



A propósito del proyecto de ley sobre regulación de la fertilidad: la fuerza del precedente constitucional

1. Interpretación constitucional creadora de derecho

El fallo sobre la llamada “píldora del día después” dictado el día 18 de abril de 2008 por el Tribunal Constitucional, ha revivido en la discusión jurídica académica uno de los puntos más sensibles de la doctrina constitucionalista: el valor y el sentido de la interpretación de la Carta Fundamental. En efecto, dicha magistratura siendo fiel a los valores y principios implícitos, pero no por ello menos claros de nuestra Constitución Política, ha dado las pautas esenciales para una justa inteligencia del contenido del derecho a la vida consagrado en su artículo 19° número 1°.

A este respecto, cabe preguntarse qué es lo que efectivamente realizó el Tribunal Constitucional al interpretar la mencionada norma, cómo se incorpora dicha interpretación al texto constitucional y cuál es el grado de fijeza de que debe gozar ese criterio. A primera vista pareciera que en estos problemas se involucran principalmente cuestiones de derecho adjetivo, atendidas las peculiaridades de la justicia constitucional¹;

RESUMEN EJECUTIVO

La eventual aprobación del Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad plantea dudas significativas en cuanto al valor que se quiere dar a los fallos del Tribunal Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. No parece que aquello que ha sido declarado inconstitucional y, por ende, ha sido expulsado de nuestro ordenamiento jurídico, pueda ser reintegrado a él por su mera aprobación legislativa; esto, menos aún cuando de derechos fundamentales se trata.

en particular resultan relevantes la cosa juzgada material o sustancial y la técnica de los precedentes que ha adoptado dicha magistratura desde aproximadamente 1992. Sin embargo, en ellos también se mezclan cuestiones de derecho sustantivo, pues a fin de cuentas lo que se discutió –aunque no con toda la profundidad deseable- en dicha sede, fue la titularidad, para un grupo de seres humanos, del más básico de los derechos fundamentales: la vida².

Juan Colombo Campbell, citando a Capelletti, señala, destacando la tarea del intérprete constitucional, que la misión de interpretar resulta irresistiblemente creadora y va mucho más lejos de su función tradicional de ser un mero intérprete fiel del tenor literal de la ley³. Otro autor nos dice: “*La interpretación constitucional es la producción del sentido del texto constitucional*”⁴. La producción del sentido es la norma; el texto sobre el que se produce dicho sentido, el enunciado normativo. En toda interpretación hay una actividad creadora de derecho, ya que el operador jurídico imputa un significado a la norma entre diversos significados posibles⁵. Y los llamados a efectuar esta interpretación son literalmente todos. Como bien señala Miguel Ángel Fernández, “*es inadmisibile sostener que la Constitución despliega el enorme arsenal de principios y normas que ella contiene, aplicables a todos los actos, estatales o privados, para luego constreñir la potestad para interpretarla y aplicarla, desde el ángulo orgánico, nada más que a uno o algunos de los agentes estatales, lesionándose así el Estado Constitucional y Democrático de Derecho*”⁶. Sin embargo, aun cuando el Tribunal Constitucional no es el único autorizado a interpretar la Carta Fundamental, sí es su supremo intérprete.

No obstante de no gozar del monopolio interpretativo, es claro que dicha labor corresponde primariamente al órgano del Tribunal Constitucional y que en el ejercicio de tal facultad éste “crea” derecho –aunque, por cierto, no legisla- de manera tal que sus sentencias deben considerarse la suprema guía en la materia para todas las personas y todos los órganos del Estado. Dicho aquello, no cabe menos que detenerse un momento a considerar cuáles son las obligaciones que se desprenden de esta sujeción para el cuerpo legislativo. Esta discusión no podría ser más relevante, dada la reciente presentación a trámite y la eventual aprobación del “Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad”⁷,

¹Por adelantar una de dichas peculiaridades: “*Los efectos erga omnes que se atribuyen a las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, ponen de manifiesto, prima facie, la imposibilidad de aplicar a este tipo de sentencias los principios procesales comunes respecto de los efectos de las sentencias*”. Véase Colombo Campbell, Juan: Funciones del derecho procesal constitucional, Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur, Florianópolis, Brasil, 2002, en revista Ius et Praxis, Año 8, N°2, 2002, p.66.

