deben jugar en desmedro de los derechos de las personas sino en que su favor. Es lo que hace el fallo cuando, correctamente, alude al principio “favor *libertatis*” o “*pro homine*” (Considerando 66).

La duda, insiste acertadamente el Tribunal, debe ser razonable. Es evidente que el Estado no puede esperar hasta que se haya producido unanimidad absoluta en estas materias. El solo hecho que existan sectores minoritarios que sustenten posiciones alejadas del paradigma científico dominante no puede ser causa para postergar indefinidamente la autorización de nuevos remedios. El fallo no postula que cualquier temor o reparo, por estrafalario que sea, pueda, o deba, tener poder de veto en materias de salud pública (pienso, por ejemplo, en aquellas personas que, de buena fe, cuestionan el uso de vacunas, anestésicos o que sospechan, en general, de la que llaman medicina tradicional). A propósito de este requerimiento, el TCCh pudo escuchar a profesionales respetables y preparados discrepar de buena fe sobre los efectos del Levonorgestrel. Es posible que los argumentos de alguno hayan parecido más contundentes que los de otro. No creo, en todo caso, que alguien pueda haber quedado con la impresión que este es un debate entre la ciencia médica por una parte y la ignorancia o superchería por la otra.

Concuerdo con la conclusión del TCCh en el sentido que los requirentes lograron acreditar la existencia de dudas razonables sobre la forma en que opera la llamada “Píldora del Día Después”. Es verdad, por supuesto, que existen varios trabajos científicos que avalan la idea que ella sólo tiene efecto anticonceptivo. Tales trabajos, sin embargo, son todos del último lustro. Estas investigaciones tan recientes, indiciarias, quizás, de lo que podría ser en el mediano plazo el consenso científico, no son suficientes, **hoy**, para desestimar la existencia de otra información, incluida la de los propios fabricantes de la sustancia, que sugiere, más bien, potenciales efectos microabortivos.

2. Contra algunos críticos

Contra el fallo se han dirigido muchas críticas. En esta parte, quiero referirme a aquellas que considero equivocadas.

2.1.– Se cuestiona, como contrario a la democracia, que un puñado de jueces haya decidido un asunto que interesa tan vitalmente al conjunto de la sociedad chilena. No siendo este el lugar para desarrollar *in extenso* una defensa de la legitimidad de la Justicia Constitucional, no puedo, sin embargo, dejar de hacer tres breves observaciones a esta “objeción democrática”.¹⁴

Lo primero es precisar cuáles son, realmente, los costos democráticos de la sentencia. La verdad es que la política pública invalidada por esta sentencia no era el fruto de las deliberaciones del Congreso Nacional ni había sido adoptada en el contexto de un proceso participativo. El Decreto Supremo 48 expresa las ideas y la voluntad del Ministerio de Salud y de sus asesores. Ni más ni menos.

¹⁴ Sobre legitimidad de la Justicia Constitucional, véase el capítulo 1 de mi “El Tribunal Constitucional” de próxima publicación por Editorial Jurídica de Chile.

En segundo término, debe indicarse que la institución del Tribunal Constitucional fue creada en Chile en 1970. Este órgano, por tanto, y contra lo que se sugiere a veces, no es una herencia de la dictadura que gobernó Chile entre 1973 y 1989. Responde, más bien, a un fuerte consenso político transversal, expresado primero bajo el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva y ratificado más recientemente en el período del Presidente Ricardo Lagos.

Lo tercero que debe señalarse es que el actual TCCh, en sus atribuciones y en su composición, es el fruto de un acuerdo político unánime cristalizado en 2005. Siendo verdad, entonces, que los Ministros del TCCh no son elegidos por el Pueblo, también es cierto que el diseño de la institución, y el nombramiento de 6 de los 10 Ministros, es obra de los órganos en que se expresa la representación ciudadana.

2.2.– Se reprocha a la mayoría haber fallado por y desde sus convicciones religiosas. Se trataría, se dice, de un fallo “católico”, irrespetuoso de la separación entre Iglesia y Estado. Esta acusación no tiene ningún fundamento serio. Corresponde a una injusta caricatura.

Lo primero que cabe señalar es que no es efectivo que la votación del TCCh se ordenó en base a las convicciones espirituales de los Ministros, como hubiera sido si todos los magistrados católicos hubieran votado afirmativamente y todos los jueces constitucionales agnósticos negativamente. Eso no ocurrió.

En segundo lugar, conviene tomar nota del prejuicio decimonónico que se esconde detrás de la crítica de quienes asumen que, por el hecho de ser católico practicante, un juez no puede sino comportarse de modo confesional y ultramontano. Un mínimo de realismo debe llevar a comprender que todos los jueces constitucionales, cuál más cuál menos, están condicionados por sus valores, sus intereses, sus filiaciones partidistas, sus historias, etc. Pretender que sólo en el voto de la mayoría se expresaron las convicciones morales mientras que las disidencias serían, en cambio, especulaciones libres de juristas angelicales es una muestra del más maniqueo de los ideologismos.

2.3.– Algunos han querido descalificar el argumento de la “duda razonable”, y la consideración del riesgo implicado en la administración del fármaco, planteando que existen muchas áreas de la actividad humana en que siempre se ha aceptado algún nivel de riesgo para la salud o la vida.¹⁵ Llegando al extremo de la caricatura, se ha sugerido que bajo la lógica del TCCh, la ley o el administrador debieran prohibir a las mujeres embarazadas cualquier tipo de conducta o consumo que genere hasta el más mínimo peligro probabilístico para la vida o integridad de la persona que lleva en su vientre.

Esta crítica incurre en varias confusiones. Hay una gran diferencia, primero, entre la circunstancia que una sociedad no puede sino aceptar ciertos niveles de riesgo simplemente inherentes a la vida real y la decisión del Estado de transformar una sustancia eventualmente dañina en el eje de una política pública, financiada por todos los chilenos, y dirigida, entre otros, a los menores de edad. En segundo término, me parece que debe distinguirse también entre el hecho evidente que no por estar embarazadas las mujeres dejan de tener el derecho a escoger qué y cuánta actividad física realizar, cuál alimento

¹⁵ Véase, por ejemplo, la columna del profesor Carlos Peña “Buenos Fieles, pero malos jueces” publicada en El Mercurio del Domingo 27 de abril de 2008, Cuerpo D, p. 22.

ingerir y qué riesgos asumir, y, por otro lado, la razonable expectativa en cuanto a que el médico del sistema público que atiende a la embarazada deba recomendar siempre conductas que favorezcan la vida del que está por nacer (p.e. reposo en caso de desprendimiento de placenta o moderación en la ingesta de alcohol). No es lo mismo, finalmente, que una sociedad tolere que individuos adultos y bien informados decidan embarcarse en conductas dañinas, como fumar o boxear, que velar por el derecho de un tercero inocente a no verse expuesto a riesgos y daños a los que no ha consentido y de los que no puede defenderse.¹⁶ Frente al argumento liberal que defiende estas políticas enfatizando que a nadie se le obliga a usar la píldora, sólo cabe responder que, para quienes entendemos que hay persona en el embrión, una píldora microabortiva, si ésta lo fuera, aunque ingerida voluntariamente por la madre, resulta ser, al mismo tiempo, la más terrible de las imposiciones para el otro ser humano involucrado: la imposición de la muerte.

2.4.– Hay otros, en fin, que han condenado severamente el fallo del TCCh por haber provocado o haber aceptado condiciones que permiten la situación anómala en que estando ahora vedada la distribución gratuita de la píldora subsistiría, sin embargo, la autorización sanitaria que permite la comercialización de la misma. Se ha llegado, incluso, a insinuar que este pudo haber sido un resultado buscado por el Tribunal o los requirentes. Voces indignadas reclaman contra el hecho que la “niñita bien” de Vitacura pueda seguir comprando la píldora, mientras que la niñita pobre de Cerro Navia, que no tiene recursos para comprar la pastilla, ha sido empujada por el fallo a optar entre un embarazo no deseado o un aborto ilegal. Huelga decir que este ha sido, de lejos, la crítica más recurrente contra el fallo. Y la más efectiva en términos de opinión pública. Repetida una y otra vez por distintos líderes de opinión, esta difundida objeción se ha constituido, probablemente, en el principal factor que explica la disconformidad con que muchas personas han recibido la sentencia.¹⁷

Esta última crítica encierra al menos dos errores.

Quienes imputan ánimo discriminatorio clasista a la sentencia o a los requirentes desconocen que el TCCh, como cualquier tribunal, sólo podía dictar sentencia respecto de la cuestión concreta demandada por los requirentes y, siempre, además, actuando dentro de su propia esfera de competencia. Consideraciones de lógica sistémica o una preocupación por la imagen de la institución no pueden ser motivos que justifiquen que el TCCh exceda su campo jurisdiccional. En este caso los requirentes impugnaron el Decreto Supremo 48 el Ministerio Salud. Lo hicieron dentro del plazo de 30 días desde su publicación, que es, debe recordarse, la oportunidad que establece la Carta Fundamental. No podían los requirentes aprovechar este recurso para impugnar autorizaciones sanitarias emitidas hace varios meses o años, según el caso. Esto no es un formalismo vacío. Se trata del cumplimiento estricto de un principio constitucional: “los órganos del Estado actúan validamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de sus competencias y en la forma que prescriba la ley” (artículo 7º, inciso 2º, de la Constitución Política).

¹⁶ En el mismo sentido, véase la carta de la profesora María Alejandra Carrasco, El Mercurio, Cuerpo A, p. 2, del 28 de abril de 2008.

¹⁷ Una encuesta de opinión publicada por el Diario La Tercera el día 12 de abril de 2008, ya anunciada la decisión del TCCh, pero 6 días antes de divulgarse el texto de la sentencia, revela que el 74% de los chilenos estaba en desacuerdo con el fallo. El 75% de los encuestados lo consideró discriminatorio. Consultada su opinión sobre el efecto del Levonorgestrel un 56% de las personas indicó que no sería abortivo y un 37% respondió que sí es abortivo. El estudio fue llevado a cabo por el Centro de Encuestas de La Tercera. Se entrevistó telefónicamente a un total de 400 personas en 49 ciudades del país entre los días 9 y 10 de abril de 2008.

Lo segundo que parecen olvidar quienes reclaman contra el hecho que la sentencia no haya universalizado la prohibición, es que la situación anómala anotada no ha sido buscada ni querida por los grupos anti-píldora. Por el contrario, ellos han sido muy insistentes en intentar, por todas las vías judiciales disponibles, proscribir el fármaco en cualquiera de sus manifestaciones (presentando, en su oportunidad, Recursos de Protección y de Nulidad de Derecho Público).

Si hemos llegado, como sociedad, a la extraña situación en que la misma droga prohibida en el consultorio municipal está, sin embargo, disponible en las farmacias, ha sido porque la batalla por la juridicidad de esta sustancia ha enfrentado, por una parte, una larga y diversa serie de actos administrativos y, por la otra, las distintas resoluciones de los órganos jurisdiccionales que, según la materia, iban siendo llamados a pronunciarse. No siempre con la misma postura. Si el tema se hubiera regulado por ley, esto es, a través de una norma general, predeterminedada, permanente y abstracta, se habría logrado, probablemente, un régimen legal común.

3. Debilidades en el Fallo

En el acápite anterior me referí a las que considero críticas erradas o infundadas. No obstante, es indispensable agregar, de inmediato, que el fallo también ha sido objeto de críticas serias, fundamentadas y pertinentes.¹⁸ Comparto algunas de esas críticas. Estoy lejos de pensar, por tanto, que estamos ante una sentencia impecable.

El principal defecto de la sentencia, me parece, radica en la debilidad argumentativa con que se discuten algunos de los asuntos importantes objeto de decisión.¹⁹ Concretamente, quiero detenerme en dos falencias:

3.1. La mayoría debió haber argumentado mejor la tesis de la personalidad del embrión. Dado que esta es una cuestión polémica sobre la cual la comunidad académica nacional ha discutido mucho en los últimos años, el fallo debió haber proporcionado más razones para abonar su interpretación, haciéndose cargo, además, y como debe ser, de los argumentos con que una parte de la doctrina sustenta la posición contraria.²⁰

¹⁸ Con ocasión de diversos foros académicos en que se ha discutido este fallo he tenido oportunidad de escuchar muchas objeciones inteligentes y fundamentadas a la manera en que razonó el fallo, incluso de personas que podrían compartir eventualmente la decisión. Entre otras críticas, rescato especialmente las que han formulado los profesores Rodrigo Correa (Universidad Adolfo Ibáñez), Davor Harasic (Universidad de Chile), Francisco Zúñiga (Universidades de Chile y Diego Portales), Gastón Gómez (Universidad Diego Portales), Héctor Hernández (Universidad Alberto Hurtado) y Pablo Rodríguez (Universidad del Desarrollo). Con toda seguridad, muchos de estos juristas, y otros más, se encargarán muy pronto de publicar también su opinión sobre esta sentencia.

¹⁹ Algunos han afirmado que se trata de un déficit de justificación de tal entidad que, al menos ante la doctrina, ha quedado comprometida la validez de lo resuelto. En esa línea, por ejemplo, el profesor Fernando Atria ha planteado que la decisión “no está fundada en razones aceptables” y que tiene un “contenido absurdo” (Carta al Director, El Mercurio del 25 de abril de 2008, A2). Discrepo de tan categórica conclusión. Creo que los argumentos proporcionados por la mayoría, algunos mejores y otros peores, alcanzan a satisfacer, en todo caso, los umbrales justificatorios sobre los que debe fundarse la sentencia de un Tribunal de Derecho. Otra cosa, por supuesto, es que la doctrina deba ser más exigente y asumir la responsabilidad de criticar las omisiones y/o errores de los fallos, ya sea que se comparta o no lo resuelto por ellos.

²⁰ Véase especialmente: **Bascuñán, Antonio**: “El estatuto del embrión preimplantacional: observaciones desde un punto de vista jurídico”, en Beca, Juan Pablo (editor): “Embrión Humano”, Editorial Mediterráneo, 2002.

