



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Derecho

TESINA EN DERECHO

Moral pública versus moral privada

Presencia de influencias morales y religiosas en las decisiones de los miembros del Tribunal Constitucional chileno

Natalia Carrasco Díaz y M. Belén Espinoza Orrego- Autores
Jaime Bassa Mercado - Profesor Guía
Enero de 2012

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|-----------------------|---|
| - Resumen..... | 4 |
| - Palabras clave..... | 4 |
| - Introducción..... | 5 |

CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN

| | |
|---|---|
| 1. Fundamentos teóricos de la Constitución Chilena..... | 8 |
|---|---|

CAPÍTULO II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

| | |
|--|----|
| 1. Fenómeno Tardío..... | 11 |
| 2. La necesidad de buscar nuevos métodos interpretativos..... | 13 |
| 3. Insuficiencia de métodos tradicionales de la ley para interpretar la Constitución..... | 17 |
| 4. Trascendencia jurídica y político-social de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional..... | 22 |

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL CHILENA

| | |
|---|----|
| 1. El indeseable originalismo..... | 27 |
| 2. Influencias de tipo religioso o morales en las líneas argumentativas Tribunal Constitucional..... | 38 |
| a. Análisis STC Rol 740-2007 sobre “Píldora del día después”..... | 38 |
| b. Análisis STC Rol 1881-2010 sobre “Inaplicabilidad del art. 102 del CC”..... | 41 |
| c. Análisis STC Rol 1683-2010 sobre “delito de sodomía”..... | 45 |
| - Conclusiones Finales..... | 53 |
| A. Planteamiento del problema. Indeseabilidad e Inevitabilidad..... | 53 |
| B. Originalismo y sus repercusiones desfavorables en tanto método interpretativo de la Constitución..... | 54 |
| C. Rol del Tribunal Constitucional y su responsabilidad social..... | 54 |
| D. Juez inserto en la cultura..... | 55 |
| E. Solución..... | 55 |
| - Bibliografía..... | 56 |

Resumen

La sociedad chilena actual presenta características de apertura y destape que alcanzan experiencias del individuo moderno que hasta no hace mucho tiempo atrás eran impensadas. El ordenamiento jurídico ha tenido que dar respuesta a este nuevo paradigma, ya sea legislando situaciones no contempladas en el sistema jurídico actual, o bien derogando aquellas normas no concordantes con la nueva realidad. Así las cosas, la labor interpretativa que realiza el Tribunal Constitucional, toma un rol protagónico para lograr este objetivo, a saber, la adaptación y actualización de la ley política, en razón de las nuevas exigencias sociales. En nuestro medio, esta adaptación no ha llegado a materializarse en temas de contenido moral como era de esperarse con la llegada de la democracia. La mayoría de los intérpretes constitucionales se han mantenido fieles a estimar que el contenido único de la Constitución es el mismo que quiso plasmar el constituyente originario.

Palabras claves

Tribunal Constitucional – Originalismo – Religión – Moral – Imparcialidad.

Introducción

Por largo tiempo se ha debatido a nivel doctrinal si acaso la existencia de un Tribunal Constitucional resulta fundamental para la interpretación tanto del contenido valórico como del conjunto de principios que emanan de la Carta Fundamental, a fin de resguardar a la sociedad de la presencia de infracciones jurídico-normativas, que excedan o contravengan lo preceptuado por aquella, a la luz de la realidad vigente.

Todo ello, en el entendido de una Carta Fundamental que aspira a mantenerse en el tiempo y que debe ir adecuándose a las mutaciones culturales y sociales generadas en virtud del desarrollo y los consensos políticos. Del mismo modo debe ajustarse a la creciente tendencia de alcanzar una sociedad tolerante y pluralista, con base en la democracia, la cual es más consciente de que la soberanía está radicada en el poder popular, y no en las instituciones tradicionales que han permanecido inmutables en el tiempo, y que dan cuenta de una realidad distinta, que no siempre es homologable a la actual.