²Como señala José Joaquín Ugarte: “No basta con la Constitución para saber cuál es el contenido del derecho a la vida que ella garantiza, ni qué conductas están conformes con él y cuáles lo quebrantan. Y lo mismo ocurre con todos los otros derechos fundamentales que figuran en la Carta Política, por la sencilla razón de que esos derechos, y particularmente el derecho a la vida, son solamente reconocidos por la Constitución, y no creados por ella”. Véase Ugarte Godoy, José Joaquín: El derecho a la vida y la Constitución, en Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N°3, Pontificia Universidad Católica, Santiago, 2006, p.512.

³Colombo Campbell, Juan: La justicia constitucional, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, N°10, 2002, p. 548.

⁴Pica, Rodrigo: Acerca de los aspectos generales de la hermenéutica constitucional, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Año XIII, N°1, 2006, p.151.

⁵Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p. 83.

⁶Fernández González, Miguel Ángel: Los Derechos Fundamentales en 25 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 1980-2005, Tribunal Constitucional, Santiago, 2006, p. 18. Cursivas en el original. El autor cita para el párrafo reproducido a Rubio Llorente, Francisco: La forma del poder, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁷Boletín N° 6582.

toda vez que lo que se presenta a nuestro análisis es la eventual supresión de la voluntad vinculante del Tribunal Constitucional, por parte del legislador, en lo relativo la adecuada protección que debe darse al artículo 19° número 1° de la Constitución.

Señala Cea: *“el sistema en el Estado Constitucional de Derecho ha de contemplar los órganos, las acciones y los procedimientos de control que aseguren el acatamiento oportuno, completo y efectivo de las decisiones de nuestra Magistratura. El punto aludido es uno de los más delicados de la Justicia Constitucional y del Derecho Procesal correspondiente, porque presupone una disposición, constante y sin reticencias, de todos los órganos jurídicos y políticos competentes para honrar las sentencias del Tribunal y hacerlas obedecer si fuere necesario”*⁸. Es muy importante destacar que el artículo 31 del proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, en discusión legislativa durante 2006, señalaba en uno de sus incisos que *“Los órganos del Estado están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal resuelva”*. Posteriormente, la Cámara de Diputados estimó redundante la frase y consideró que este efecto vinculante no requería ser explicitado en la Ley Orgánica⁹. No obstante no estar incorporada de manera expresa, entendemos que la norma señalada sí es parte de nuestro ordenamiento, ello se desprende de la historia fidedigna de la ley, como se indicó, y por la simple aplicación de los principios básicos de un Estado de Derecho, explicitados por el principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 6° de nuestra Carta Fundamental¹⁰.

De este modo, la interpretación efectuada dentro del marco institucional que le es propio por parte del Tribunal Constitucional, debe considerarse como una parte integrante de la propia Constitución, vinculando directamente a todos los órganos del Estado (conforme al señalado artículo 6°) y constituyendo un límite al ejercicio de las potestad de los mismos, conforme al inciso segundo del artículo 5° inciso segundo, cuando aquellas interpretaciones recaigan en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

2. Cosa juzgada constitucional y precedente constitucional

Es un fenómeno apreciable en el mundo el que la justicia constitucional es hoy, ante todo, una justicia de los derechos fundamentales. Ello, principalmente por la obligación positiva y directa de respeto que reclaman sus enunciados jurídicos que -como tantas veces se repite- sólo se limitan a reconocer derechos y no son productos de la voluntad fáctica mayoritaria del legislador o la soberanía popular, y también por la creciente tensión que se produce entre los órganos estatales y el individuo, producto de la tendencia hacia la expansión que reclama esa esfera de atributos reconocidos. La dogmática de los derechos fundamentales es una dogmática que se construye principalmente en el ámbito de la jurisprudencia constitucional, pues *“si la*

⁸. Cea, José Luis: “Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Dificultades y desafíos”, en Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo, N° 17, Año IX, enero 2008, p.170.

⁹. Nogueira Alcalá, Humberto: La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, en Estudios Constitucionales, Año IV, N°1, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago, 2006, p.105.