También en relación a la fundamentación constitucional, se echa de menos en el fallo alguna referencia a la situación de la mujer que alberga al embrión. Dejemos claro, en todo caso, que yo pienso que, en un caso como este, y asumiendo la potencialidad abortiva del Levonorgestrel, dada la forma indiscriminada con que se pretendía distribuir la píldora y considerando, además, la existencia de formas mucho más eficaces, y menos gravosas constitucionalmente, para evitar embarazos no deseados, la protección a la vida del que está por nacer debe primar sobre los intereses de la mujer que se ve afectada por el riesgo de una maternidad no planificada. Lo que no me parece constitucionalmente equilibrado, sin embargo, es abordar y resolver este problema razonando como si sólo existieran el embrión en situación de riesgo, el funcionario público que ejecuta una política y la sociedad interesada en proteger la vida del que está por nacer. Lo que se diga y haga en este terreno tiene que hacerse cargo de que en el centro del conflicto se encuentra también aquella mujer –persona libre e igual en dignidad y derechos– que, en razón de los derechos del *Nasciturus*, verá concretamente limitado su abanico de opciones de vida.

3.2. En segundo lugar, creo que la mayoría pudo, y debió, haber explicado mejor la forma en que ponderó la evidencia médica presentada por una y otra parte. No me parece satisfactorio que el único considerando que evalúa directamente las pruebas científicas sobre el potencial efecto abortivo del Levonorgestrel (el N° 32) se limite a citar, sin mayor discusión ni ponderación, los trabajos de la Pontificia Universidad Católica de Chile, de la *Food and Drug Administration*, de los profesores Croxatto, Díaz y Ortiz, de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. No puedo dejar de comparar esta escueta descripción que hace la mayoría con la forma detallada en que los Ministros Correa y Fernández explican, en más de cuarenta páginas de razonado análisis, el modo en que sopesaron el valor probatorio de los 44 estudios en que consta la evidencia científica en que se apoyaron ambas partes durante las etapas de discusión y prueba. Aun cuando yo discrepe de la conclusión de Correa y Fernández –ellos concluyen que la evidencia aportada al juicio no alcanza a producir duda razonable, yo pienso que sí–, no puedo sino felicitar a unos juzgadores que se toman tan en serio la tarea de explicar cómo y por qué concluyen lo que concluyen.

El considerando 32 de la mayoría merece ser criticado, además, por un error en una de sus citas. En efecto, en la página 105 da a entender, con una redacción poco feliz, que los profesores Croxatto y Ortiz estarían de acuerdo en que la anticoncepción de emergencia impide la implantación, exactamente lo contrario de lo que ellos afirman en sus investigaciones. El mismo Considerando, sin embargo, y unas pocas líneas más adelante (página 107), explica correctamente la postura de tales profesores.²¹

Más adelante, el fallo expresa una cierta ambigüedad sobre cuál es el criterio para discernir el mayor o menor peso relativo de las argumentaciones contrapuestas esgrimidas ante el Tribunal. En efecto, en el considerando Sexagesimocuarto se señala textualmente que: "...podría sostenerse que las posiciones de los médicos que han aportado antecedentes a esta causa, ya sea a favor o en contra de la píldora del día después ...son equivalentes en cuanto ambas sustentan, con idéntico vigor y convicción, su particular punto de vista". Esta frase encierra una confusión peligrosa. Lo único que puede hacer más

²¹ Muy justificadamente, estos dos autores hicieron saber públicamente su molestia por el error anotado (véase carta al director, *El Mercurio*, 23 de abril de 2008). No me parece, sin embargo, que pueda afirmarse seriamente que la equívoca referencia de la página 105 sea denotativa de mala fe. En todas las otras oportunidades en que se cita a estos profesores, sea por la mayoría o por las disidencias, la referencia es siempre correcta y precisa.

o menos equivalentes los argumentos científicos de unos y otros es que todos ellos sean intrínsecamente plausibles, comparables, por ende, en cuanto a su rigor metodológico, pertinencia y amplitud de las muestras, actualidad de los trabajos, número e impacto de los *papers* respectivos, etc. Que una parte sustente con muchísimo “vigor y convicción su particular punto de vista” no le agrega un ápice de verosimilitud a su tesis.

Más aún, si los niveles de convicción íntima fueran de algún modo indicativos de verdad, los fanáticos gozarían de una ventaja absurda cada vez que un tercero fuera a contrastar sus asertos categóricos con las formulaciones siempre más matizadas de quienes, con más humildad, aceptan que los juicios humanos, aun los validados por el método científico, son siempre falibles y, por tanto, se asumen y se defienden de un modo abierto a la falsificación y la corrección.

Creo que la discusión entre quienes pensamos distinto sólo es posible si los participantes en el debate adoptamos una actitud dialogante, marcada por la tolerancia y el respeto, obligándonos todos a dar y escuchar las que Rawls llama razones de la Razón Pública, esto es aquellas que pueden interpelar a todos los ciudadanos, cualesquiera sean sus distintas visiones omnicomprendivas sobre lo bueno y la existencia humana.²² He intentado, por lo mismo, que este comentario de jurisprudencia sea efectivamente un ejercicio argumentativo académico y no un capítulo más en la lucha de mutuas descalificaciones y burdas simplificaciones en que amenaza transformarse la polémica sobre la Anticoncepción de Emergencia. Ojalá lo haya logrado...

22 **Rawls, John:** “Liberalismo Político”, Fondo de Cultura Económica, México, Segunda Reimpresión, 1996, VI Conferencia, pp. 204–238.

D. Comentario del Profesor Francisco Zúñiga Urbina¹

(Posición del Tribunal Constitucional en una Democracia Constitucional)

I. Prolegómenos

El comentario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el decreto supremo (D.S. N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud que aprueba el texto que establece las Normas Nacionales sobre regulación de la Fertilidad) que regula entre otras materias la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 MG) es variopinto, comprende las opiniones de articulistas y de juristas en nuestro medio².

La sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de abril de 2008 (RolN° 740-07) y su contenido (votos concurrentes y votos disidentes) puede ser objeto de un muy breve comentario enderezado a poner de relieve que esta Judicatura carece de competencia material para componer el conflicto constitucional planteado a través del requerimiento suscrito por una minoría cualificada de parlamentarios. Tal incompetencia fue planteada como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, y se funda en tres elementos básicos: el requerimiento alega una cuestión de hecho del todo ajena a la competencia del Tribunal; la inoportunidad de evaluar los efectos de un fármaco que ya cuenta con un registro sanitario y la improcedencia de que el Tribunal formule juicios de mérito, elementos básicos en la medida que el control de constitucionalidad incoado en virtud del N° 16 del artículo 93 de la Constitución es un control abstracto de constitucionalidad de decretales por infracción del Derecho de la Constitución (derecho objetivo y derecho subjetivo) y no un control concreto y menos un juicio ventilado ante un tribunal del fondo. Un reconocimiento implícito de haberse dictado este fallo ultra vires, proviene del propio Tribunal Constitucional en la caracterización realizada del conflicto constitucional sometido a su competencia: "...tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos fundamentales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada,

¹ Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile y de la Universidad Diego Portales.

² Consultar sección "Jurisprudencia Comentada" con una sólida exposición del profesor Humberto Nogueira Alcalá en Estudios Constitucionales N° 1, año 6, CFCOCH, U. Talca, Santiago, 2008, pp. 361-372. Los antecedentes históricos de los litigios judiciales de amparo y lato conocimiento habidos con motivo del registro sanitario otorgado por ISP se contiene en trabajo preparado por los profesores Lidia Casas B. y Jorge Contesse S. "La Píldora del Día después", Documento de Trabajo, facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.

sino en cuanto forman parte del contenido de la norma obligatoria impugnada, lo que se aleja de un mero control abstracto de constitucionalidad que se reduce, exclusivamente, al contraste entre una norma infraconstitucional y aquella de máxima jerarquía positiva. Y es que la creciente complejidad de las cuestiones que deben abordar, en la actualidad las jurisdicciones constitucionales lleva a que, en casos como el de la especie, el Tribunal deba ponderar ciertos hechos relacionados con la ciencia o con la técnica, a fin de arribar a una solución que, efectivamente, asegure la supremacía material y formal de la Carta Fundamental, tal como, por lo demás, lo ha hecho esta Magistratura en procesos previos como los indicados en el considerando noveno de esta sentencia” (cons. 21º). Resulta además obvio que la tutela del Derecho de la Constitución, en particular de derechos fundamentales y el principio “pro homine” con toda su proyección hermenéutica, no puede ser la excusa para convertir un control abstracto de constitucionalidad en un control concreto o en un pseudo amparo constitucional extraordinario de derechos.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, excediendo el marco del control concreto de constitucionalidad, viene a sustituir a los tribunales del fondo, abriendo el proceso de constitucionalidad a cuestiones de hecho (científico-técnicas) antes resueltas por tribunales del fondo y servicios públicos de policía químico-farmacéutica y sanitaria, brindado en el marco de este proceso un “período” y “oportunidad” de prueba; y de este modo viene en erigirse por esta vía de ampliación del control de constitucionalidad de decretales en una suerte de supremo “tribunal administrativo”, quebrando así el delicado reparto de competencia en el seno de la potestad jurisdiccional entre el Tribunal y el Poder Judicial. Coadyuva a este nuevo rol de hecho del Tribunal Constitucional como supremo “tribunal administrativo” la auto-atribución de competencia, nuevamente ultra vires, para determinar la materialidad-formalidad de un acto administrativo para encuadrarlo o no en la competencia de control de constitucionalidad de decretales.

Por todo ello, en un ejercicio de profilaxis frente a una verdadera patología de crecimiento competencial del Tribunal Constitucional, que denominamos activismo judicial, es que el presente comentario de la sentencia referida viene a constituir un simple pretexto para abordar una materia central o de fondo como es la relativa a la posición del Tribunal Constitucional en nuestra democracia constitucional.

Mediante este comentario-ponencia se resume en once tesis la posición del Tribunal Constitucional en nuestra “democracia constitucional”, posición que se define a partir de la quiebra teórico-práctica del principio de separación de poderes para salvarlo como principio estructurador de la distribución de poder político estatal y al mismo tiempo dejar a salvo la separación Estado-sociedad civil estableciendo derechos fundamentales, todo lo cual precipita en la Constitución y el Derecho de la Constitución, cuya garantía compete a esta Judicatura; generándose así una inevitable tensión dialéctica con el principio democrático y los poderes normativos del Gobierno y del Congreso Nacional. El Tribunal Constitucional, poseedor de una precaria legitimidad constitucional, pasa a ser parte del sistema de “frenos y contrapesos” que caracteriza a la democracia constitucional, por lo que su posición es inevitablemente problemática.³

³ Un enfoque propedéutico al tema en libro de **Víctor Ferreres Comella** “Justicia Constitucional y Democracia”, Edita Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. También al tema de la separación de poderes es muy valioso el libro de **Roberto L. Blanco Valdés** “El Valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado Liberal”, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

En nuestro país esta posición resulta redobladamente problemática en la medida que la Constitución de 1980 que da origen al actual Tribunal Constitucional es una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal. Luego las instituciones o “fuerzas” contramayoritarias estatuidas por el Poder Constituyente autoritario para conservar un orden constitucional, adquieren o deben adquirir, después del ciclo de reformas coronado por la reforma constitucional de 2005, una posición orientada a darle expansividad al principio democrático y la asunción de una perspectiva garantista de los derechos fundamentales.

La posición o lugar específicamente del Tribunal Constitucional en las instituciones del Estado, está ligada estrechamente a la definición básica de un orden político Republicano y democrático, y al balance de poder que exige la definición del orden jurídico político como un Estado de Derecho.

A través de estas once tesis, en muchas de las cuales recurrimos también como pretexto a autores clásicos para demostrar que estamos ante temas no pacíficos y presentes en el origen mismo del constitucionalismo y la democracia moderna, planteamos la necesidad de definir al Tribunal Constitucional como un “tribunal” que ejerce su competencia a través de un proceso, no un jurado o comisión especial, dotado de autonomía institucional, y carente de legitimidad democrática, poseedor sólo de una legitimidad constitucional y de allí su competencia basada en el artículo 93 de la Constitución. El Tribunal es un órgano colegiado, letrado especializado, y de integración plural, que valiéndose de un techo ideológico abierto de la Constitución tiene un ethos ideológico común y mínimo: la república democrática. Esto obliga al Tribunal a obtener una legitimidad social a través de sus decisiones alejada de la prisión iusnaturalista o principialista tan proclive al absolutismo ético.

En la posición del Tribunal Constitucional la autolimitación de su poder se logra a través de comodines como la “deferencia” hacia los poderes públicos, en especial los dotados de legitimidad democrática y admitiendo la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” duras. De este modo la guarda de la Constitución se verifica principalmente mediante un control abstracto de constitucionalidad, destinado a heterocomponer conflictos de poder cuyo derecho material es el Derecho de la Constitución, y en tal misión esta Judicatura es un “tribunal”, no la aristocracia togada defensora de una ideología o sistema material de valores. En este contexto, el Tribunal Constitucional no es un poder moderador o árbitro del sistema político institucional, sino una pieza clave del engranaje de balance de poder de esa gran máquina que es el Estado, poniendo a salvo la separación de poderes y la cesura Estado–sociedad civil. Situado el Tribunal Constitucional en la república democrática debe ser objeto de controles del poder y de responsabilidades. Para concluir la “lectura” e interpretación de la Constitución debe ser en clave de techo ideológico abierto, alejada de desvaríos (neo) iusnaturalistas y orientada a realizar en clave evolutiva a hacer realidad las potencialidades democráticas y garantistas de la Constitución reformada, alejándose de esa verdadera patología hermenéutica que es el originalismo que ancla a la Constitución y a los operadores del derecho al pasado autoritario y neoliberal de la Carta.