De esta manera, el Tribunal Constitucional debiera asumir la defensa y actualización del contenido de la Ley Fundamental, más aun considerando la circunstancia de crisis institucional en la que se gestó. Sin embargo, en varios de sus pronunciamientos la tendencia del tribunal no ha estado a la altura de los requerimientos sociales. Éste suele recurrir a las intenciones del poder constituyente originario para imponer una moral minoritaria en la resolución de casos que se han caracterizado por estar en una zona jurídicamente gris. Esto ha frenado la evolución social en materias moralmente problemáticas, a consecuencia de la falta de disposición para reformar las categorías jurídicas tradicionales, observándose una fuerte tendencia impositiva (traducido en dogmas) de cierto sector más conservador en cuanto a lo que debiera considerarse como lo correcto, lo justo, lo bueno o lo natural, en desmedro de lo debatible y de lo que acontece en el plano de la realidad.

Así, no resulta adecuado ni beneficioso para la vida republicana del país, que el

Tribunal Constitucional ajuste o funde sus fallos en consideraciones éticas en que se advierte en sus integrantes la fuerte influencia de determinadas religiones, puntualmente la religión católica y sus postulados morales, en un intento de recrear los principios fundacionales del constituyente de 1980 y sin recogerse en sus decisiones los alcances de los cambios experimentados por la sociedad chilena en las últimas décadas.

A fin de demostrar el problema recién planteado y darle una posible solución, desarrollaremos un análisis acerca de los fundamentos ideológicos subyacentes en la Constitución chilena y la trascendencia de la interpretación constitucional en las decisiones de los jueces, ya que, desde luego se producirán una serie de efectos político-sociales que podrán variar (en envergadura y entidad), si acaso la moral personal del juez se impone al momento de optar por un método interpretativo que permita sostener su postura.

Lo anterior se torna aun más cuestionable, si consideramos que las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven requerimientos por inconstitucionalidad producen efectos *erga omnes*, y contra ellas no procede recurso alguno.

Ante este escenario teórico, y el planteamiento de la existencia de ideologías en la labor de adjudicación del juez constitucional, analizaremos tres ¹ pronunciamientos emblemáticos que dan cuenta de la inclinación hacia ciertos criterios interpretativos (originalista, fundamentalmente) para justificar posturas morales, revistiéndolas de argumentaciones jurídicas aparentemente neutras.

Por último, dejaremos de manifiesto a través de la contrastación con parámetros teóricos de importancia religiosa, que los argumentos que respaldan la utilización del método historicista y que reiteradamente invoca el voto mayoritario en las diversas sentencias analizadas, responden a una naturaleza moral y cristiano-católica.

Así las cosas, si lo que define a un Juez por excelencia es la virtud de la

¹ ROL 740-2008 Sobre regulación de fertilidad; ROL 1881-2011 Matrimonio Homosexual; ROL 1683-2011 Sobre penalización de la sodomía.

imparcialidad o neutralidad, el derecho y un tribunal como el de la especie no debieran hacerse cargo de este tipo de influencias extrajurídicas. Con mayor razón, si su objeto de análisis no es sino la Ley Política que organiza a la sociedad en su conjunto y que es producto de la autodeterminación de los pueblos. Bien debiera primar entonces el pluralismo que caracteriza al juego democrático y del que es reflejo el texto constitucional.

Capítulo I. La Constitución.

1. *Fundamentos teóricos de la Constitución chilena*

Entiéndase por fundamentos teóricos, la razón última que subyace detrás de nuestra Carta Política, a partir de sus fuentes ideológicas de inspiración.

En el caso de la Constitución chilena, el escenario está compuesto principalmente por tres corrientes filosóficas distintas, las cuales, si bien comparten ciertos aspectos elementales, colisionan en otros más particulares y que son relevantes para la posterior comprensión de los conceptos de carácter general utilizados por el constituyente y que conforman las bases fundamentales del esquema constitucional.

Estas fuentes podemos advertirlas a partir de un análisis de las materias que desarrolla la Carta Fundamental, y son tres: I. La filosofía escolástica, II. El anarcoliberalismo de Von Hayek y III. Los postulados de democracia instrumental de Schmitt².