¹⁰. Al decir del propio Presidente del Tribunal: *“el control jurisdiccional de constitucionalidad garantiza la eficacia del principio de la supremacía constitucional, que se traduce en que todos los órganos del Estado y los habitantes de la nación, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*. Véase Colombo Campbell, Juan: Justicia Constitucional: el conflicto constitucional y sus formas de solución, en revista Ius et Praxis, Año 6, N°2, Talca, 2000, p.114.

discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, habría que contar con un casi interminable e ilimitado debate de opiniones”¹¹. Es por ello que, en esta materia más que en ninguna otra, es tan relevante el papel que juega el precedente constitucional y la cosa juzgada constitucional.

Silva Bascuñán se detiene en el análisis de una disputa en que se planteó la incorporación de una norma sustancialmente similar a otra que ya fue desechada por el Tribunal por ser opuesta a la Constitución. Conociendo el segundo caso el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la norma porque la materia sobre la que versaba era sustancialmente igual a aquella ya considerada por dicha Magistratura: *“Como se pone de relieve en el caso –dice Silva – aun cuando una decisión del Tribunal que declara inconstitucional un precepto sólo impide que se convierta en ley ‘en el proyecto de que se trate’, el legislador deberá tomar en cuenta, sin embargo, el criterio del Tribunal al estudiar una futura iniciativa que contenga la proposición de una norma estimada semejante a la que fuera anteriormente rechazada por él en un caso análogo precedente”¹²*.

Para los efectos de este análisis consideramos, siguiendo a Zapata, que la doctrina del precedente juega un rol indiscutible en la creación y desarrollo de una auténtica jurisprudencia constitucional¹³. Los efectos que tiene una sentencia del Tribunal Constitucional no se limitan a la mera determinación de inconstitucionalidad o constitucionalidad de una determinada norma concreta; muy por el contrario, la misma tiene, o al menos debiera tener, significativa influencia práctica sobre la conducta de otros órganos del Estado. La doctrina constitucional habitualmente se hace cargo a este respecto de los efectos que dichos fallos deben tener sobre aquellos que emita la justicia ordinaria, sin embargo, no debe minimizarse el efecto que los fallos tienen sobre el poder legislativo y sobre el Estado democrático de derecho considerado como un todo.

Se caracteriza este efecto propio de las sentencias del Tribunal Constitucional como un cierto efecto ‘legislativo’ (supresivo, en concepto de Kelsen) que le impone a dicha magistratura una responsabilidad política y jurídica nada liviana. Si, como decíamos precedentemente, el intérprete “hace” derecho al conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad sobre el producto de la tarea de los colegisladores, debe procurar en ello el máximo rigor posible y la mayor coherencia jurídica que pueda conservar en el tiempo, ello, tanto respecto de los criterios empleados a las soluciones concretas, como de las interpretaciones de la Constitución que se otorgan. De no ser así, podría sostenerse de que de su arbitrio, aparte de confusión, está emanando mera voluntad política; esto es, está legislando sin gozar de las atribuciones soberanas para ello. Por supuesto, el respeto al precedente no significa total sujeción a él por parte del Tribunal Constitucional. Como señala Zapata: *“La sujeción al precedente debe (...) constituir la regla general. Sólo razones*

¹¹Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 23.

¹²Silva Bascuñán, Alejandro: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IX, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p.175.

¹³Zapata Larraín, Patricio: Justicia Constitucional. Teoría y práctica en Derecho chileno y comparado, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p.369.

¹⁴Zapata Larraín, Patricio: op. cit. p. 371.

*poderosas justificarían desechar una doctrina previa. Para proceder a desestimar un precedente el TCCh (Tribunal Constitucional de Chile) tendría que explicar las razones del giro y fundamentar adecuadamente su nueva interpretación”*¹⁴. El mismo autor propone dos precisiones para fundamentar un eventual cambio de doctrina jurisprudencial: la primera de ellas, más problemática, es la consideración de que debe reconocerse una mayor estabilidad a las interpretaciones en materia de definiciones competenciales o delimitación de potestades que a aquellas que versan sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales de la persona humana; la segunda, es que sólo se justificaría desestimar un precedente cuando éste no sólo revela ser errado, sino que además, produce graves distorsiones o problemas para la aplicación del derecho¹⁵.