Las once tesis nos exigen, como invita el célebre texto del filósofo de Treveris Karl Marx, al cierre, unir teoría y práctica constitucional desde las coordenadas del constitucionalismo democrático y social, postulando la necesidad que la presencia de instituciones contramayoritarias se desenvuelva en un balance de poder, que permita que esta democracia constitucional sea más democracia y no menos democracia, bajo el pretexto de salvaguardar el “coto vedado” de los derechos fundamentales y de las reglas preliminares o condiciones del sistema democrático. Parece casi inevitable en una democracia constitucional admitir la incrustación de instituciones o “fuerzas contramayoritarias” dedicadas a la

custodia de las reglas preliminares (incluidos los derechos fundamentales) vertidas en la Constitución. Así lo admite conciliadoramente incluso Jefferson en su discurso de asunción de la presidencia de la Unión de 1801 a propósito del desarrollo de la Constitución por la ley de las mayorías del Congreso: “Asimismo, todos tendrán presente el sagrado principio de que, para ser legítimo, debe ser razonable, y de que la minoría goza de igualdad de derechos que las mismas leyes deben proteger, y que violarlos constituiría una forma de opresión”(…) “Restablezcamos en las relaciones sociales esa armonía y efecto sin los cuales la libertad y aun la vida misma serían lúgubres”.⁴

En último término dependerá de la política y de la marcha de las instituciones la cuestión básica de encomendar a la ciudadanía y a los actores políticos o a una aristocracia togada el espacio decisonal público y la defensa de la Constitución.

II. XI Tesis acerca del Tribunal Constitucional y su posición

1.- *Posición del Tribunal Constitucional en el Estado de Derecho*

El Tribunal Constitucional tiene una posición institucional, definida por la autonomía y carencia de legitimidad democrática, sólo posee una legitimidad constitucional orientada a un balance de poder, por lo que su poder es tasado o limitado a los conflictos de poder que el artículo 93 singulariza.

En una perspectiva histórica la “revisión judicial de legislación” por el Tribunal Supremo en Norteamérica generó un intenso debate en la fundación misma de la república entre “federalistas” y “anti-federalistas”, cuyas figuras visibles son J. Marshall y T. Jefferson (R. Dahl, Ch. Beard).⁵ Con agudeza Jefferson nos recuerda acerca de la “revisión judicial”: “La opinión que concede a los jueces el derecho a decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, no solamente para sí mismos en su propia esfera de acción, sino también para la Asamblea Legislativa y el Ejecutivo, en sus esferas respectivas, haría del Poder Judicial una rama despótica” (...) “Ciertamente no hay una sola palabra en la Constitución que les haya otorgado esa facultad más que a las ramas Ejecutiva o Legislativa” (...) “La Constitución, según esta hipótesis, es un mero trozo de cera en manos del Poder Judicial, que puede retorcerlo y darle la forma que desee”. Agrega en otro lugar Jefferson: “Parece que consideráis a los jueces como los árbitros últimos en todas las cuestiones constitucionales, doctrina muy peligrosa ciertamente y que nos puede colocar bajo el despotismo de una oligarquía”.⁶ De tal debate perenne podemos extraer la afirmación en orden a que la “democracia constitucional” es una democracia limitada, en la que las reglas preliminares o condiciones (N. Bobbio) en que se asienta el arreglo institucional, y que son establecidas en la Constitución, operan como reglas necesarias e indisponibles, tales como

⁴ Consultar el volumen “Thomas Jefferson. Cartas y Escritos Escogidos”, Merrill D. Peterson editor y compilador (trad. E. Abelleira y M.R. Bengolea), Edic. Tres Tiempos, Buenos Aires, 1988, p. 348. También de **John Dewey** “El Pensamiento Vivo de Jefferson” (trad. L. Echavarrí) Edit. Losada, Buenos Aires, 1944.

⁵ Consultar a **Robert Dahl**, “¿Es Democrática la Constitución de los Estados Unidos?” (trad. P. Gianera) FCE, Argentina, 2003. Asimismo consultar a **Charles A. Beard**, “An Economic Interpretation of The Constitution of the United States”, Macmillan Co., New York, 22 ed., USA, 1968. Sobre “federalistas” y “Republicanos” son de consulta obligada “El Federalista” (trad. G. Velasco) FCE, México, 1987 y “The Anti-Federalist Papers and The Constitutional Convention Debates” Edit. R. Ketcham, Mentor Book, New York, 1986.

⁶ Ob. cit., pp.183-184.

la regla de mayoría y respeto de las minorías, y el reconocimiento de derechos fundamentales de libertad e igualdad.⁷

A nuestro juicio la justificación última de la democracia constitucional como democracia limitada, estriba en que los derechos fundamentales comprenden expectativas o necesidades individuales y sociales, que buscan efectivizar la autonomía moral, física, psicológica de los individuos libres e iguales, autonomía que es el vector que hace posible la democracia misma. Esta imbricación de principio democrático y derechos fundamentales permite concebir al sistema jurídico como un sistema autorreferencial y positivo, ligando así política y derecho, sin introducir órdenes metapositivos, para fundar el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional es una institución contramayoritaria (A. Bickel), asilada en un principio de autonomía constitucional (autonomía “institucional”, normativa, financiera y administrativa), superpuesta al tradicional esquema de separación de poderes. Efectivamente el control judicial es una “fuerza contramayoritaria” que se efectiviza en la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de una acción del Ejecutivo electo, declaración que “... tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra”.⁸ El control judicial se funda en conjurar el peligro de “tiranía de las mayorías” como tempranamente subrayan los “federalistas”, abriéndose al peligro de la “tiranía de las minorías” como también subrayan los “antifederalistas”. El debate histórico entre federalistas y antifederalistas en la democracia norteamericana es ejemplo de esto, como también el debate actual angloamericano entre liberales y Republicanos democráticos.

El Tribunal Constitucional en cuanto a institución contramayoritaria está abierta en su competencia a la legitimación procesal de las minorías, en el ejercicio de acciones para incoar el proceso constitucional (Friedman, Ely).⁹

El Tribunal Constitucional vigila la separación de poderes en el Estado, y fractura Estado –sociedad civil (derechos fundamentales), enderezado precisamente a salvar la finalidad de equilibrio y límite de poder.

El imperio del Derecho de la Constitución se verifica a través de un proceso de constitucionalidad –Derecho de la Constitución (derecho objetivo o estatuto del poder).

El imperio de los derechos fundamentales se materializa en su tutela judicial a través del proceso de amparo ordinario ante los tribunales superiores de justicia; de suerte que la tutela judicial extraordinaria de estos derechos fundamentales se verifica indirectamente en el juicio de legitimidad de los actos del poder político estatal en el proceso de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional –Derecho de la Constitución (derecho subjetivo)–, aunque en ocasiones la acción de inaplicabilidad adopte el carácter de un cuasi amparo constitucional extraordinario contribuyendo a lo que se denomina “inflación de derechos”, lo que no es sino una de las caras del activismo judicial.

⁷ **Norberto Bobbio**, “El Futuro de la Democracia” (trad. J. Moreno) Plaza & Janés editores, Barcelona, 1985.

⁸ **Alexander Bickel**, “The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the bar of Politics”, Yale University Press, 2 ed. New Haven, USA, 1986, pp. 16–17.

⁹ **Lawrence M. Friedman**, “Introducción al Derecho Norteamericano” (trad. J. Vergi i Grau), edit. Bosch, Barcelona, 1988. **John Hart Ely**, “Democracy and distrust. A theory of judicial review”. Harvard University Press, 11ª edic., USA, 1995.

El Tribunal Constitucional es una Judicatura suprema, que coexiste con otros órdenes jurisdiccionales (Poder Judicial y Justicia Electoral), colegiada, letrada y especializada, independiente (autonomía) e imparcial, integrada por jueces constitucionales, antítesis de los jueces burócratas, jueces “sin agradecimiento” (L. Favoreu) a los poderes públicos que los han nombrado.¹⁰

2. Un Tribunal Constitucional de integración plural

El déficit democrático plural de la actual integración del Tribunal Constitucional, va de la mano con un déficit democrático indirecto dada la supervivencia de la integración de origen judicial de tres ministros por la Corte Suprema. El Tribunal no se compone de jueces asépticos en lo ideológico, jueces de laboratorio, menos aún jueces burócratas o legiscentristas (M. Cappelletti).¹¹

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional carece de equilibrio político ideológico, la realidad de su funcionamiento y decisiones arroja una mayoría conservadora–confesional, divorciada de una sociedad plural en lo valórico, que nos expone a un peligro adicional de “tiranía de los valores”.

En lo concerniente a este plano, el Tribunal Constitucional debe ser heredero de una concepción secular e ilustrada de derecho, que separa derecho y moral, y a partir de una idea de derecho de raíz kantiana entienda que el orden social de la libertad exige que el derecho sea “mínimo ético” y no máximo ético.¹²

La Constitución y la ley orgánica constitucional configuran un estatuto de los jueces constitucionales, letrados especialistas, independientes, con estatuto personal ad hoc (insuficiente), pero con una especial sensibilidad política dada la naturaleza de los conflictos de poder que resuelven y las pautas hermenéuticas que emplean.

La lectura que se puede hacer acerca de la sensibilidad política es en rigor en clave opuesta: en términos de Charles de Secondat, barón de Montesquieu, una sensibilidad orientada a la prudencia, templanza o moderación (propia de una república aristocrática) o una sensibilidad orientada al civismo o virtud (propia de una república democrática).¹³ Tales claves opuestas de la sensibilidad política (prudencia o civismo) del Tribunal Constitucional son caminos que llevan a distinto destino las decisiones que esta Judicatura adopte.

Una sensibilidad política de esta Judicatura por los valores histórico–temporales de la modernidad (humanismo), una suerte de “patriotismo de la Constitución” (J. Habermas) es reponer simplemente

¹⁰ Favoreu, Louis: “Los Tribunales Constitucionales” (prólogo M. Carrillo y trad. V. Villacampa) edit. Ariel, Barcelona, 1994.

¹¹ Cappelletti, Mauro: “La Justicia Constitucional” (Estudios de Derecho Comparado), UNAM, México DF, 1987, y el artículo “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”, en Revista Española de Derecho Constitucional Nº 17, CEC, Madrid, 1986. También “Le Pouvoir des Juges” PU. D’Aix Marseille – Economica, 1990.

¹² Consultar en la materia los trabajos en especial de N. Hoerst y F. Laporta en la recopilación de Rodolfo Vásquez “Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo”. Editorial Gedisa, Barcelona, 1ª ed. 1998, 1ª reimpresión, 2003.

¹³ En su célebre obra “Del Espíritu de las Leyes” anota Charles de Secondat, barón de Montesquieu, que perdida la virtud, la república es un despojo y “su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos”. Agrega: “La templanza, pues, es el alma de esta forma de gobierno –república aristocrática–. Entiendo por templanza, la moderación fundada en la virtud. No la que es hija de la flojedad de espíritu, de la cobardía”. (Traduc. Nicolás Estévez y Estudio Preliminar Daniel Moreno), Edit. Porrúa, México DF, 6ª ed., 1985, pp. 8–18.

en el orden Republicano una suerte de “religión civil” (J. J. Rousseau) o civismo anclado en el “espíritu del pueblo” (Jefferson), que es el cemento valórico mínimo dominante en la sociedad presente, y que aquilata en valores superiores y principios recogidos en normas iusfundamentales incompletas, con sumarios contenidos lingüísticos prescriptivos (que importan por ende plurisignificación), y de estructura abierta; todo en armonía con una Constitución vigente que merced las 17 reformas iniciadas en 1989 y cerradas el año 2005, reformas que ponen fin a la transición y permiten tener un techo ideológico constitucional abierto.¹⁴

Ello no significa cerrar el tema de los cambios constitucionales profundos (enderezados a remover los últimos enclaves autoritarios, revisar la permanencia de instituciones contramayoritarias y a redefinir la relación Estado–sociedad civil y economía, para hacer posible un Estado social y democrático de Derecho), más aún se requiere abrir un nuevo ciclo de reformas de segunda generación o una “operación constituyente”, que cuaje en una nueva Constitución.¹⁵

Tal sensibilidad política del Tribunal Constitucional debe ir de la mano de una posición del Tribunal en el cuadro de instituciones fundamentales del Estado, y del empleo de reglas hermenéuticas propias que estén orientadas a dar cuenta de la Constitución como un “subsistema de normas iusfundamentales” con un techo ideológico abierto.

Además, una lectura de la Constitución de techo ideológico abierto, permite pluralmente ganar en legitimidad a la Constitución, y alejarse de una lectura canónica–originalista de ésta (en cualquiera de sus versiones intencionalista o textualista), aprisionada en coordenadas iusnaturalistas o neoiusnaturalistas (consecuencialmente una lectura metafísica), permitiendo la definición–concreción positivo temporal de gran parte del contenido de tales valores superiores y principios a los poderes públicos con legitimidad democrática, en especial al legislador. Precisamente es el legislador y poderes normativos democráticos del Estado los llamados al desarrollo infraconstitucional de la Constitución, por lo que el balance de poder del Tribunal frente a tal Congreso Nacional y Gobierno es de última ratio.