Asumiendo que estas distintas corrientes están presentes tanto en el articulado de la Constitución como en lo sustancial de sus disposiciones, se produce una contradicción con un cuarto concepto que está a la base de las sociedades modernas, a saber, el Estado Constitucional de Derecho. Detrás de este concepto subyace la idea de un estado de democracia constitucional, donde se funden tanto el constitucionalismo liberal, como el social y el democrático, con participación directa de la ciudadanía, en orden a la incorporación de derechos colectivos con miras hacia el bien común. Concepto este último

² Bassa Mercado, Jaime y Viera Alvarez, Christian. “Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional: notas para su reinterpretación”. Revista de Derechos, vol. XXI, N° 2, 2008. Pág. 134.

que es excluido por el anarcoliberalismo de von Hayek, que concibe únicamente al individuo como ente sustancial, y por tanto, solo habría finalidades individuales. El individuo en sus múltiples interacciones, lograría la forma de autorregulación y autogobierno, sin injerencia estatal. Por su parte la filosofía escolástica, a diferencia de lo que persigue la democracia constitucional que radica la soberanía en los ciudadanos, concibe la existencia de derechos inherentes a la persona humana, que el Estado sólo deberá limitarse a reconocer y promover y jamás negar. Este modo de incorporación de garantías al sistema jurídico, impide la existencia de diálogos abiertos a la actualización y reponderación de derechos fundamentales conforme a la consideración evolutiva de las instituciones y sociedades modernas.

De esta forma, la filosofía escolástica, al igual que el *ius* naturalismo, constituyen la clave filosófica para entender el liberalismo político y económico consagrado en nuestra Constitución. Según esta doctrina, el ser humano posee derechos pre-estatales, es decir, anteriores a la formación de cualquier comunidad política, los cuales deben ser respetados y reconocidos por el Estado y no creados por éste³. Así las cosas, los derechos inalienables y subjetivos de cada ser humano son, en último término, los dispositivos que permitirían la creación del Estado. De ahí que el artículo 5º de nuestra Carta fundamental afirme que: “La soberanía reside esencialmente en la Nación (...) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana...”. La Constitución entonces asume la existencia de garantías fundamentales que dicen relación con la condición misma de ser humano.

La crítica que se le formula a esta corriente filosófica, es que tras ella subyace un contenido eminentemente moral, que se traduce en la universalización de valores y en la imposición de una única forma de entender la dimensión moral del hombre, impidiendo el normal desarrollo del Estado de Derecho contemporáneo y colisionando con los principios y valores que lo fundan.

³ Bobbio, Norberto. “*Liberalismo y democracia*”.
http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=ius-naturalismo

En el fondo, lo criticable no es que esta corriente filosófica imponga una moral universal, sino que en cuanto corriente, sea fundamento de nuestra Carta Fundamental, ya que implica desconocer *a priori*, otro principio reconocido por nuestra Constitución en su artículo 5º, esto es, que la soberanía reside en la Nación, es decir, en la consideración del carácter plural que la define. Por tanto, en la evolución y desarrollo de las sociedades y sus instituciones, será el pueblo quien atribuya o le dé sentido a los contenidos materiales que fundan el sistema jurídico institucional, en virtud de su calidad de poder constituyente por excelencia. Idealmente, no representado por una autoridad cada vez más distante de la realidad social y política, sino que directamente, ya sea a través de la opinión pública o de *referendum* constitucionales como lo sostiene Francisco Zúñiga⁴.

Por otro lado, el anarcoliberalismo de Von Hayek, y en parte la democracia instrumentalista de Schmitt, postulan la garantía de la libertad como fin último de la actividad política y económica, y que en nuestro medio se traduce en el reconocimiento y protección al liberalismo económico, bajo la rúbrica de Orden Público Económico, consagrado entre los artículos 19 N° 21 al 19 N° 25 de nuestra Carta Fundamental. De igual forma, detrás de estas corrientes subyace el planteamiento de una teoría social que se basa en el individualismo, es decir, en la confianza en su capacidad de autodeterminación, teniendo a la vista leyes que no desbordan los márgenes de formalidad, produciéndose, de esta manera, un orden social generado espontáneamente.

El problema que presentan estas doctrinas económicas liberalistas, en tanto fundamento de nuestra Carta Política, es que se traducen en una excesiva confianza en la “bondad” del ser humano, prescindiendo de la experiencia fáctica en este sentido, y olvidando los crecientes y continuos abusos de los agentes económicos más poderosos, los que a su vez son consecuencia de la ausencia de regulación de un contenido material mínimo de protección.

Ante esto, resulta inconcebible comprender el rol del Estado, sin el protagonismo

⁴ Zúñiga Urbina, Francisco. “*Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario*”. Ponencia a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2011. Págs. 14-20.

que hoy lo caracteriza, en cuanto garante de los sectores más desvalidos, económica y socialmente, así como lo postula el liberalismo tradicional, esto es, como un mero árbitro imparcial y externo en el juego de intereses sociales.