Refiriéndonos sólo al primero de estos criterios, por su carácter más discutible, cabe señalar que, salvo la prevención que se realizará más adelante, se coincide enteramente con la proposición del autor. Zapata justifica esta dualidad de tratamientos en el mayor rango constitucional que poseen los derechos fundamentales, de modo que allí donde la materia es más sensible menos razones hay para justificar la perseverancia en el error. La diferencia que nosotros planteamos con esta tesis, es la de que ella sólo se coloca en la situación de que se altere un precedente en el evento de estarse materializando un error. Pues bien, si hay una materia controversial y respecto de la cual todos quienes sustentan una posición arguyen error en los que mantienen posturas contrarias, es precisamente en el ámbito de los derechos humanos.

Por lo demás, valga apuntar la útil precisión que efectúa Humberto Nogueira relativa a los contenidos del precedente constitucional: *“La fuerza vinculante del precedente está relacionada con el tema de la decisión, lo que lleva a una utilización restrictiva y limitada del precedente, a los casos efectivamente análogos, como asimismo considerando como precedente solamente los principios y reglas contenidas en el holding o ratio decidendi de la sentencia, no pudiendo extenderse a consideraciones periféricas contenidas en el fallo”*. La ratio decidendi explica este autor *“es la parte del fallo que fundamenta directa e inmediatamente el precedente, estableciendo la regla o principio que define el tribunal al resolver el problema o caso sometido a su consideración”* dejando fuera de ella todos aquellos *“razonamientos marginales periféricos o circunstanciales, los cuales carecen de valor vinculante con efecto erga omnes”*¹⁶. Sobre este punto, resulta interesante lo expresado por Aldunate en cuanto a que no se trata de establecer una cosa juzgada constitucional, o un precedente, agregamos nosotros, sobre el petitum final del conflicto (la declaración de inconstitucionalidad) sino sobre el sentido del texto Constitucional: *“El resultado –la declaración de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional- es irrelevante para el diseño de la Carta Fundamental; es trascendente, en cambio la apreciación de un elemento específico: el vicio, para cuyo análisis y descarte la confrontación normativa y por tanto el establecimiento del sentido de la Constitución*

¹⁵En la misma línea de este segundo criterio se muestra Nogueira: “El juez constitucional junto con seguir los principios de la dogmática constitucional, si quiere apartarse de los precedentes está obligado a desarrollar la fundamentación o argumentación de la posición incorrecta del precedente en la situación actual o ante un nuevo contexto, ya que la evolución jurisprudencial debe ser explícita y razonada, prudente y equilibrada, con el objeto de no generar un grado inadecuado de inseguridad jurídica o incertidumbre”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto: La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante, op. cit., p. 109.

¹⁶Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p. 169.

(la proposición de una norma constitucional secundaria) en relación a dicho vicio, es lo esencial”¹⁷.

3. ¿Es posible una vuelta atrás en la materia?

Las consideraciones anteriores en torno a la fuerza vinculante de los precedentes aún para el propio Tribunal que las dictó, en un efecto que podríamos denominar *reflejo*, nos remite a un punto de crucial importancia para la materia que analizamos. La pregunta que queremos poner en relieve (y que bien pudo considerarse como excesivamente teórica antes del fallo sobre la píldora del día después), es si puede legítimamente el Tribunal Constitucional desestimar un precedente que establece una cierta interpretación acerca del contenido material de un derecho fundamental, para imponer, acto seguido, una interpretación restrictiva o simplemente abrogatoria del mismo. En concreto: tras haber reconocido el Tribunal Constitucional la titularidad del derecho a la vida y el estatus de persona, a la luz de la óptica constitucional, del que está por nacer (*nasciturus*) desde el momento de su concepción, fijando la interpretación correcta del artículo 19° número 1° de la Constitución, ¿puede alterarse sobrevinientemente dicho reconocimiento por una nueva sentencia que, por ejemplo, le niegue el estatus de persona al que está por nacer?