¹⁴ **Rousseau** nos recuerda sobre la religión civil: “El derecho que el pacto social concede al soberano sobre los súbditos no traspasa, como he dicho ya, los límites de la utilidad pública. Los súbditos, por tanto, no deben dar cuenta al soberano de sus opiniones, sino cuando éstas importen a la comunidad. Ahora bien, beneficia al Estado que todo ciudadano profese una religión que le haga amar sus deberes; pero los dogmas de esta religión no preocupan ni al Estado ni a sus miembros, sino en cuanto se relacionan con la moral y con los deberes que quien la profesa está obligado a cumplir con sus semejantes. Cada cual puede tener unas determinadas opiniones, sin que incumba al soberano conocerlas, ya que no es de su competencia la suerte de sus súbditos en la otra vida, con tal de que sean buenos ciudadanos en ésta. Existe, pues, una profesión de fe puramente civil, cuyos artículos deben ser fijados por el soberano no precisamente como dogmas de religión, sino como sentimientos de sociabilidad, sin los cuales no se puede ser buen ciudadano ni súbdito fiel. Sin poder forzar a nadie a creer en ellos, puede expulsar del Estado a quienquiera que no los admita o acepte; puede expulsarlo, no como impio, sino como insociable, como incapaz de amar sinceramente las leyes, la justicia y de inmolar en caso necesario su vida en aras del deber. Si alguien, después de haber reconocido públicamente estos dogmas, se conduce como si no los creyese, se le castiga con la muerte: ha cometido el mayor de los crímenes, ha mentado ante las leyes. Los dogmas de la religión civil deben ser simples, en número reducido, enunciados con precisión sin explicaciones ni comentarios. La existencia de la Divinidad poderosa, inteligente, bienhechora, previsor y providente, la vida futura, la felicidad de los justos, el castigo de los malvados, la santidad del contrato social y las leyes: he ahí los dogmas positivos. En cuanto los negativos, los limito a uno solo: la intolerancia, que forma parte de todos los cultos por nosotros excluidos. Los que distinguen la intolerancia civil de la teológica se engañan en mi opinión. Estas dos intolerancias son inseparables. Es imposible vivir en paz con gentes que se consideran condenadas; amarlas sería odiar a un Dios que las castiga: es absolutamente necesario convertirlas o atormentarlas. En dondequiera que la intolerancia teológica se admite, es imposible que deje de surtir efectos civiles, y tan pronto como los provee el soberano deja de serlo, incluso en lo temporal: los sacerdotes son los verdaderos dueños; los reyes no son más que sus funcionarios” pág. 205–207. **Rousseau, Jean-Jacques**: “El Contrato Social” Edic. Sarpe, Madrid, 1983.

¹⁵ **Francisco Zúñiga Urbina**: “Reforma Constitucional. Presente y Futuro”, en libro colectivo coordinado por Humberto Nogueira Alcalá “La Constitución Reformada de 2005”, U. Talca, Librotecnia, Santiago, 2005, pp. 557–569.

3. *El Tribunal Constitucional y sus decisiones*

La legitimidad constitucional, y en tal medida legitimidad siempre precaria, del Tribunal Constitucional y su responsabilidad social se juegan en sus decisiones, es decir, en la calidad, consistencia hermenéutica constitucional y sintonía con la realidad institucional en que se desenvuelven, para preservar, a partir de la quiebra de la separación de poderes, un reparto de poder político estatal orientado a la limitación y equilibrio.

La manida distinción entre reglas y principios (R. Alexy) ha servido de excusa neoconstitucionalista (neo)liberal o (neo)conservadora o neoiusnaturalista (principialismo) para armar edificios dogmáticos casi de la nada, empleando para ello el de suyo escaso material normativo iusfundamental, todo lo que se traduce en hacer política constitucional de signo ideológico conservador o neoliberal, y con ello activismo judicial.¹⁶

Tal política constitucional desde una parcial afirmación de la supremacía, valor normativo y eficacia normativa de la Constitución y sobre la base de una ductilidad del derecho (“mitezza” en términos de Zagrebelsky), resta primariedad a la ley parlamentaria como fuente formal del ordenamiento jurídico y con ello al principio democrático, basal en la arquitectura del Estado.¹⁷

La referida responsabilidad social del Tribunal Constitucional en sus decisiones supone una comunidad dogmática, una comunidad forense profesional, una comunidad de jueces, una opinión pública y una ciudadanía crítica con la labor jurisprudente del Tribunal.

Además, la responsabilidad social supone la formación de una “opinión pública” acerca de los temas constitucionales, una suerte de “mercado de las ideas” o si se quiere “mercado de las ideas constitucionales”, en que adquiere importancia el pluralismo informativo interno y externo de los medios de comunicación social, en especial de la prensa. La Constitución vivida es letra muerta sin una opinión pública libre e informada y una ciudadanía volcada a los temas constitucionales.

El activismo judicial no sólo es inconciliable con la posición del Tribunal Constitucional en el Estado, y no sólo va de la mano del peligro de una “tiranía de los valores” por una aristocracia togada, sino que al quebrar la primariedad de la ley, está en pugna con el principio democrático, basal a la arquitectura del Estado y a su forma política Republicano–democrática y a su forma jurídico–política de Estado de Derecho.

A modo de ironía, un notable ejercicio de “self restraint” judicial se observa en jueces “burócratas” con motivo del contencioso de nulidad de derecho público del registro sanitario otorgado por la Administración (Instituto de Salud Pública) a un fármaco (postinor–2), impugnado de ilegalidad del registro, la Corte de Apelaciones de Santiago en sede casación forma y apelación, resolviendo acerca de la protección legal del concebido no nacido y cómo afecta dicho fármaco la concepción–implantación, establece ponderando las pruebas la “duda científica” al no estar resuelta la cuestión en la lex artis médica, recogiendo como argumento central para revocar el fallo de primer grado, el siguiente: “16º.– Que esta sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo

¹⁶ Alexy, Robert : “Teoría de los Derechos Fundamentales” (trad. E. Garzón V., R. Zimmerling), edit. CEC, Madrid, 1993.

¹⁷ Zagrebelsky, Gustavo : “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia” (trad. M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba) Editorial Trotta, Madrid, 1995.

el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en los ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquéllos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que si el derecho penetrase por todos lados, el sistema se haría totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz Philippe, *El Derecho*. Editorial Jurídica de Chile. 1966, pág. 83). Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce en el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como de la que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay un veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a otros órganos del Estado y de la sociedad; (S. C.A. de Santiago Rol N° 4200-03 de 10 de diciembre de 2004).

La ironía es que jueces “burócratas” desarrollan una argumentación propia de jueces constitucionales, cuando el conflicto tiene extremos fácticos que ameritan probanzas y una sentencia fundada.

4. Un Tribunal Constitucional “deferente”

El Tribunal Constitucional deber ser “deferente” con los poderes públicos, en especial los que poseen legitimidad democrática y la dirección política del Estado, como el Gobierno y el Congreso Nacional.

Un ejemplo de esta “deferencia” es la sólida presunción de legitimidad constitucional de los actos del poder en general y de la ley en particular, presunción que obliga a ejercer un control de constitucionalidad en que la declaración de inconstitucionalidad se funde en vicios de inconstitucionalidad material, formal y competencial.

Luego, la declaración de inconstitucionalidad de los actos del poder estatal (“legislador negativo”) que generalmente tiene un contenido anulatorio, expulsa las normas inconstitucionales del ordenamiento jurídico, en un efecto similar a la “derogación”. Tal declaración de inconstitucionalidad es un arma de última ratio (Kelsen).¹⁸

Por ello debemos poner buen cuidado en no dar fácil recibo a la crítica de la deferencia como categoría de la “derecha” o progubernamental, por su origen o despliegue en la jurisprudencia constitucional norteamericana de los últimos veinte años, jurisprudencia del tribunal supremo y de tribunales federales fuertemente condicionados en su integración por las grandes opciones políticas.¹⁹

¹⁸ **Hans Kelsen**, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, editorial Tecnos, Madrid, 1995. Del mismo autor “Esencia y valor de la democracia” (prólogo I. de Otto Pardo, traductores R. Luengo T. y Luis Legaz L.) Edit. Labor, Barcelona, 1977.

¹⁹ Sobre la materia de consulta obligada son los libros de **Lawrence Baum** “La Suprema Corte. Función y comportamiento en la sociedad norteamericana” (traducc. C. Piña), Grupo Editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1994, en especial pp. 264-304, y de **Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman y Andres Sawicki**: “Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary”, Brookings Institution, Press, Washington D.C., 2006, en especial pp. 147-150.

La “deferencia” o “cuestiones políticas” no justiciables, como actitudes institucionales del Tribunal, son un comodín que hace posible la autolimitación o “self restraint” del Tribunal Constitucional en orden a resolver conflictos jurídicos, y no erigirse en un supra poder.

El Tribunal Constitucional no es un “supra poder” o “poder del Estado”, no injiere directamente en la dirección política del Estado, se limita a ejercer un control de constitucionalidad concerniente a los “poderes” del Estado, en especial Gobierno y Congreso Nacional.

5. Tribunal Constitucional y no justiciabilidad de “cuestiones políticas”

Resulta evidente que el Tribunal Constitucional resuelve “conflictos” políticos y por ende la naturaleza del conflicto de poder es “jurídico-política”, pero ello no significa un control de constitucionalidad sin límites.

Luego, ligado a la “deferencia” del Tribunal Constitucional con los poderes públicos, el control de constitucionalidad no puede sustituir al control político y al control social del poder, por lo que excluye o limita severamente la posibilidad de emitir juicios de mérito, oportunidad o conveniencia.

El control de constitucionalidad es inidóneo por definición para enjuiciar la constitucionalidad de las “cuestiones políticas”, no debiendo confundirse esta noción con el contenido político propio de los conflictos constitucionales que adoptan la forma de conflictos de poder.

Una manifestación ejemplar de cómo opera la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” es limitar el control de constitucionalidad de la reforma constitucional a la constitucionalidad de forma, y no a la constitucionalidad material y competencial.²⁰

Tal limitación del Tribunal Constitucional nos pone a salvo del desvarío de hacer justiciables supuestos límites externos e internos (materiales) a la soberanía popular y al principio democrático, expresado en el Poder Constituyente.

Además, la no justiciabilidad de las “cuestiones políticas” guarda relación con una suerte de autolimitación del Tribunal Constitucional, fruto de la ponderación anticipada de los efectos político-institucionales perniciosos o disfuncionales con el sistema político, para lo cual el recurso a la “prudencia” no es sino un efectivo recurso retórico.

Más bien la autolimitación del Tribunal Constitucional debe responder al civismo, y al autorreconocimiento del Tribunal como órgano jurisdiccional y no político, que ejerce su potestad en un proceso y cuyas decisiones son sentencias o resoluciones, y, por ende, la difícil aceptación de los límites del control de constitucionalidad como control jurídico o judicial (Damaska).²¹

En último término de la relación política-justicia, las dos caras de la moneda son lo mismo: la politización de la Judicatura Constitucional o la judicialización de lo político es el principio del fin de su

²⁰ **Francisco Zúñiga Urbina:** “Control de constitucionalidad de la Reforma Constitucional”. Estudios Constitucionales Nº 2, Año 4, CECOCH. U. Talca, Santiago, 2006, pp. 415-434.

²¹ **Damaska, Mirjan R.:** “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del proceso legal” (Trad. A. Morales V., colaboración P. Ruiz-Tagle V.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, pp. 120-122, pp. 157-160.

establecimiento, y está en abierta oposición con el lugar que un Tribunal Constitucional tiene en el Estado que se organiza como una república democrática.

6. Tribunal Constitucional y tipos de control de constitucionalidad

La Judicatura Constitucional actualiza el Derecho de la Constitución al conflicto, heterocomponiendo el conflicto a través de sus sentencias, las que están revestidas de cosa juzgada y cualificados efectos temporales y personales. Este Derecho de la Constitución no debe conducirnos a una desviación metodológica que hemos denominado “fetichismo constitucional”, que transforma a la Constitución en un demiurgo normativo acicateado por la constitucionalización del derecho. Con agudeza esta desviación metodológica es observada premonitoriamente por Jefferson en su carta a Samuel Kercheval de 12 de julio de 1816: “Algunos hombres contemplan las constituciones con una veneración beata y las juzgan como si fueran el arca de la alianza, demasiado sagradas para que se las toque. Atribuyen a los hombres de la generación precedente una sabiduría más que humana y suponen que lo que hicieron no puede enmendarse”.²²

El Tribunal Constitucional ejerce un control de constitucionalidad (control jurídico ejercido por un órgano no político, sino por un tribunal colegiado, sometido a reglas y estándares que exigen fundar racional y positivamente sus decisiones) en los procesos de constitucionalidad, abstracto y concreto, sin que pueda en estos controles incursionar en cuestiones de hecho, reservada a conflictos del orden temporal encomendados a los tribunales creados por ley que integran el Poder Judicial (artículo 76).

El Tribunal Constitucional tiene un enorme poder como “legislador negativo” en el proceso de constitucionalidad y control abstracto, pero es un tribunal “menesteroso” (F. Rubio Llorente), carente de imperio. De la anotada menesterosidad del Tribunal nace la necesidad de que sus sentencias hagan doctrina jurisprudencial y sirvan de precedentes para el mismo órgano, así como para los demás tribunales de la nación.²³

Al mismo tiempo, el control de constitucionalidad expresado en sentencias, debe poner especial cuidado en técnicas que transformen al Tribunal Constitucional de “legislador negativo” en “legislador positivo”; siendo un límite a no cruzar el empleo de la técnica de la interpretación conforme a la Constitución, con la finalidad de salvar la constitucionalidad del acto del poder político estatal enjuiciado.²⁴

El control concreto de constitucionalidad permite establecer un nexo funcional entre el Tribunal Constitucional y los demás órdenes jurisdiccionales.

Luego, el indirecto efecto “revocatorio” o “casatorio” o “supercasatorio” de las sentencias del Tribunal Constitucional queda entregado a tribunales que integran el Poder Judicial o la Justicia Electoral, llamados a aplicar a los conflictos el derecho material (objetivo o subjetivo). Lo propio ocurre con la

²² Ob. cit. (Dewey), pp. 177 y (Merrill) pp. 635.

²³ **Francisco Rubio Llorente**, “La Forma del Poder (Estudio sobre la Constitución)”; edita CEC, Madrid, 1993.

²⁴ **Hans Kelsen**, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, Editorial Tecnos, Madrid, 1995. Del mismo autor “Esencia y valor de la democracia” (prólogo I. de Otto Pardo, traductores R. Luengo T. y Luis Legaz L.) Edit. Labor, Barcelona, 1977.

doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y la interpretación que los tribunales y demás órganos del Estado hagan de la Constitución.

7. Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional de Derecho

El Tribunal Constitucional no es un tribunal político o arbitral moderador del balance de poder, ni un tribunal de la justicia del cadí sin competencia tasada y sin derecho adjetivo y sustantivo, ni un tribunal del “Santo Oficio” inquisitorial de un máximo ético jurídico de una sociedad.

Nuevamente la separación derecho–moral es clave como conquista de la modernidad y de la cultura jurídica, y sirve de base al “patriotismo constitucional” o “religión civil”.