Capítulo II. Interpretación Constitucional.

1. Fenómeno tardío

La importancia de la interpretación constitucional surge una vez que la Constitución se convierte en un instrumento real, tangible, normativo, de aplicación directa, no antes de la II Guerra Mundial⁵. Hasta ese momento, las Cartas Fundamentales de los Estados tenían un tinte puramente político, y su texto un carácter estrictamente formal. De modo que su ejecución o desarrollo fue tarea de la ley, de los códigos. Este período se conoce como “constitucionalismo clásico”, y detrás de él subyace la idea de concebir al Estado como limitado por normas jurídicas; el imperio de la legalidad elimina el poder arbitrario. Resulta lógico, entonces, que haya sido la ley y no la Constitución, la que implicase un límite real para el Estado, pues ésta es la expresión de la nación por antonomasia, por ende de la soberanía radicada en ella.

Puede sostenerse desde luego, que durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX en Europa y parte importante de América, no existió, ni hubo la necesidad de recurrir a

⁵ Este fenómeno post Guerra ha sido identificado como Neoconstitucionalismo, que para autores como Eduardo Aldunate, no es sino la evolución del Constitucionalismo de occidente a partir de dos elementos que están a la base de dicha evolución, a saber, uno histórico cultural y otro de tipo institucional. El primero dice relación con el impacto que en la cultura jurídica Europea tuvo la experiencia de la ausente capacidad del derecho, concebido esencialmente como acto o decisión de voluntad, para contener las atrocidades de un poder político totalitario, beligerante y genocida, durante la Segunda Guerra Mundial. El segundo, consiste en la instauración de órganos de jurisdicción constitucional dotados de importantes competencias (surgimiento de tribunales constitucionales). Sin embargo, la presencia de ambos elementos no constituye en sí un movimiento como programa político o unos objetivos políticos a los cuales pueda adherir alguien que se declara Neoconstitucionalista, sino que se usa para describir ciertos fenómenos o prácticas institucionales de los Estados constitucionales —en su inicio, europeos— tras la Segunda Guerra Mundial.

De ahí que no pueda decirse, según el autor en comento, que estemos en presencia de un Constitucionalismo de nuevo cuño. Corresponde, simplemente, al desarrollo natural de una teoría constitucional que se adecuó a las nuevas necesidades políticas y sociales de su contexto histórico. Aldunate Lizana, Eduardo. “Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”. Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, 2010. Págs 80-100.

la interpretación del derecho constitucional, ya que éste era considerado esencialmente un derecho político. La misma Carta Fundamental es concebida como norma política y no jurídica, carente de aplicabilidad directa, de lo que se desprende que el ordenamiento jurídico empezaba en la ley, con el principio de legalidad.

El cambio de paradigma se produce durante la segunda mitad del siglo XX, luego de las atroces y progresivas violaciones a los derechos humanos ocurridas durante el período de Guerra, donde lo que se pretende es pasar de un Estado de Derecho, a un Estado Constitucional de Derecho, en virtud de la transformación de la Carta Fundamental en norma exigible y de cumplimiento directo e inmediato por gobernantes y gobernados.

Como bien señala Nogueira, “este nuevo enfoque y paradigma jurídico modifica la comprensión de la Carta Fundamental: de una perspectiva de norma programática que adquiere fuerza jurídica a través del desarrollo legislativo, pasa a ser una Constitución con fuerza vinculante y de efecto directo, desarrollándose el principio de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución, donde la ley vale sólo si es conforme a la Carta Fundamental, pudiendo anularse las disposiciones legales contrarias a la misma”⁶. Junto con ello, las garantías constitucionales dejan de ser poesía y meras declaraciones, y pasan a ser letra viva, asumiendo la calidad de derechos-facultades de las personas y fundamento objetivo del orden constitucional, exigiendo métodos interpretativos especiales para implementar su aplicación directa, superar la existencia de lagunas, y eventuales tensiones entre derechos.