Huelga decir que por cierto una interpretación tal, por su sola dictación, constituiría un atentado contra los derechos fundamentales del *nasciturus* y, por ende, una transgresión de lo prescrito por el artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. Una vez efectuado un reconocimiento de esta naturaleza, una vez reconocido un derecho humano, simplemente ya no hay vuelta atrás. Esta doctrina es conocida en materia de derechos humanos. Recibe el nombre de “principio de interdicción de regresión” (o de no regresión, simplemente) y se funda en el mero examen de los presupuestos requeridos para que un derecho pueda considerarse humano. En efecto, la doctrina unánime en materia de derechos humanos enseña que ellos son anteriores a la legislación e inherentes a la persona humana¹⁸ y que las legislaciones, tanto internacionales como domésticas, sólo se limitan a reconocerlos, enunciarlos y asegurarlos. Pues bien, si se ha reconocido el derecho fundamental de la vida al que está por nacer como algo que le pertenece inherentemente ¿cómo

¹⁷Aldunate Lizana, Eduardo: Jurisdicción constitucional y cosa juzgada constitucional, en Revista Chilena de Derecho, vol. 20, Santiago, 1993, p.358. Advierte Aldunate que la cosa juzgada material no implica una fijación definitiva de la interpretación que debe darse al precepto constitucional, pues ello implicaría un virtual anquilosamiento de la Carta Fundamental. En idéntico sentido Colombo: “La cosa juzgada constitucional en este campo, tampoco puede significar la fijación de un sentido único y definitivo para determinado texto constitucional, en la medida en que éste pretende regular una realidad social y política que cambia, evolución que en el tiempo podrá permitir relecturas de la misma expresión literal, se puede reformular la norma constitucional secundaria tantas veces como se pueda reproducir, como consecuencia de un razonamiento jurídico, sobre la base del mismo texto”. Véase Colombo Campbell, Juan: Funciones del derecho procesal constitucional, Ponencia para el encuentro de Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de Tribunales Supremos de América del Sur, Florianópolis, Brasil, 2002, en revista Ius et Praxis, Año 8, N°2, 2002, p.66.

¹⁸En este sentido, especialmente Cea, que define los derechos fundamentales como aquellos “derechos, libertades, igualdades o inviolabilidades que, desde la concepción, fluyen de la dignidad humana y que son intrínsecos de la naturaleza singularísima del titular de esa dignidad. Tales atributos, facultades o derechos públicos subjetivos son, y deben ser siempre, reconocidos y protegidos por el ordenamiento jurídico”. Véase Cea, José Luis: Derecho Constitucional chileno, Tomo I, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, p.221. En el mismo sentido Carlos Nino: “Siendo la propiedad de ser individuos humanos la circunstancia antecedente que sirve a la condición suficiente de estos derechos, todos los hombres tienen igual título a ellos (salvo que se sostuviera, como algunos partidarios de la esclavitud y del aborto han pensado, que la humanidad es una propiedad que puede presentarse en distintos grados)”. Véase Nino, Carlos Santiago: Introducción al análisis del Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p.417.

podría dejar de serlo por un pronunciamiento jurisdiccional? No son razones políticas de fomento de los derechos humanos o de conveniencia práctica las que fundan esta prohibición. Son la congruencia y la lógica natural y jurídica las que impiden efectuar una regresión en el reconocimiento de derechos fundamentales. No se puede volver atrás porque ello es de por sí una violación del derecho ya reconocido; y porque ello desmoronaría el andamiaje jurídico completo sobre el que se sustenta la dogmática de los derechos humanos.

Incluso el poder constituyente, nos dice Humberto Nogueira, “está limitado frente a los derechos fundamentales por el principio constitucional que ellos constituyen límites de la soberanía (artículo 5° inciso 2°), por tanto, una vez incorporados al ordenamiento son irreversibles y solo pueden desarrollarse de acuerdo al principio de progresividad (...) La irreversibilidad es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de su propio texto o de un tratado internacional, ya que los derechos son inherentes a la dignidad de la persona humana y el texto constitucional sólo los asegura y garantiza. (...) Así, aun cuando se eliminaran formalmente de la Carta Fundamental seguirían vinculando al Estado como derechos implícitos”¹⁹.