Lo que es más importante, el Tribunal Constitucional no es un “jurado” en que los jueces constitucionales fallan en conciencia o según libre convicción con aderezos jurídicos; es un tribunal colegiado, letrado especializado y sometido a pautas o hábitos hermenéuticos sólidos.

El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho, cuya competencia tasada es desplegada en un proceso y resultado del ejercicio de acciones constitucionales, nunca actuando de oficio; salvo en el tránsito del control concreto al control abstracto como lo prevé el N° 7 del artículo 93 de la Constitución.

La Constitución no es la positivación de un sistema material–objetivo de valores, de una “filosofía perenne” o “moral objetiva”, sino la positivación histórico–temporal abierta de valores y principios, de suyo plurisignificativos, con un techo ideológico abierto.²⁵ Por ser ésta la “... autodisposición del pueblo sobre la organización del poder y la garantía de los derechos”.

Una tiranía valórica judicial es “insoportable” (juicio en que coinciden paradójicamente tanto C. Schmitt y H. Kelsen), inadmisibles en una sociedad democrática y plural que descansa en la afirmación de las libertades negativas y positivas de las personas.²⁶

Una expresión del sistema material de valores es una concepción naturalista o metafísica de los derechos fundamentales afincada en el artículo 5º inciso segundo de la Constitución y en el pasado (originalismo); lo que contrasta con la evidente modernidad y positividad de los derechos fundamentales, como enunciados normativos de expectativas o necesidades individuales y sociales conectadas a caros valores del humanismo moderno y recepcionadas por el Poder Constituyente en normas iusfundamentales con niveles de garantía no uniforme.

Efectivamente los derechos fundamentales en su positividad pueden asumir la forma de reglas y principios, en que los segundos son “mandatos de optimización”, llamados a ser cumplidos en distinto grado y confiriéndole al legislador un importante margen de desarrollo normativo infraconstitucional. Pues bien, se usa la distinción reglas – principios para degradar la protección constitucional de derechos económicos, sociales y culturales frente a los derechos “verdaderos” (derechos civiles, en especial los de contenido patrimonial) o derechamente para negar su entidad de derechos.

²⁵ Muñoz Machado, Santiago: “Constitución” Iustel, Madrid, 2004, p. 12, pp. 145–173.

²⁶ Carl Schmitt, “La Defensa de la Constitución” (trad. M. Sánchez Sarto y prólogo Pedro de Vega) edit. Tecnos, Madrid, 1983. Hans Kelsen, “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?”, editorial Tecnos, Madrid, 1995. Del mismo autor “Esencia y valor de la democracia” (prólogo I: de Otto Pardo, traductores R. Luengo T. y Luis Legas L.) Edit. Labor, Barcelona, 1977.

Colofón del tratamiento de los derechos fundamentales como reflejo de un sistema material de valores, es la afirmación de una dimensión subjetiva y dimensión objetiva de éstos, que permite la irradiación de los derechos en las tres funciones tradicionales del poder del Estado: los bienes jurídico constitucionales adquieren una entidad objetiva y propia frente al legislador, vincula a la actuación del Gobierno y de la Administración, y también vincula la interpretación y aplicación judicial del derecho material.²⁷

La mentada irradiación y constitucionalización del derecho, sin los debidos matices, refuerza esta disposición metodológica que hemos denominado “fetichismo constitucional” y el escoramiento (neo) iusnaturalista; y también contribuye a cuestionar la primariedad de la ley como fuente formal del derecho e instrumento idóneo para el desarrollo infraconstitucional de los derechos fundamentales.

8. El Tribunal Constitucional es pieza clave del balance de poder

El Tribunal Constitucional por carecer de legitimidad democrática, debe deferencia a los poderes públicos democráticos, y por ende, debe contribuir a la legitimidad constitucional: al “cheks and balances” del sistema político institucional.

El Tribunal Constitucional no es un “poder moderador” o árbitro del sistema político institucional como se ha sostenido erradamente en nuestro medio; la democracia constitucional no conoce de un árbitro, sino basalmente del autogobierno del pueblo.

La doctrina del “poder moderador” (intermediario o arbitral) de Constant y los “liberales doctrinarios” pertenece al arsenal teórico-ideológico de las monarquías limitadas del siglo XIX post Santa Alianza, que intentan conciliar el principio monárquico y el principio democrático-burgués, y al arsenal más contemporáneo de las autocracias, como lo demuestra Schmitt al depositar la guarda de la Constitución en el Presidente primero y en el Canciller del Reich alemán más tarde, “fundado” en el artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919.²⁸

Por ello, en clave democrático-republicana se hace urgente reformar la Constitución y la ley orgánica del Tribunal Constitucional para hacer responsables jurídicamente, aunque limitadamente, a los jueces constitucionales que integran el órgano del poder que ejercen.

En las antípodas de un Tribunal Constitucional deferente y autolimitado, que reconoce su precaria legitimidad y tasa su competencia en función del balance de poder, es desarrollar un activismo judicial basado en un modelo de “juez constitucional” comprometido con la democracia constitucional y sus valores perennes o filosofía perenne (derecho natural), un juez-tribunal de reciedumbre hercúlea frente a los conflictos y las presiones. Tal “juez constitucional” no existe, es una mera construcción ideológica, para enmascarar un activismo judicial valórico bajo el pretexto de defender la Constitución y sus “valores”.

²⁷ **Guastini, Ricardo:** “Estudios de Teoría Constitucional” Edita IJ-UNAM. Fontamara, México DF, 1ª ed., 2003, pp. 153-164.

²⁸ **Schmitt, Carl:** “La Dictadura” (Trad. José Díaz García) Alianza Editorial. Madrid, 1985, pp. 257-261.

9. El Tribunal Constitucional es parte basal de una decisión básica acerca de la forma de Estado: una república democrática y no sólo pieza del Estado del Derecho

El Tribunal Constitucional debe tener un lugar en el orden Republicano democrático y no sólo debe ser responsable por la vía de someter sus decisiones a estándares político-constitucionales, dogmáticos y hermenéuticos sólidos y aceptados; sino debe estar sometido a un sistemático control social y político.

Con motivo en la perspectiva de *Constitutione y lege ferenda* pueden incorporarse algunas ideas acerca de la inserción de esta Judicatura en el cuadro institucional; verbigratia informar al Congreso Nacional una vez al año acerca del Balance (Cuenta Pública) de su labor institucional, así como informar efectivamente a la sociedad toda de su labor. Sin perjuicio de ello, la ley orgánica debería prever un nexo institucional permanente del Congreso Nacional y sus comisiones (Comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y de Nacionalidad, Ciudadanía y Derechos Humanos) con el Tribunal Constitucional, como ocurre con otras instituciones contramayoritarias y autónomas como el Banco Central. También se hace necesario abordar un perfeccionamiento del estatuto constitucional-legal de los jueces constitucionales actualizando sus prohibiciones y régimen de inhabilidades, posibilitando promover las incidencias en éstas a las partes, precisamente a la luz del control concreto de constitucionalidad, que por definición concierne a los extremos fácticos de la “gestión” que le sirve de hipótesis o presupuesto procesal.

También en materia de estatuto de los jueces constitucionales, con sujeción a las normas iusfundamentales acerca del nombramiento de éstos, se pueden fijar reglas de procedimiento que permitan dotar de transparencia a la decisión y contribuir a asegurar la especialidad letrada, e incluso se puede abrir este procedimiento a un mecanismo de audiencias públicas para que asociaciones científicas, asociaciones gremiales, universidades y organismos no gubernamentales puedan dar su opinión acerca de las nominaciones o propuestas de candidatos a integrar el Tribunal Constitucional. Ello permite corregir los claroscuros de la “votación secreta” de la Corte Suprema, los claroscuros de la negociación parlamentaria y la oscuridad del nombramiento presidencial, según las reglas del artículo 92 de la Constitución.

Un símil a este mecanismo de publicidad, transparencia y mérito, se produce con la suerte de “hearings” o audiciones abierta a instituciones y sociedad civil, que hoy se emplea con motivo del derecho de confirmación senatorial de nominaciones de ministros y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de Fiscal Nacional, o de directores del Banco Central (artículo 53 N° 5 y N° 9).

En otro orden de materias se hace necesario establecer un completo sistema de implicancias y prohibiciones enjuiciables para los jueces constitucionales.

10. El Tribunal Constitucional es el custodio e intérprete supremo de la Constitución

El Tribunal Constitucional debe ser el “custodio” o guardián de una Constitución democrática y supremo, aunque no único ni exclusivo, intérprete de la Constitución; poniendo en la “lectura” de

las normas iusfundamentales de relieve el valor democratizador y de apertura ideológica de las 17 reformas a la Carta desde 1989, y por ende no ser guardián de una Constitución otorgada y autoritaria como la de 1980.

El anclaje hermenéutico de la Constitución en el pasado no es neutro, no sólo es inconsistente con las reglas hermenéuticas decantadas por la doctrina y jurisprudencia; sino que permite anclar a la Judicatura Constitucional en una interpretación originalista (sea en clave “textualista” o “intencionalista”) que edifica una inexistente historia fidedigna de la Constitución, transformando la opinión de los juristas de época (como el archicitado J. Guzmán E.), adictos al autoritarismo, en una suerte de sucedáneo de las “tablas de la ley”, de autorizada opinión de los nuevos “quirites” o de los nuevos “juristas imperiales”.²⁹

El mencionado anclaje en el pasado y en el originalismo va de la mano de un iusnaturalismo o neoiusnaturalismo, que adopta la apariencia de una lectura de la Constitución desde su “filosofía” o “doctrina”, desde sus valores y principios, es decir el sustrato ideológico autoritario y neoliberal. Este anclaje al pasado coincide con la renuencia a reformar la Constitución o a dictar una nueva Constitución.³⁰

Otro desvarío en la lectura de la Constitución, con propósitos garantistas, es aquel que pretende insuflar la Constitución formal de una materialidad iusfundamental denominada “bloque constitucional de derechos” al asilo del artículo 5º inciso segundo de la Constitución, pretendiendo así que el Tribunal Constitucional se erija en un tribunal de amparo de derechos fundamentales y derechos humanos establecidos en tratados internacionales ratificados y vigentes, ensanchando el Derecho de la Constitución casi sin límites, y de este modo quebrando definitivamente el sistema de fuentes del derecho, la primariedad de la ley y el principio democrático.³¹ Este desvarío, con loables propósitos garantistas, contribuye a la “inflación de derechos” y al activismo judicial.

11. Teoría y Práctica del Constitucionalismo democrático y social para una Constitución del siglo XXI y una Jurisdicción Constitucional orgánica y de la libertad

El Tribunal Constitucional, desde una Constitución abierta, debe admitir también una lectura de la Constitución democrática, progresiva y evolutiva y de cara a las instituciones y la sociedad.³²

La teoría y práctica del constitucionalismo democrático y social debe hacer un aporte a una lectura abierta de la Constitución desde el Tribunal Constitucional y desde la “sociedad abierta de los intérpretes” de la Constitución (P. Häberle).³³

²⁹ **Zagrebelsky, Gustavo:** “Historia y Constitución” (Trad. y prólogo M. Carbonell) Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 87–91.

³⁰ Sobre una visión iusnaturalista en buena síntesis es el trabajo del profesor **José Luis Cea Egaña:** “Derecho Natural y Nuevo Constitucionalismo”. Conferencia Inaugural III Jornadas Internacionales de Derecho Natural, P.U.C. de Chile, 17 de octubre de 2007. Sobre la conexión valores y principios con la creación judicial de derecho es útil el libro de **Luis Prieto Sanchís:** “Interpretación Jurídica y creación Judicial del Derecho”, Editoriales Palestra–Temis, Perú, 2005, en especial pp. 246–256.

³¹ La doctrina del “bloque constitucional de derechos” con un nuevo concepto de derechos fundamentales en base a la dignidad humana como presupuesto es expuesta por el profesor **Humberto Nogueira Alcalá** y está recogida en buenos trabajos, siendo una síntesis su reciente libro “Derechos Fundamentales y garantías constitucionales”, Tomo I, Editan Cecoch–Librotecnia, Santiago, 2007, pp. 13–65.

³² **Prieto Sanchís, Luis:** “Constitucionalismo y Positivismo” Edita Fontamara, 2ª ed., México DF 1999, pp. 87–90.

³³ **Peter Häberle.** “Retos Actuales del Estado Constitucional”. IVAP, Oñate, 1996.

El constitucionalismo democrático y social debe rescatar del Republicanismo democrático la edificación de una democracia constitucional basada efectivamente en el ideal de autogobierno del pueblo, y los derechos fundamentales (todos contramayoritarios) deben reforzar la autonomía de individuos libres e iguales, únicos que pueden ser ciudadanos plenos en una sociedad política moderna. El ideal de autogobierno aleja al Estado de un simple sistema de dominación política que monopoliza la fuerza legítima, expresión alienada de la forma política y permite abrir caminos a la política democrática, no subordinándola a la economía y somete a los partidos a un régimen de competencia pluralista por el voto popular, obligándolos a mejorar la calidad de la política y al personal profesional de la política. Ello permite reivindicar la política democrática para los cambios y emplear al Estado como un actor y promotor del bienestar social proveyendo o asegurando bienes–servicios públicos.

Dos peligros reales soporta la democracia constitucional, al incrustar una institución contramayoritaria con la misión de custodiar la Constitución (y sus contenidos contramayoritarios): el peligro de la “tiranía de los valores” a cargo de una aristocracia togada y el peligro del “gobierno de los jueces”. A no olvidar aquí que la tiranía de las mayorías que se quiere corregir con instituciones contramayoritarias y se amolda a una democracia plural hoy abierta a la protección de las minorías, tiene un origen histórico muy preciso de salvaguarda de intereses de clase en la democracia norteamericana (A. Ross).³⁴

El peligro de la “tiranía de los valores” por la casta de los jueces se amortigua en su vinculación a la Constitución, a la integración plural y de excelencia del Tribunal Constitucional y a la sujeción a los estándares del control jurídico.