De esta forma, la interpretación constitucional se sitúa como eje central de la teoría constitucional contemporánea, dándole a la dignidad de la persona humana y los derechos que fluyen de ella, un contenido sustantivo. Y si por siglos, concluye Cea, se padeció la impronta del legalismo formal, en los últimos decenios ha despuntado este nuevo paradigma, que no sólo rectifica al precedente, porque humaniza la letra hasta entonces inerte del ordenamiento jurídico, sino que también lo colma de valores y principios de los

⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. “Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos”. Librotecnia, Santiago, Chile, 2006. Pág. 47.

cuales no puede prescindir el intérprete que obra de buena fe⁷.

2. *La necesidad de buscar nuevos métodos interpretativos*

Parece ser que Constitución y ley (legislación) merecen métodos interpretativos diversos, o complementarios, a lo menos. Pues la primera, esto es, la Constitución, en su sentido normativo, constituye la ley superior; el orden jurídico fundamental, fruto del consenso político de la sociedad, y recipiente de compromisos y acuerdos que implican un techo ideológico abierto y plural, cuestión esta última, de vital importancia para los fines y funciones de la misma, ya que la constitución no es la positivación de un sistema material-objetivo de valores, sino la positivación temporal abierta de valores y principios, de suyo plurisignificativos⁸. A su vez, presenta dos dimensiones; una dogmática, que comprende el conjunto de garantías fundamentales constitucionalmente reconocidas, y una orgánica consistente en la estructura y organización del poder político.

La ley en cambio, surge formalmente a través de un procedimiento establecido en la propia Constitución, por ende, de inferior jerarquía, y cuya finalidad es encauzar la actividad social hacia el bien común. De igual forma, está dirigida a “ordenar” un sector concreto de la sociedad en razón de una política determinada, escogida por el legislador de entre una pluralidad de políticas posibles. De este modo, por muy amplio que sea el campo normativo de la ley ordinaria, éste es siempre sectorial y expreso. Todo dentro los márgenes formales y sustantivos preceptuados en la Constitución.

De esta manera, la interpretación constitucional, es y debe ser una forma diferente de interpretación jurídica, en tanto presenta ciertas peculiaridades⁹ que justifican un trato

⁷ Cea Egaña, José Luis, “*Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico*”. Revista de Derecho Valdivia, vol. 16, Valdivia, Chile, 2004. Pág. 299-310.

⁸ Zúñiga Urbina, Francisco. “*XI Tesis acerca de la posición del Tribunal Constitucional en la Democracia Constitucional*”. Seminario sobre Tribunal Constitucional, Fundación Chile 21, 2011. Págs. 3-7.

⁹ Jaime Bassa, plantea que existen otras razones, además de las enunciadas, que permiten concluir que “la

diferenciado y un análisis autónomo de los demás métodos de interpretación en el sistema jurídico.

Sachica establece que “La interpretación de las normas constitucionales –no obstante su pertenencia al orden jurídico estatal con los demás que lo integran- por razón de su jerarquía, su carácter originario (...) y su calidad de fuente de otras normas, esto es, por ser norma de normas, o normas de ordenación del orden jurídico, requieren una técnica interpretativa especial, un tratamiento diferente a la hermenéutica común”¹⁰.

Es más, hay quienes sostienen que la teoría de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales de esta última que se conectan con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional¹¹, de manera que “La ley constitucional difiere de la ley ordinaria por una razón fundamental: el objeto propio de aquella no es un sector de las relaciones sociales, sino su totalidad; la finalidad de la ley constitucional no es establecer ordenaciones con vistas a la imposición de políticas concretas, sino establecer un marco general de relaciones jurídicas que, determinando los modos, condiciones y formas de producción de reglas de Derecho, permita el desarrollo en normas concretas – ordinarias – de políticas diferentes”¹².

interpretación de la Constitución presenta ciertas peculiaridades que la hacen una especie dentro del género mayor, entre las que es posible destacar: a. la Constitución se erige como marco para la actividad política de la comunidad, regulando las relaciones del ciudadano con el Estado; b. contiene mandatos de actuación positiva y mandatos de optimización de principios: ambos pueden ser desarrollados más allá de los previsto por los redactores originales del texto constitucional a partir de la práctica y la interpretación, por lo que su contenido material no se agota en la declaración normativa; c. en tanto resultado de la manifestación del principio de autogobierno del pueblo, tiene un contenido político importante, lo que lleva a la interpretación constitucional a resolver problemas de relevancia política; d. finalmente, la Constitución positiva una serie de valores y principios generales que requieren un desarrollo posterior que se realiza tanto por la legislación como por la interpretación. Bassa Mercado, Jaime. “*Elementos teóricos para la Interpretación Constitucional. Algunas Reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle*”. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Chile, 2011, Págs 16-17.