Atendido lo señalado por el artículo 5° inciso segundo de la Constitución²⁰, una reforma legislativa, de rango cualquiera, que vulnere los derechos esenciales es una reforma que carece de total validez jurídica²¹. No está permitido al legislador, incluso al constituyente, socavar la estructura material de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho, que en último término radica en el respeto de la dignidad de la persona humana²².

Por supuesto, se corre con esta argumentación el riesgo de simplificar el problema en exceso. En efecto, la limitación a la soberanía establecida en el artículo 5° sólo hace referencia a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución y, tras la reforma de 1989, por los tratados

¹⁹ Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p.275. Opinión similar respecto al valor implícito que podrían tener los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento expresó Jaime Guzmán en la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución en la Sesión 101ª de 9 de enero de 1975, cuando señaló respecto del artículo 5° que: “ese texto autoriza a entablar incluso recursos de inaplicabilidad y a pedir la inconstitucionalidad de leyes que aunque no violenten algún texto expreso de la Constitución, violenten derechos fundamentales de la persona humana, porque al hacerlo están violentando el texto expreso de la Constitución: el que señala que la soberanía está limitada por los derechos fundamentales o naturales del hombre”.

²⁰ Esta norma constitucional señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

²¹ Debe advertirse que cosa muy distinta es la restricción de los derechos fundamentales. Ello está ciertamente permitido en un Estado constitucional. Sobre la materia, véase Alexy, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, op. cit.

²² “La dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a toda reforma constitucional, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna (...) La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, teniendo un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad”. Véase Nogueira Alcalá, Humberto: Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos, op. cit., p.225.

internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. La cuestión pareciera ser, pues, dilucidar si la interpretación tiene el efecto de incorporar el producto de su interpretación, cuya estabilidad no está garantizada por norma alguna, en el enunciado normativo de la disposición constitucional.

Esta cuestión que pudiera parecer el *quid* del asunto está, a nuestro juicio, mal planteada. El intérprete no incorpora nada a la norma, no puede hacerlo. Sólo señala la inteligencia que debe darse al enunciado de la misma, fijando el alcance y sentido que *siempre* han estado incorporados a ella, aun cuando no fueron previstos expresamente por el propio constituyente originario. Si para ello debe echar mano, como creemos que corresponde, de los elementos axiológicos o teleológicos que se desprenden de la preceptiva constitucional, ello no se debe más que a las peculiares características de la interpretación constitucional, para la cual, como se suele reiterar por los constitucionalistas, no bastan las tradicionales reglas hermenéuticas *iusprivatistas* trazadas por Savigny.

En suma, la circunstancia de ser los derechos fundamentales, derechos inherentes a la persona en sí, hace imposible e inconcebible una reversibilidad de los mismos en cuanto derechos. Una vez reconocido un derecho fundamental de la persona humana se está reconociendo también su inclusión permanente en el ordenamiento jurídico; se está reconociendo perennidad e intangibilidad para los mismos en cuanto tales.

4. A propósito de un reciente proyecto de ley

Aplicando las consideraciones precedentes al “Proyecto de ley sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad” presentado recientemente por el Ejecutivo y ya aprobado por la Cámara de Diputados, y sin perjuicio de otras observaciones respecto de su posible inconstitucionalidad, queremos apuntar lo siguiente.

El proyecto establece nuevos derechos de carácter meramente legal (derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad; y a elegir libremente y acceder a los métodos de regulación de la fertilidad masculina y femenina que cuenten con la debida autorización), quizá con la solapada intención de reclamar en eventuales contiendas de constitucionalidad, la existencia de una colisión de derechos con asidero en fuente positiva.

Cabe poner en duda la pertinencia de que los legisladores pretendan pasar por alto una sentencia del Tribunal Constitucional con fuerza de cosa juzgada material, al menos en lo que dice relación con la administración de los métodos de anticoncepción de emergencia proscritos por inconstitucionales en su fallo rol N°740-2007, sin que existan nuevas circunstancias meritorias para demandar la revocación del precedente fijado por dicha Magistratura. Estando el legislador vinculado por la Carta Fundamental, la potestad libre de que goza para configurar el ordenamiento jurídico según su legítima voluntad debe considerar como límites aquellos ya establecidos por la magistratura constitucional en su interpretación jurídica practicada en su rol de exégeta supremo de la Constitución.