El peligro del “gobierno de los jueces” o del Estado Judicial de Derecho es un peligro real, más allá de la epocal literatura gala de entreguerras (E. Lambert) acerca del Tribunal Supremo norteamericano y la legislación del New Deal de Roosevelt, que tanto pesó en Francia en materia de control de constitucionalidad en el periodo de entreguerras y post guerra y también en el resto de Europa, todo lo que contribuyó a preferir el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional (L. Favoreu, D. Rousseau).³⁵

Este “gobierno de los jueces” también puede ser resultado de un sistema político disfuncional o de una deficiente clase política, que pretende soluciones judiciales a problemas políticos. El peligro del “gobierno de los jueces” se amortigua con la deferencia frente a los poderes públicos y con el comodín de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas.³⁶

Finalmente, cabe anotar que el modelo kelseniano resulta más apropiado para los sistemas jurídicos de origen románico–germánico o de Codificación (M. Cappelletti), por lo que la convergencia de modelos (concentrado–difuso) que se observa comparadamente, debe salvar a favor un sistema de monopolio del contencioso constitucional. Ello a pesar o a riesgo de que el control concreto de constitucionalidad o con mayor razón el amparo constitucional extraordinario, contamine a la Judicatura Constitucional con los intereses y extremos fácticos del juicio o “gestión” seguido ante

³⁴ Alf Ross, “¿Por qué Democracia?” (trad. R.J. Vernengo), edit. CEC, Madrid, 1989.

³⁵ Lambert, Edouard: “Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation social aux Etats unis” Girad edit., París, 1921. También consultar a Louis Favoreu, “Los Tribunales Constitucionales” (prólogo M. Carrillo y trad. V. Villacampa) edit. Ariel, Barcelona, 1994, y a Dominique Rousseau, “La Justicia Constitucional en Europa” (estudio T. Freixes Sanjuán y trad. I. Ortiz Pica) edit. CEPC, Madrid, 2002.

³⁶ Linares Quintana, Segundo: “Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado” Editorial Plus Ultra, 2ª ed., 9 volúmenes, Buenos Aires, 1978, Tomo III, pp. 433–531.

los jueces del fondo, como bien anotaba críticamente P. Calamandrei al comentar la “cuestión de inconstitucionalidad” italiana.³⁷

Con todo, la convergencia de modelos y el influjo de ésta en la configuración de nuestro sistema de jurisdicción constitucional es una realidad, que nos exige cuidar la posición del Tribunal Constitucional en el Estado y en el balance de poder.

En último término en la posición del Tribunal Constitucional en el balance de poder y en los espacios públicos para la política, se juega si nuestra democracia constitucional va a más o menos democracia. Esto significa que la democracia constitucional no se define por su sistema de Jurisdicción Constitucional (más aun, algunas sólidas y viejas democracias no poseen tal sistema), sino que tal sistema define los límites de la democracia constitucional.³⁸

III. Conclusiones

Nuestro planteamiento acerca de la posición del Tribunal Constitucional en nuestra democracia constitucional, expuesto al modo marxiano de XI tesis y una apelación de síntesis de teoría y práctica constitucional, desde un método positivista crítico reivindica una aproximación desde el constitucionalismo democrático y social para la construcción de una más plena república democrática y Estado social, tropieza inevitablemente con temas muy gruesos de la dogmática constitucional que son objeto de vivo debate, resultando imposible abordarlos en este comentario, y que en sus posiciones teórica-metateóricas de horizonte iusnaturalista se expresan en los aportes de dos de los más prolíficos autores nacionales citados (Cea Egaña y Nogueira Alcalá), a los cuales sólo les puedo recordar un viejo refrán, que de tiempo en tiempo me recuerda mi maestro Mario Verdugo M.: “amicus Plato, sed magis amica veritas”.

³⁷ **Calamandrei, Piero:** “Derecho Procesal Civil” (Trad. S. Sentís Melendo) Editorial EJEA, Buenos Aires, Tomo III 1973.

³⁸ **Ackerman, Bruce:** “La nueva división de poderes” (Trad. J. M. Salazar y Estudio de Í. E. Sandoval) Edita FCE, México DF, 2007, pp. 112-117.

E. Comentario del Profesor Víctor Manuel Avilés Hernández¹

Introducción

Tanto por la importancia de la materia subyacente como por el nivel de polémica alcanzado antes y luego de su dictación, el fallo en análisis constituye sin duda uno de los más relevantes dictados por el Tribunal Constitucional. El debate, incluso con inéditos alcances masivos, ha cubierto tópicos que van desde el origen de la vida humana; pasando por la separación del orden moral y del derecho, hasta llegar incluso a la revisión del rol del Tribunal Constitucional y la responsabilidad de sus ministros, en el contexto de una república democrática.

El fallo, en su voto de mayoría, prevenciones y disidencias, muestra un acucioso estudio por parte de quienes lo redactaron, dando cuenta de la importancia de los bienes jurídicos subyacentes.

Quien comenta el fallo comparte el acuerdo de mayoría, en base a las consideraciones que más adelante se indicarán en cuanto al alcance de la protección constitucional de la vida humana y la forma en que ha de interpretarse la Constitución Política de la República. No obstante, no desconoce el mérito que encierra para el debate jurídico en Chile la concienzuda dedicación de los ministros que, sin concurrir al fallo de mayoría, desarrollaron extensamente sus posiciones.

En una primera parte se resumirá el caso, partiendo por los principales argumentos de las partes y siguiendo con la descripción de las consideraciones centrales del fallo y sus componentes. Luego se comentarán los fundamentos centrales que hacen que el suscrito comparta, desde una visión estrictamente jurídica, la posición del voto de mayoría. En una tercera parte, se analizarán los principios sobre la interpretación constitucional aplicados y el rol del Tribunal Constitucional en el sistema chileno. Finalmente, se extraerán conclusiones.

Sólo la brevedad de un comentario de esta especie podrá excusar, al menos en parte, el carácter meramente enunciativo del análisis que sigue.

¹ Abogado y Master en Derecho con Mención en Derecho Tributario. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile.

Descripción de los fundamentos relevantes de la discusión² y el fallo

Cumpliendo con los requisitos legales y constitucionales, y luego de un traspié, el Tribunal Constitucional (en adelante el “TC”) admitió a tramitación el requerimiento de más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados en contra del Decreto Supremo Reglamentario nº 48 del Ministerio de Salud sobre “Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad” (el “Decreto Impugnado”). No nos detendremos en aspectos formales, sin perjuicio de resaltar la importancia de presentar este tipo de acciones dotándolas de claridad y precisión, en un contexto coherente e indicando los preceptos concretos que se impugnan.

Básicamente, el requerimiento se funda en los siguientes argumentos:

- i) la denominada píldora del día después en sus diversas denominaciones (levonorgestrel al 0,75 mg); otros mecanismos con el mismo compuesto activo y una combinación de sustancias que producen el mismo efecto o *yuzpe* (todos en conjunto, para estos efectos, la “Píldora”) alterarían el endometrio, impedirían la anidación del óvulo fecundado (embrión) y/o afectarían su desarrollo posterior, en contra de lo dispuesto en los artículos 5, 7 y números 1 y 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La vida humana resguardada por la Carta Fundamental (y por los tratados internacionales que la complementan en materia de derechos fundamentales, principalmente, el Pacto de San José de Costa Rica³) comenzaría desde el momento de la concepción; sólo la ley y no el reglamento puede regular los alcances de un derecho; la administración no puede ir contra sus propios actos, expresados en el rechazo previo al registro de medicamentos de igual condición; el Ministerio de Salud no cumplió su deber legal de garantizar la vida, el que le imponía probar que la Píldora no tenía efectos abortivos; ante la duda, la Constitución debe interpretarse según el principio *pro homine* privilegiando la vida humana, y, finalmente, al existir un registro prohibido de un mismo medicamento, el Decreto Impugnado sería un atentado a la igualdad;
- ii) las reglas contenidas en el Decreto Impugnado en cuanto a la entrega de anticoncepción de emergencia y la consejería profesional a adolescentes, sin el conocimiento de sus padres, además de violar las normas antes indicadas, constituirían un atentado en contra de lo dispuesto en el número 10 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Tal proceder afectaría el deber y derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, sin que exista una relación enfermo paciente que justifique la confidencialidad.

Por su parte, el Gobierno informó el requerimiento, solicitando su rechazo por cuestiones previas y por argumentos de fondo.

² No nos referiremos en este punto a los temas procesales relativos a los incidentes de implicancia de dos ministros que se promovieron en el proceso.

³ Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 4 número 1 señala “*toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.

Como cuestiones previas se planteó que el número 16 del artículo 93 de la Constitución Política de la República facultaría al TC para conocer de conflictos de constitucionalidad abstractos y no de materias que requieran prueba sobre hechos; que en el fondo el requerimiento busca ir en contra del registro de las sustancias y no contra el Decreto Impugnado, siendo que los plazos se encuentran vencidos; y que en el fondo se solicita al TC un juicio de mérito sobre una política pública, lo que es improcedente.

Asimismo, el Gobierno hizo valer los siguientes argumentos de fondo:

- i) El Decreto Impugnado cumpliría con los requisitos de forma y fondo. En efecto, el fallo del TC dictado en el rol 591 de 2007 previno sobre la necesidad que esta materia fuera regulada por un decreto supremo afecto a toma de razón y no por una mera resolución, lo que se estaría cumpliendo. En cuanto al fondo, no constaría el efecto de la Píldora en contra del embrión y, en todo caso, antes de la implantación del mismo no hay embarazo y aborto posible, pues no hay individuo. La vida humana no sería igual a la vida del que está por nacer y, esta última, tendría una regulación diferente en el inciso segundo del número 1 del artículo 19 de la Constitución;
- ii) El Decreto Impugnado permitiría el acceso igualitario a la Píldora, rompiendo la exclusividad imperante para quienes pueden pagar por ella;
- iii) La Píldora y las normas de consejería permitirían prevenir abortos, embarazos adolescentes y la mortalidad femenina;
- iv) Las personas son libres de usar o no la Píldora, en tanto el Decreto Impugnado sólo obligaría a las entidades del sistema nacional de salud y no a los usuarios;
- v) El Ministerio de Salud se encontraría obligado a desarrollar políticas en materia de salud;
- vi) Las personas tienen derecho a planificar su reproducción. Por su parte, el número 5 del artículo 19 de la Constitución resguarda la intimidad, misma que es protegida por el Decreto Impugnado bajo la consejería confidencial. La libertad de conciencia y el derecho a la salud sexual son derechos que se sitúan directamente en los adolescentes y que no dependen de los padres para su ejercicio por parte de sus titulares.

El fallo de mayoría rechazó las cuestiones previas y acogió el requerimiento sólo en lo relativo a la Píldora, rechazándolo en los demás aspectos. Los argumentos centrales fueron los siguientes:

- i) Rechaza las excepciones de previo y especial pronunciamiento. El TC se encuentra facultado para conocer de asuntos de hecho que incidan en los conflictos constitucionales relativos a la potestad reglamentaria y así lo ha hecho, por ejemplo, en materias como la muerte encefálica y otras (considerando 9º). Por su parte, efectivamente, lo que el TC puede revisar es el Decreto Impugnado y no el registro de los medicamentos ya realizado (considerando 10). Finalmente, el debate no es de mérito sino de constitucionalidad y, por otra parte, resulta

inexcusable para el TC pronunciarse sobre la materia, toda vez que como órgano del Estado debe promover los derechos constitucionales (considerandos 11º, 62º y 63);

- ii) En cuanto a los argumentos sobre el derecho y deber de los padres de educar a sus hijos y luego de analizar el proceso de educación formal e informal, concluye que la educación sexual es parte de dicho proceso y no resulta constitucional excluir a los padres del mismo. No obstante ello, el Decreto Impugnado no vulnera este derecho de los padres (considerando 14º);
- iii) No se hace mayor análisis del supuesto atentado a la igualdad que subyacería tras el Decreto Impugnado, por consideraciones de fondo y procesales;
- iv) En términos generales, la aplicación de la Constitución requiere su interpretación a la luz del texto, sus valores y principios (doctrina del fallo dictado en el rol 591 de 2007). Si el resultado del ejercicio de la potestad reglamentaria es contrario a la Constitución, lo que obliga a conocer los hechos, el TC puede conocer del conflicto constitucional (considerandos 18º a 21º);
- v) La terminología en uso es equívoca pues habla de “anticoncepción de emergencia” y “contracepción de emergencia”. La diferencia es fundamental, pues lo relevante es determinar si la Píldora puede afectar el embrión, lo que ocurre sólo en el caso de contracepción y no de anticoncepción (considerandos 28º y 29º);
- vi) Existe coincidencia científica sobre la dificultad de determinar los mecanismos de acción y efectos de la Píldora sobre el embrión, entre otras razones, por la imposibilidad ética de pruebas directas. Así lo reconoce la propia agencia de salud de Estados Unidos de América (la Food and Drug Administration) la que asume que la Píldora puede afectar el embrión. Por su parte, las experiencias con ratas o monos capuchinos no son asimilables a la situación de la mujer (considerandos 31º y 32º). Existe una duda razonable de que se pueda afectar el embrión, sin elementos para su descarte (considerando 33º) y así dan cuenta los prospectos de registro de los compuestos que fueron presentados por sus fabricantes (considerando 38º). En sentido contrario, no hay argumentos que permitan descartar que la Píldora afecte el embrión (considerando 39º);
- vii) Desde otra óptica, algunos de los estudios revelan problemas terminológicos de la mayor relevancia, toda vez que, en algunos casos, no se asume la existencia de vida humana en el embrión sino hasta etapas más avanzadas del embarazo, lo que se traduce en la base de las conclusiones sobre el carácter o no abortivo de la Píldora;
- viii) Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, conforme este principio, debe interpretarse el número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, esto es, sin distinguir la edad o etapa de gestación (considerando 46º). Por otro lado, la Constitución no otorga derechos sino que

los reconoce en la persona (considerando 47º), la que posee tal calidad desde la concepción pues desde ella es individuo pues consta de la individualidad que le confiere una genética propia y diferenciable (considerando 50º). Apoya esta conclusión la constancia que en este sentido se dejó en la discusión del Senado sobre el proyecto de reforma constitucional que reemplazó el concepto de “hombre” por “personas” en el artículo primero (considerando 52º). Se es persona desde la concepción (considerando 54º), lo que no es sólo un bien jurídico sino un derecho fundamental radicado en la persona desde la concepción, siendo deber del Estado protegerlo (considerando 58).