¹⁰ Sachica, Luis Carlos. “*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*”. Ed. Temis, Bogotá, 1998. Pág. 1.

¹¹ Wroblewski, Jerzy. “*Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 1998. Pág. 18.

¹² Martínez Sospedra, Manuel. “*Estado*”. cit. nota n. 5. Pág. 258-260.

De este modo, es fundamental recalcar que la Constitución, además de ser la norma fundamental de ordenación del poder público, político y social, por tanto norma básica; y de poseer vocación pluralista, en tanto que ampara una diversidad de políticas posibles (de ahí que no exista una sola política constitucional), excluye, por esencia, el propósito de lograr una solución única. De ahí que las técnicas de redacción de la Constitución sean diversas a las de la ley ordinaria y que, por tanto, la interpretación constitucional tenga exigencias diferenciadas. Resulta menester entonces, comprender que legislar no es ejecutar la Constitución, del mismo modo en que lo hace una norma de inferior jerarquía con respecto a la ley, toda vez que no existe “Una sola ordenación de materia concreta que complete y agote las posibilidades constitucionales, más bien al contrario, al existir siempre una pluralidad de opciones constitucionalmente legítimas, la opción por un determinado tipo de ordenación legal ordinaria entra dentro de la esfera de acción legítima del legislador, siempre que no entre en contradicción con el orden vinculante de convivencia constitucionalmente fijado”¹³.

Sin perjuicio de todo lo anterior, el carácter elástico o plural que exige una Carta Constitucional que pretende estar a la altura del sistema democrático, no excluye la vocación de perpetuidad que ésta pretende. Perpetuidad o estabilidad que suele alcanzarse a través de la técnica de la rigidez (estableciendo una serie de procedimientos que se traducen en obstáculos técnicos que impiden reformas o derogaciones rápidas, permitiendo la continuidad de los preceptos constitucionales). La rigidez, por tanto, no implica, necesariamente, petrificación del derecho, cuestión esta última, que es importante hacerle frente, puesto que anula el debate, el progreso y es sinónimo de desconfianza en la democracia. Optar por el razonamiento originalista, no constituye, en estricto rigor, interpretación de la Carta Fundamental en tanto pacto político abierto que debe contrastarse con la realidad que rige, sino más bien, lo que hay es el estudio por desentrañar intensiones meta jurídicas, o extra constitucionales, si se quiere, que, en el caso chileno al menos, carecen de legitimidad democrática.

¹³ Martínez Sospedra, Manuel. “Estado”. cit. Nota n. 5. Pág 261-262.

El dinamismo jurídico, entonces, no tiene que ver con la posibilidad o imposibilidad práctica de reformar el texto constitucional, ya que de la propia redacción de la Constitución, y del uso reiterado de conceptos que van adecuándose en el tiempo, y en el espacio, es posible colegir que la interpretación constitucional permite dicho dinamismo. En otras palabras, tal rigidez y jerarquía de la Constitución en el sistema, no excluyen la elasticidad espacial y temporal de las normas constitucionales, elasticidad que deriva de la “polivalencia semiológica” de las palabras y de las locuciones empleadas y de sus conexiones¹⁴.

A su vez, la amplitud y textura abierta de las normas constitucionales posibilita su actualización, lo que hace que la interpretación constitucional no sólo cumpla una función de presupuesto de aplicación de un enunciado normativo, sino también un elemento de renovación y actualización del orden jurídico¹⁵, lo que fortalece el principio fundamental de certeza jurídica, y por tanto, evita que la Constitución se transforme en letra muerta.