El fallo de inconstitucionalidad dictado por el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio, radicó en un vicio de aquellos que Zapata califica como “*de contenido de contradicción virtual o de efecto incompatible*”, esto es, de vicios en los que para cuantificar si se produce o no una vulneración constitucional “*resulta necesario indagar respecto a los potenciales efectos o consecuencias*”²³ de la norma en análisis. En este caso, por supuesto, los potenciales efectos o consecuencias de la norma en análisis son, a su vez, los potenciales efectos de la ingesta de la píldora del día después. Esa cuestión de hecho fue la materia principal debatida durante la tramitación del requerimiento; y esa la materia que funda la duda razonable sobre que versó la declaración de inconstitucionalidad²⁴.

Conforme lo explicado más atrás, cabe preguntarse cuál es la *ratio decidendi* de la sentencia. Evidentemente ella no puede radicar en los virtuales efectos de los métodos anticonceptivos hormonales de emergencia, pues siendo ellos una cuestión de hecho, no puede renunciarse a su eventual revisión; tampoco radica, a nuestro entender, en la aplicación al caso de criterios hermenéuticos desarrollados por la teoría de los derechos fundamentales, como el principio *pro- homine* a que recurre el fallo, pues dicha aplicación será necesariamente una materia prudencial y de casuística. Más bien, la *ratio decidendi* del fallo radica en el reconocimiento de la titularidad del derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de su concepción y la necesidad de protegerlo de amenazas plausibles que, aunque esencialmente circunstanciales, la ciencia no puede descartar aún, esto es, que en el plano de los hechos mantienen su virtualidad de efecto incompatible con la Carta Fundamental.

Dicho esto, surge una nueva cuestión. ¿Puede una ley “sanear” el vicio de inconstitucionalidad de que adolece la distribución de los métodos hormonales de anticoncepción de emergencia? Ante esta pregunta caben un par de consideraciones previas: la primera de ellas nos remite nuevamente al contenido material del fallo: el pronunciamiento del Tribunal Constitucional es de fondo, es decir, versó sobre los métodos mismos que podían resultar lesivos al derecho fundamental de la vida y de la constatación de que era plausible, razonablemente, que dichos métodos sí pudieran conculcar ese derecho, coligió la inconstitucionalidad del decreto que ordenaba su distribución. Pues bien, no se ve cómo, una determinada cosa que se considera que puede ser o resultar lesiva para un derecho, pueda dejar de serlo por el sólo hecho de ser sometida a

²³. Zapata Larráin, Patricio: op. cit., p.314.

²⁴. Parece útil recordar aquí los considerandos vigésimo primero y trigésimo noveno del fallo N°740-2007: “VIGÉSIMOPRIMERO: Que, a su vez, es indudable que la naturaleza del conflicto constitucional que ha de resolverse en esta oportunidad por el Tribunal Constitucional tiene como necesario fundamento los efectos que en los derechos constitucionales producen los métodos de anticoncepción hormonal que se objetan, no considerados en forma aislada, 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”; TRIGÉSIMO NOVENO: Que de los razonamientos que preceden, 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 Yuzpe, no sea capaz de afectar la implantación de un óvulo fecundado o de un embrión o, en definitiva, de un ser humano, en los términos que se han definido por la propia ciencia médica”.

aprobación legislativa. ¿Cómo pudiera la consagración legal de la norma autorizatoria, despejar la duda razonable que funda la inconstitucionalidad? El vicio que afectó a parte del Decreto Supremo N°48 de 2007, del Ministerio de Salud, persistirá en la ley, cualquiera sea su rango, que persevere en promover los métodos de anticoncepción hormonal de emergencia, en cuanto éstos ya fueron arrojados de nuestro ordenamiento jurídico por considerarlos inconstitucionales el Tribunal Constitucional.