- ix) Al ser el embrión persona humana y titular del derecho a la vida y existir duda razonable del efecto de la Píldora, se debe analizar el hipotético efecto de una y otra resolución (considerando 65º). Ante la duda se debe privilegiar el resguardo a la vida, interpretando la Constitución Política de la República conforme al principio *pro homine* y *pro libertatis* (considerandos 66º y 67º);
- x) Finalmente, el TC reconoce el alcance relativo de la sentencia sin embargo entiende que la misma, en cuanto fija el momento en que comienza la vida humana y su protección, está llamada a tener efectos reflejos generales (considerando 70).

Dentro de quienes concurren al fallo de mayoría existen ciertas prevenciones. Por ejemplo, el ministro Mario Fernández discurre sobre la importancia del derecho a la vida y, por otro lado, de cómo la garantía respectiva ha sido legitimada en la Constitución luego de años de debate político. Por su parte, el ministro Marcelo Venegas pone énfasis en cuanto a que el Decreto Impugnado deja entrever una opinión en lo relativo a que el óvulo fecundado, antes de su implantación, no constituye vida humana. Además, cita los prospectos de registro elaborados por los productores de la Píldora, los que dan cuenta de que no es posible determinar la forma en que opera la misma luego de la concepción y antes del embarazo, dando cuenta de que existen posibilidades de que tenga un efecto abortivo. Citando las actas de la CENC, concluye que no es posible entender prohibido en términos absolutos el aborto, el que puede darse en casos excepcionales. En todo caso, no es el reglamento el llamado a establecerlo sino el legislador, pero no en términos generales como lo hace el Decreto Impugnado.

Dentro de las disidencias, la primera de ellas es la del ministro Juan Colombo. El mismo señala que no se ha acreditado que la Píldora sea abortiva y, en todo caso, la Constitución no protegería la vida desde la concepción. Al no existir certeza científica sobre el efecto abortivo de la Píldora no es posible resolver jurídicamente, por lo que se ha entrado dentro del campo de las convicciones morales. Desde otra perspectiva, el aborto es un delito y por ello, era carga de la prueba de los requirentes demostrar la comisión de dicho delito o su instigación, carga no evacuada, debiendo presumirse la legitimidad del acto administrativo. Desde otro punto de vista, el Decreto Impugnado sería la simple ejecución de una ley a la que se incorpora y, por ello, no procede revisión de la misma por el TC.

También como disidencia, el ministro Hernán Vodanovic plantea que la Constitución Política de la República reconoce como derechos fundamentales el derecho a la vida, a la libertad y a la salud reproductiva de la mujer. Por su parte, como un bien jurídico de inferior jerarquía a los derechos fundamentales, se reconocería la “vida del que está por nacer”. Por ello, en caso de existir una colisión, este interés jurídico no podría primar sobre derechos fundamentales como la libertad o la salud

reproductiva. La Constitución no prohibiría el aborto y sólo se llega a ser persona humana desde el nacimiento. Por otro lado, el TC debe considerar los efectos que tendrá una u otra forma de resolver. De acogerse el requerimiento, se afectará gravemente la igualdad pues sólo se podrá acceder a la Píldora comprándola.

Finalmente, los ministros Jorge Correa y Francisco Fernández señalan en su disidencia que, para acoger el requerimiento, deben comprobarse y/o concluirse las siguientes situaciones copulativas: que la Píldora afecta la vida del embrión; que el embrión se encuentra protegido por la garantía del derecho a la vida propia de una persona de tal especie, y, que tal afección no encuentra justificación en la protección de un bien jurídico de jerarquía superior. Por ello, lo primero que hacen los disidentes es intentar determinar si la Píldora tiene o no el efecto abortivo alegado. Este voto hace una acuciosa clasificación de los estudios citados o acompañados al proceso, aislando los que son irrelevantes al punto en debate (por ejemplo, los que estudian los efectos de la Píldora antes de la concepción). Luego, dentro de los estudios relevantes constata cuáles son simples opiniones o citas de otros estudios (es decir, lo que es simple debate científico) y cuáles representan estudios de observación de la realidad científica (esto es, la evidencia buscada). En base a estos últimos concluye que si bien los mismos no descartan el supuesto efecto abortivo de la Píldora, existen argumentos para estimar que aquel no existe. La simple duda sobre la posibilidad de un efecto no es la “duda razonable” de que el mismo se produce la que, según los disidentes, bastaría para acoger el requerimiento. Los requirentes, sobre quienes obra el peso de la prueba, no habrían evacuado dicha carga. Desde otra perspectiva, el debate de autos no sería moral sino que jurídico, por lo que es legítima la intervención del TC.

Análisis crítico del fallo y de la protección constitucional de la vida

a. **La norma constitucional no es unívoca.** El fallo es extenso y fundado. Da cuenta de un importante debate y del pluralismo de las concepciones jurídicas. En lo medular, coincidimos con el fallo de mayoría. No obstante, reconocemos las dificultades de arribar a sus conclusiones.

En efecto, aprovechamos esta instancia para analizar la disposición del número 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, base del fallo en comentario. Evidentemente, el fraseo de la norma –de antigua data en Chile– no es todo lo feliz que se pudiese esperar atendida su importancia. En efecto, el inciso segundo del numeral en cuestión habla de la vida del que “*está por nacer*”, lo que parecería inducir a requerir cierta proximidad con el nacimiento pues, de lo contrario, la expresión comprensiva de todo el producto de la concepción sería del que “*no ha nacido*”. En segundo lugar, la norma del inciso segundo podría entenderse –no por nosotros– como contrapunto necesario por no abarcar el inciso primero, en su extensión, la protección de la vida del que está por nacer. Así vida humana y vida del que está por nacer podrían ser bienes jurídicos diferentes, en su naturaleza y jerarquía. En una tercera línea, es sustentable sostener que el mandato constitucional rebaja la protección de la vida del que “*está por nacer*” al rango simplemente legal y no constitucional (“*la ley protege...*”). Finalmente, la expresión “*protege*” no es la mejor forma de establecer un mandato al ordenamiento jurídico o al legislador pues, en efecto, sugiere la constatación de un estado de cosas más que la imposición de una obligación programática. Todos estos problemas en la redacción constitucional son la fuente de opiniones tan diversas como las manifestadas en el fallo.

Creemos que no es legítimo aclarar las dudas que presenta el texto fundamental basándose en técnicas propias del originalismo, esto es, acudir de manera reiterativa a opiniones manifestadas en distintas instancias de elaboración del texto constitucional. La solución debe buscarse en el propio texto constitucional, sus finalidades y los documentos internacionales que lo complementan en materia de derechos fundamentales.

b. **El debate de fondo es propiamente jurídico.** En verdad, no hay nada más propiamente jurídico que interpretar el alcance de un derecho fundamental; determinar desde cuándo se resguarda dicho interés y establecer su jerarquía, todo ello a efectos de resolver una posible colisión de derechos. Nada tiene que decir la moral en esto, pues es el derecho el llamado a hablar. Ni siquiera la superposición de órdenes normativos sobre la materia permiten obviar este postulado en el contexto de una república democrática. Por ello, no compartimos la afirmación de quienes señalan que este fallo pretende institucionalizar la imposición de convicciones morales.

Ahora bien, buscar salvar estas objeciones apelando de manera permanente a un originalismo es un error, pues aproxima el debate a donde, precisamente, quieren llevarlo quienes estiman que la determinación del momento en que comienza la vida humana es un campo propio de convicciones morales. No es esta la primera vez que criticamos el originalismo pero no dejará de llamar la atención de quienes lean el fallo el hecho de que la apelación a las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución es realizada, en sentido diverso, tanto por quienes concurren al voto de mayoría como por algunos de los disidentes.

En conclusión, acierta el fallo de mayoría –y en este punto, también algunos fallos de minoría como el de los ministros Correa y Fernández F.– en conceptualizar el debate como propio del derecho.

c. **La Constitución considera la vida del que no ha nacido como vida humana y, adicionalmente, la dota de una protección especial desde la concepción.** El bien jurídico en juego en el caso en análisis es la vida humana, como derecho fundamental, radicado en una persona. No creemos que para arribar a esta conclusión sea necesario apelar ni a las trampas del originalismo ni a principios de alcances vagos, como el *pro homine* y *pro libertatis*. Aun más, dichos principios parecerían sustentar una fallo en el sentido diverso al adoptado. Creemos, eso sí, que no existe impedimento constitucional en apelar, derechamente, al principio pro vida sobre la base que el mismo tiene sustento suficiente en nuestra Constitución Política de la República.

La razón para concluir que la dignidad de la persona humana y su vida tiene una misma jerarquía constitucional posible si se integran sus distintos preceptos. En efecto, la misma Constitución, en el inciso primero de su artículo 1, dentro del Capítulo Bases de la Institucionalidad, excluye la posibilidad de diferencia en el nivel de protección de la vida humana entre nacidos y no nacidos (“*las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”). En este contexto, la expresión “nacen” debe entenderse como referida al surgimiento de la persona y no en el sentido estricto⁴. El sentido mismo

⁴ Esta conclusión es viable, salvo que alguien pretenda sostener que al interior de los vientres maternos existen “bienes jurídicos” no sujetos de la misma libertad o de la misma protección jurídica.

del artículo 19 y su propio encabezado, obligan a concluir naturalmente que la vida del que está por nacer es un derecho fundamental de la persona humana. Establecer distintos niveles de protección de la vida humana –por ejemplo, como derecho fundamental o simple bien jurídico– pasaría por asumir que la propia Constitución Política de la República realiza una discriminación contraria al mandato fundamental del artículo 1, sin base para ello. Argumentos científicos para considerar que hay vida humana en el producto de la concepción sobran y, en el extremo, es válido concluir que a partir de ese momento, si nada extraordinario sucede, el hombre morirá de viejo. Ante esto, no se puede asumir que la Constitución discrimina y, por lo mismo, la protección de los derechos de la persona no permite jerarquizar según la edad de su desarrollo. Reconocemos las dificultades para arribar a esta conclusión pero existen más argumentos a favor de ella que de la contraria y, debiendo resolverse el asunto, fuerza hacerlo en esta línea.

A partir de esta afirmación, concluimos que la existencia de dos incisos diferentes en el numeral 1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República no pretende dar cuenta de dos bienes jurídicos distintos, a saber, la vida humana y la vida del que “está por nacer”. En nuestra opinión, el inciso segundo del número 1 del artículo 19, lejos de dar cuenta de un bien jurídico diferente a la vida humana como derecho fundamental, constituye un mandato constitucional especial, que simplemente refleja la realidad de que el derecho a la vida humana del que “no ha nacido” debe necesariamente ser protegido por un tercero pues no procede, en tal caso, la autotutela del derecho por parte de su titular. Por ello, existe el mandato al derecho, no obstante la extensión de la vida humana, conforme se establece en el inciso primero del mismo numeral, abarca naturalmente la vida del que “no ha nacido”.

Ahora bien, la Constitución Política de la República no define expresamente el momento del inicio de esta protección, razón por la cual es necesario y forzoso apelar a otros instrumentos que integran la carta fundamental, tales como los tratados internacionales, a efectos de interpretarla y darle un sentido práctico y normativo. Conforme el artículo 5 de la Carta Fundamental, los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, que establecen derechos fundamentales, constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, incluso por parte del TC. En razón de ello, siendo que es necesario dotar de un inicio a la protección de la vida humana, el TC no ha podido prescindir de la Convención Americana de Derechos Humanos antes citada. Dicho pacto estipula la protección de la vida humana desde la concepción y no pudo ser desconocido por el TC al momento de resolver, precisamente, sobre el comienzo de la protección constitucional de la vida humana. Aun más, si dicho tratado da cuenta de que existe el derecho fundamental a la vida desde el momento mismo de la concepción, quienes han sostenido que conforme el artículo 5 los tratados en materia de derechos humanos tienen jerarquía incluso supra constitucional, no podrán permitir que la Constitución desconozca la existencia de dicho derecho fundamental y lo rebaje a la categoría de simple “interés jurídico”. En efecto, el artículo 4 número 1 del tratado señalado indica *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”*. El tenor del tratado es claro: es el derecho a la vida de toda persona el que se protege *“a partir del momento de la concepción”*.

Para concluir esto, no es necesario apelar a las ideas, de distinta naturaleza, expresadas en un debate añejo cuya legitimidad es cuestionada. Tampoco creemos una herramienta definitiva las constancias que puedan haber quedado en el debate parlamentario de una reforma constitucional, como la del año 1999. Basta con considerar el carácter conservador (protector de derechos) propio de la finalidad de una Constitución Política de la República y las normas o tratados que la integran.

Por su parte, aun entendiendo que el aborto no se encuentra constitucionalmente proscrito en Chile por deber entenderse la expresión “la ley protege la vida del que está por nacer” como un mandato abierto al legislador, como sugiere el Ministro Vodánovic, la conclusión sería la misma frente al Decreto Impugnado. En efecto, si es el legislador quien debe resguardar la vida del que “está por nacer”, es él y sólo él quien puede regular sus alcances. Así, naturalmente se excluye al respecto la potestad reglamentaria y el Decreto Impugnado, en cuanto adopta posiciones que debieron ser revisadas por el legislador, es de suyo inconstitucional. Aun para quienes consideran que la referencia a la “ley” del inciso segundo debe entenderse realizada a la fuente normativa emanada del legislador, en el sentido propio, y no a la ley constitucional, se debería llegar igualmente a la misma conclusión⁵. No pueden regularse aspectos que guarden relación con la vida del que está por nacer por vía meramente reglamentaria. En tal línea, a lo menos existe reserva de ley a su respecto e incluso podría sostenerse que, aun de no ser abortiva la Píldora, su regulación no pudo realizarse por vía reglamentaria.