Siguiendo la opinión de Nogueira, debemos considerar que la Carta Fundamental es tan norma jurídica como política, y éste carácter político innegable, supone “Atender a la realidad de la sociedad política y su contexto histórico, dentro de la cual opera la Constitución. El análisis del enunciado normativo constitucional no puede ser atemporal, debe encuadrarse en las circunstancias de tiempo y lugar, no puede apartarse de la realidad histórica y social (...) De manera tal, que la interpretación constitucional debe desarrollarse teniendo presente que la Constitución no es sólo un conjunto de principios y reglas de aplicación directa, sino que estas se van transformando en contacto con el tiempo y los acontecimientos sociales, los cuales van haciendo variar el sentido y alcance de los vocablos empleados en el texto constitucional, como asimismo las concepciones que se desprenden del mismo, el cual debe irse actualizando para mantenerse como un instrumento

¹⁴ Zúñiga Urbina, Francisco. “Constitución y ley interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley”. *Ius et Praxis*, vol. 15 n. 2, Talca, Chile, 2009. Pág. 255-281.

¹⁵ García Enterría, Alonso. “La interpretación de la Constitución”. Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986. Pág 1.

de gobierno efectivo”¹⁶.

Esto último se relaciona directamente con el motivo de nuestra tesina y con la hipótesis que defendemos y que más adelante desarrollaremos en profundidad, pues en Chile hay una serie de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (ROL 740-2008 Sobre regulación de fertilidad; ROL 1881-2011 Matrimonio Homosexual; ROL 1683-2011 Sobre penalización de la sodomía), cuyos miembros, para imponer su postura moral acerca de un tema discutible y polémico, recurren a la interpretación *originalista* de la Constitución. Esto les ha permitido decidir y resolver, conforme a derecho, basándose en las convicciones políticas, económicas y morales de quienes redactaron la Carta de 1980, concretamente en los fundamentos teóricos que la inspiraron, como el cristianismo y la filosofía escolástica, los que no se condicen del todo con la realidad política-social actual. Este distanciamiento tiene como hito fundamental la llegada de la democracia, y con ello un catálogo de reformas constitucionales, que se inician el año 1989, que dan cuenta de este cambio social, y que a su vez constituyen la piedra angular que ha permitido la evolución de nuestro sistema jurídico, político y social hasta nuestros días. Así por ejemplo, las formas de participación ciudadanas, la apertura política, el nuevo rol político preponderante que asume el Estado, el efecto cultural que produjo el retorno de compatriotas exiliados, etc., permitieron el desarrollo de este nuevo paradigma social, el cual toma distancia del que se impuso durante los 17 años de dictadura militar.

3. Insuficiencia de métodos tradicionales de interpretación de la ley para interpretar la Constitución

Hemos señalado en los acápite anteriores que la Constitución, como norma jurídico-política, presenta ciertos rasgos formales y materiales que la distinguen de la ley ordinaria. Por tanto, los métodos que tradicionalmente se han utilizado para la

¹⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. “*Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*”. Librotecnia, Santiago, Chile, 2006. Pág. 51-57.

interpretación de la ley no son suficientes para la interpretación de la norma constitucional. Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que los referidos métodos no sean también aplicables, en buena medida, a las normas constitucionales. Así, los métodos *gramatical, lógico, sistemático e histórico*, serán utilizados por el intérprete, junto con todos los demás elementos pertinentes, tomando en cuenta, especialmente, la realidad política y social sobre la que debe aplicarse, en la medida que la mejor solución dentro de las posibles, sea por sobre todo una solución justa¹⁷.

El propio Tribunal Constitucional ha estimado, en sentencia Rol N° 325 de 2001, a propósito de los artículos 19 al 24 del Código Civil que contienen las reglas tradicionales de interpretación de la ley: “Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes no recibe aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, pues a diferencia de las leyes ordinarias, la Constitución es una súper ley, es una ley fundamental, de aquí la necesidad de establecer con exquisito rigor su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídica son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la expresión jurídica fundamental del Estado de Derecho”¹⁸.

Si uno de los objetivos primordiales de la interpretación constitucional es dotar a la norma fundamental de certeza jurídica, no parece razonable recurrir a métodos que aumenten la brecha que distancia a la norma de la realidad social vigente. Cabe establecer, además, que, aunque no exista unanimidad de pareceres en la doctrina nacional sobre la naturaleza de la seguridad jurídica (sea que se la considere un derecho fundamental, o bien

¹⁷ Bassa Mercado, Jaime. Viera Alvarez, Christian. “*Contradicciones de los Fundamentos Teóricos de la Constitución Chilena en el Estado Constitucional: Notas para su Reinterpretación*”. Revista de Derecho, Vol. XXI, N°2, Valdivia, Chile, 2008. Págs. 132-133.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 325, de 26 de Junio de 2001, considerando 13.