En segundo lugar procede preguntarse, a quién le corresponde efectuar una revisión de las circunstancias que sostienen la resolución del conflicto. Consideramos que si el máximo intérprete de la Constitución ha expresado su voluntad, no corresponde a los órganos legislativos cuestionarla sin más, pues ello violenta los fundamentos de una adecuada separación e independencia de los poderes del Estado y el respeto orgánico que debieran mostrarse los unos a los otros en las esferas que les son propias y, por ende, sería contrario a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

Por supuesto, no puede extremarse lo señalado hasta el punto de defender un cercenamiento de las atribuciones del órgano legislativo. Una solución que quiera ser armónica con las bases de la institucionalidad del ordenamiento y con nuestro Estado de Derecho, no puede más que colegir que sí puede ser objeto de regulación legal la distribución gratuita de la píldora del día después. Sin embargo, sólo puede serlo si existen nuevas circunstancias que ameriten desestimar el fallo pronunciado; en la especie: si nueva evidencia permite sostener al propio Tribunal Constitucional que se ha despejado la duda razonable acerca de la existencia de posibles efectos anti-implantatorios del embrión producidos por el levonorgestrel en determinadas dosis. Nueva evidencia que, reiteramos, debiera ser sopesada únicamente por la magistratura constitucional y nunca por otros poderes del Estado, pues si éstos tuvieran la capacidad de revisar los hechos que dieron sustento a un fallo del Tribunal Constitucional entonces simplemente la eficacia de esta magistratura constitucional se vería seriamente afectada, con la consecuente pérdida para el estado de derecho.

Apoya esta tesis el criterio básico establecido por la Constitución en su Artículo 76° inciso primero, segunda parte (que, no está de más apuntarlo, abre el capítulo dedicado al Poder Judicial) respecto de la independencia de que deben gozar los tribunales establecidos por ley: *“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”*.

Pensamos que, si bien la norma no está establecida de modo expreso para el Tribunal Constitucional, sí debe serle aplicable, puesto que deriva de un principio funcional a toda magistratura y es consustancial al Estado de Derecho. Baste para enfatizar el punto anterior, citar la propia sentencia del Tribunal Constitucional que, en su último considerando, señaló: *“No escapa a la consideración de esta Magistratura el impacto evidente que tal declaración de inconstitucionalidad con efectos generales está llamada a producir en una materia que, sin perjuicio de las consideraciones jurídicas contenidas en esta sentencia, tiene también connotaciones afectivas muy importantes para las personas, las que son, sin duda, plenamente respetables. No obstante, en la misma línea estrictamente jurídica que caracteriza a toda sentencia, es preciso recordar que ‘los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como*

a toda persona, institución o grupo' (artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución). Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión del Tribunal Constitucional, porque ha ejercido la tarea que el propio Constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental”.

Aun así, el proyecto de ley en comento bien puede pervivir en todo aquello que no fue expresamente expulsado de nuestro ordenamiento jurídico en el fallo del Tribunal Constitucional. La doctrina de la deferencia razonada²⁵, por la que tanto celo muestra la magistratura constitucional -aunque en vista de este proyecto no parece estar recibiendo el mismo trato- induce a respetar el contenido de la norma en todo cuanto no diga relación con la administración de la píldora del día después. Así al menos debiera comprenderse el proyecto de ley, en caso de prosperar su tramitación, porque hasta ahí llegan las potestades de los órganos colegisladores y no más allá.

5. Conclusión

En síntesis, primero, los principios que inspiran la Constitución sirven de referente a su interpretación; segundo, la interpretación del texto constitucional es, por su naturaleza, creadora de derecho; tercero, el Tribunal Constitucional es el hermeneuta supremo de la Constitución; cuarto, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es parte integrante de la propia Constitución e involucra a todos los órganos que deben cumplirla; quinto, el precedente es fundamental en las sentencias del Tribunal Constitucional y debe ser considerado por éste en cuanto fundamento que justifica la aplicación de una regla, así como por todos los demás órganos del Estado; y sexto, no se puede alterar el precedente que establece una interpretación acerca del contenido material de un derecho, en la medida en que la nueva interpretación sea más restrictiva o abrogatoria.

²⁵. “[L]a deferencia consiste en reconocer al órgano responsable de la producción de preceptos jurídicos la potestad de buscar de manera flexible las fórmulas normativas que, ajustadas a la Carta Fundamental, le parezcan necesarias o convenientes para la mejor consecución del bien común”. Véase Zapata Larrain, Patricio: op. cit., p.229.