Otro de los puntos en análisis fue el relativo a la existencia de un registro previo y de un precedente del propio TC que señaló que esta materia debía regularse por Decreto Supremo. Entendemos que el requerimiento que dio lugar al fallo de autos se refiere a determinadas políticas de salud pública sobre la base de la distribución de la Píldora, compuesto ya inscrito. Por ello, tiene sustento sostener que con este fallo no se evita que la Píldora sea utilizada por quienes puedan acceder a ella. No obstante lo anterior, ello no debe inhibir al TC al momento de ejercer el control de constitucionalidad de los actos que le son sometidos a su conocimiento. En efecto, estimamos correcto proceder a la revisión de la constitucionalidad del Decreto Impugnado, contrastándolo directamente con la Constitución Política de la República y sin considerar la existencia de otros actos administrativos, de iguales efectos inconstitucionales, que escapan al cuestionamiento constitucional concretamente resuelto por el TC. El efecto relativo de una sentencia no sólo implica que será aplicable, forzosamente y con acción de cosa juzgada, sólo para el caso en discusión sino que, además, su precedente puede ser desvirtuado por el propio tribunal en una resolución posterior. Por su parte, el hecho de que el TC haya señalado previamente que la materia era propia de un Decreto Supremo, análisis formal, no entrega carta blanca para regular la materia de una manera que pudiere pugnar contra la Constitución Política de la República ni hace precluir el deber del TC de velar por la supremacía constitucional.

Desde otra perspectiva y aun teniendo presente el efecto relativo del fallo del TC, estimamos que atendida su existencia y el principio que sienta, se debiese revisar el registro de los medicamentos que hemos definido como la Píldora, toda vez que es precisamente ese registro el que permite que se produzca la inequidad, en virtud de la cual, dependiendo de la condición económica de la madre, existirá o no protección de la vida humana del que está por nacer. Es la mantención del registro contrario a los principios que sienta el fallo –no a su alcance jurídico– el que sienta las bases de una desigualdad que, en todo caso, es preferible a una amenaza pareja a la vida humana.

⁵ En nuestra opinión, la mención ley debe entenderse referida al ordenamiento jurídico en su integridad o, al menos, a la norma de rango constitucional, con el efecto reflejo que ello tiene para el resto del ordenamiento. En el mismo sentido, ver Ugarte Godoy, José Joaquín. El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y Su Protección Constitucional. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIX– Nº 4 –2002. La reserva de ley en estas materias la extraemos de lo dispuesto en el número 26 del artículo 19.

d. **Sobre la carga de la prueba y la convicción formada en autos.** A este respecto, y contrariamente a lo que señala el Ministro Colombo, hacemos presente que en nuestra opinión no son aplicables al caso de autos las categorías propias del derecho penal sobre la carga de la prueba, por existir una diferencia en cuanto a la naturaleza de la materia en debate así como por contarse con una norma especial.

En efecto, desde el punto de vista de la naturaleza del asunto en discusión, no se debate en autos la aplicación de una sanción a individuo alguno que pueda defenderse al amparo de las normas del número 3 del artículo 19 de la Constitución. Se debate sobre la juridicidad, contenida en los artículos 1 y 5 a 7 de la Constitución Política de la República. Así, la presunción de inocencia carece de relevancia, pero cobra importancia la presunción de legitimidad del acto administrativo. A este respecto, en tanto no se establezca que el Decreto Impugnado es inconstitucional, el mismo mantendrá su vigencia.

Ahora bien, esta regla general debe entenderse matizada por la norma especial que contempla la Constitución Política de la República a este respecto. En efecto, existe un mandato expreso que establece de parte de la autoridad –en un sentido amplio, en cuanto fuente de derecho– la labor de velar por la vida del que está por nacer. Existe, si se quiere, un “deber de hacer” que pesa sobre la autoridad y, por lo mismo, el Ministerio de Salud no debió contentarse con registrar la Píldora bajo el expediente de no haberse acreditado que la misma es abortiva si, en el caso concreto, se han entregado incluso por quienes solicitan su registro los antecedentes de que no hay certeza a dicho respecto. No es jurídicamente aceptable que por una parte los productores deslinden su responsabilidad haciendo presente a la autoridad de salud el peligro abortivo del compuesto y que ésta, sin más, asuma el riesgo en violación de su deber de velar por la vida del que está por nacer. Al tener el Ministerio de Salud la carga de resguardar la vida del que está por nacer y ante la afirmación de los productores y la evidencia tenida a la vista, el mismo no debió registrar la Píldora en tanto no evacuara la carga constitucional de proteger dicho interés, concretamente, excluyendo acreditadamente la hipótesis abortiva. Así, la inconstitucionalidad que declara el TC no sólo pudo fundarse en el efecto abortivo de la Píldora –mismo que no fue acreditado en autos, de manera inquívoca– sino que también en la claramente acreditada omisión por parte del órgano administrativo de dar cumplimiento a su deber constitucional de resguardar la vida del que está por nacer. Han sido los propios laboratorios que registraron la Píldora los que pusieron al Ministerio de Salud en la encrucijada que mal resolvió al registrar el medicamento, toda vez que movidos por resguardar su eventual responsabilidad patrimonial, declararon la existencia de una duda razonable sobre el efecto abortivo de la Píldora. Aun más, si los laboratorios –entidades particularmente interesadas en comercializar la Píldora– no han desarrollado los estudios que le permitan excluir el efecto abortivo, mal puede la autoridad, que tiene un deber especial, soslayar dicha omisión y tomar una posición al respecto.

Ahora bien, ante la jerarquía del bien jurídico en juego y teniendo presente el mandato constitucional de resguardar la vida del que está por nacer que pesa sobre el TC, la duda razonable basta para acoger el requerimiento. En efecto, ante una duda razonable, admitir la constitucionalidad del Decreto Impugnado equivale a aceptar el que hipotéticamente pueda producirse un aborto. Aun amparándose dicha forma de proceder en el resguardo de otros bienes jurídicos ciertos –como la libertad y los derechos reproductivos– es la jerarquía o el principio de que no se puede afectar derechos de terceros –o ponerlos en riesgo– el que fuerza a concluir como lo hizo el TC.

La duda razonable, como concepto, no exige un nivel razonable de posibilidades del efecto negativo que se teme sino de una duda fundada o sustentable a la luz de la razón y no basada en el desconocimiento o el instinto. Su carácter de razonable excluye la duda por ignorancia o fundada en explicaciones sensibles, que no se pueden transmitir o expresar. Por el contrario, la sola posición de quienes han solicitado el registro de la Píldora da cuenta de que existe una duda, misma que no ha podido ser resuelta por quienes tienen el máximo interés en obtener la certeza: los propios fabricantes. Así, la duda razonable no requiere mayor indicio en el sentido positivo de producirse el efecto temido, como pretende el voto de los ministros Correa y Fernández F., sino que basta que razonadamente se pueda acreditar la posibilidad de su existencia. Creemos que en el expediente sobran dudas al respecto.

e. **Ante la duda abstente.**⁶ Es claro que para algún sector, como incluso da cuenta el propio Decreto Impugnado, la vida humana propiamente tal empieza ora en la implantación del embrión, ora en una etapa posterior. Así, para ellos, incluso si bien puede existir un interés jurídico digno de protección en la etapa previa a la implantación o al apareamiento de la vida humana, el mismo tiene jerarquía inferior que otros bienes jurídicos, concretamente derechos fundamentales, la libertad y los derechos reproductivos. Para quienes así razonan, no existe mayor dificultad en concluir la legitimidad de la Píldora, incluso reconociendo una duda legítima sobre sus efectos contrarios a la implantación y desarrollo del embrión. Pese a ello, estimamos que aun en esa hipótesis, la Constitución Política de la República indica que la ley es la llamada a resguardar la vida del “que está por nacer” (regularla o limitarla) por lo que (especialmente, atendido lo dispuesto en el número 26 del artículo 19), si entendemos que la norma establece una especie de reserva legal, habremos de concluir que la garantía no pudo ser regulada, con los alcances propios del efecto de la Píldora, mediante una norma de rango reglamentario. En efecto, si existe un llamado a que la ley resguarde la vida del que “está por nacer”, creándose un garantía especial a su respecto, y si sólo por mandato constitucional se puede llamar al legislador –no a otra fuente normativa– a regular el alcance de las garantías constitucionales conforme dispone el número 26 del artículo 19 antes citado, mal puede el Decreto Impugnado, en su carácter de norma reglamentaria, decidir o asumir una posición sobre el inicio de la vida humana o, siquiera, determinar cuándo la “vida del que está por nacer” (incluso conceptuada como algo diferente a la vida humana) puede verse limitada en su desarrollo por la consideración a otros bienes jurídicos, con efectos generales.

Desde otra óptica, en este caso, existiendo por un lado la vida humana y, por el otro, la libertad económica de los laboratorios e intermediarios y los derechos reproductivos –los que no desconocemos–, el devenir obliga a analizar la primacía de uno sobre otros, especialmente si existen dudas sobre un determinado efecto clínico. En este contexto, es legítimo aplicar la frase de la sabiduría popular de “ante la duda, abstente”. La misma es la que resuelve, en nuestro derecho penal, el umbral de la culpa punible cuando se afecta la vida de una persona creyendo que es un reno cuando, al actuar, se representó al cazador la posibilidad de que fuera el vecino ruidoso que volvía de una fiesta de disfraces. Nadie duda de la libertad de quien dispara para practicar la caza deportiva pero, ante la duda acreditada

⁶ Tomamos esta máxima de la sabiduría popular, aplicada al caso, de una idea del profesor Pablo Ruiz-Tagle V., quien con ese título analizó este fallo en un seminario al respecto, organizado por un conjunto de alumnos de Derecho de la Universidad de Chile y el Departamento de Derecho Público de dicha facultad. El profesor Ruiz-Tagle, en una línea contraria a nuestro análisis, concluye que el fallo modificó este principio y lo aplicó incorrectamente en el sentido de “ante la duda, prohíbe”.

de que su presa podría ser el vecino, claramente el derecho podrá sancionar su no abstinencia. Así, prima la jerarquía del derecho a la vida, incluso ante la existencia de otro derecho reconocido por el ordenamiento y la duda a su respecto. Igualmente, existiendo una duda razonable sobre los efectos de la Píldora sobre la vida humana, es jurídicamente legítimo obligar a quien simplemente ejerce otros derechos, importantes pero de inferior jerarquía, a abstenerse. A la misma conclusión se arriba incluso no apelando a la superior jerarquía de la vida humana por sobre la libertad de empresa y los derechos reproductivos, sobre la base de que el ejercicio de un interés no permite afectar –o al menos, poner en riesgo– el derecho de otros, como es la vida humana radicada en el embrión.

Conclusiones

El TC se encuentra llamado a cumplir importantes labores en el contexto de una república democrática y constitucional. Dentro de ellas, la más evidente, es proteger la supremacía de la Constitución en todas sus formas, incluso, frente a mayorías ocasionales expresadas sea en la actividad legislativa sea en la potestad reglamentaria. Es por ello que resulta trascendental que la propia Constitución represente los mínimos consensos elementales de la Nación, lo que requiere de un proceso de reflexión constitucional permanente. Importantes tragedias se hubieren evitado si estos principios básicos hubiesen imperado, a cabalidad, en el siglo veinte.

Así, la labor del TC no es agrandar a las mayorías eventuales sino que resguardar la Constitución y sus consensos básicos. En este entendido, el fallo en análisis es legítimo tanto en lo relativo a la materia que trata como en lo atinente a la forma en que resuelve. En efecto, la vida humana e incluso la “vida del que está por nacer” –para quienes crean que son diferentes– son bienes jurídicos de reconocimiento constitucional y, por ello, la determinación del alcance de los mismos, su protección y la resolución de una eventual hipótesis de colisión de derechos son temas típicamente jurídicos que exceden el campo de la moral y las convicciones.

Desde otra perspectiva, en una segunda línea, en la labor del control de la constitucionalidad de los actos administrativos el TC está llamado a resguardar el campo que la Constitución Política de la República ha reservado, en exclusiva, al legislador. Esta especial tarea es consustancial a nuestro sistema democrático, toda vez que reserva los debates esenciales de nuestro sistema jurídico al Congreso Nacional y evita que decisiones tan fundamentales como el origen de la vida humana sean adoptadas por organismos técnicos no representativos.

Aunque el TC no es el órgano finalmente llamado a determinar los efectos científicos de la Píldora, no creemos que adoptar el fallo implique otra cosa que regular –para el caso concreto– aspectos netamente jurídicos como el origen de la existencia de un derecho o bien jurídico, la forma en que debe procederse ante la duda de afectarlo en su esencia o el peso relativo de las diferentes garantías constitucionales. Aun más, en el análisis de fondo, el TC se encuentra legitimado para interpretar y aplicar la Constitución Política de la República frente a la potestad reglamentaria, especialmente si la materia sobre el origen de la vida humana –base de la estructura de derechos constitucionales– no ha sido regulada por la ley previo debate constitucional.

En opinión del autor de esta crítica, el fallo es acertado en cuanto: i) a dar por establecido que, para la Constitución Política de la República vigente, la vida humana comienza desde el momento de la concepción; ii) en la manera en que establece la existencia de una duda razonable sobre el efecto abortivo de la Píldora, y; iii) en la manera en que sopesa la mayor jerarquía del valor de la vida humana frente a la libertad reproductiva, ante una hipótesis de duda sobre una eventual vulneración de la primera en el ejercicio de la segunda.

El punto negativo del fallo de mayoría y, curiosamente, de los votos de minoría, tiene relación con el desarrollo interpretativo en base a un excesivo originalismo, el que ensucia, al menos parcialmente, el desarrollo de una exégesis constitucional puramente jurídica sobre la base del texto mismo de la carta fundamental y su carácter garantista. Además, se apela a principios de contornos no claros.

El fallo resuelve en un caso concreto pero sus conclusiones tienen efectos extensivos a otra serie de debates por venir, entre otros, la legitimidad de la existencia del aborto reconocido a nivel legal. No será nada de raro ver que los fundamentos del fallo puedan variar en el tiempo, así como la doctrina que establece el mismo.

Los errores procesales cometidos en el fallo y su curso, son materia de otro análisis.