un valor, un principio, un elemento propio del Estado de Derecho o, una finalidad misma del orden jurídico que emerge, en tanto principio, de una interpretación sistemática de sus disposiciones)¹⁹, es innegable que constituye un elemento autónomo y vital al cual el juez debe recurrir para apreciar adecuadamente la Constitución. Más aun, se la considera como un valor connatural a toda Carta Política que es fruto de un Estado democrático, ya que de poco o nada serviría el catálogo de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, si los sujetos pasivos de tales derechos no tienen la certeza jurídica de que, en el momento en que se hace uso de ellos, podrán ejercerlos en plenitud y de manera justa.

Sin embargo, se trata de un concepto relativo, no absoluto, ya que de ser así, ello transformaría a las Constituciones en documentos pétreos, que caerían en desuso (efecto indeseado y contrario, a lo que se busca interpretando la Constitución. Por ende, el fin que se persigue al dotar a la Carta Fundamental de certeza jurídica, es otorgarles a los destinatarios de la norma o directriz, un marco de legalidad; entendiéndolo en un sentido amplio, esto es, como los parámetros que fluyen del ordenamiento jurídico dentro de los cuales un individuo puede actuar sin que infrinja el derecho. Así, a mayor certeza jurídica del contenido de las normas constitucionales, mayor será la confianza de estos individuos en el ordenamiento jurídico, lo cual reviste de gran importancia, ya que la eficacia de la norma, y por ende, la estabilidad del sistema, radica en que quienes resulten imperados por éste, estén dispuestos a actuar conforme a este orden, respetándolo y dándole cumplimiento.

Esto último se producirá, si consideran que la norma que resulta del trabajo interpretativo, no es arbitraria ni padece algún tipo de ambigüedad, que en último término pueda traducirse en una exclusión o afectación de sus derechos. Así también existen otros factores importantes como la legitimidad del precepto, el reconocimiento de la norma como propia y su eficacia.

De ahí que la certeza o seguridad jurídica, sea actualmente, uno de los criterios hermenéuticos utilizados por los miembros del Tribunal Constitucional en la interpretación

¹⁹ Valenzuela Somarriva, Eugenio. “*Criterios de hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*”. Editorial Tribunal Constitucional, 2008. Págs. 53-58.

de la Carta Fundamental.

No obstante, existen otros. Así, por ejemplo, la interpretación finalista o teleológica de la Constitución. Ésta parte de la base de que en la determinación del sentido de una norma fundamental, sobre su tenor literal, debe predominar la “finalidad” del precepto que la contiene, ya que éste elemento revela con mayor certeza jurídica su verdadero alcance. Las Constituciones no se escriben simplemente porque sí, sino que cada una de sus disposiciones tiene su *ratio legis* y su propia finalidad²⁰.

Considerando lo anteriormente expuesto, el método interpretativo en comento permitiría revisar la norma fundamental vigente en Chile a la luz del actual estadio de desarrollo del derecho constitucional, interpretando la carta y los derechos fundamentales de acuerdo con el principio democrático y el pluralismo propio de la sociedad.

Así el finalismo se condice con una concepción evolutiva de legitimación constitucional, que se contrapone a la visión originalista que aspira a rescatar la intención original manifestada en el momento histórico constituyente y que en consecuencia propicia al estancamiento constitucional. En la otra vereda, en cambio, el método teleológico permitiría la deseada actualización y el dinamismo de la Ley Fundamental, toda vez que, al examinarse a la luz de los nuevos contextos sociales, pueda extraerse de ella un objetivo coherente acorde con las nuevas realidades sociales²¹.

Otro criterio interpretativo aceptado en la doctrina constitucional contemporánea es la ponderación. Éste surge ligado a la corriente neoconstitucionalista, y dice relación con el carácter vinculante de la Carta Fundamental. De ser esto así, sabemos también que la Constitución no está sólo compuesta de reglas de conducta de la manera como la entienden los positivistas (Kelsen, Austin, entre otros), sino que también estaría conformada por

²⁰ ob. cit. Valenzuela Somarriva, Eugenio. Pág. 28.

²¹ Bassa Mercado, Jaime. “*Elementos teóricos para la Interpretación Constitucional. Algunas Reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle*”. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Chile, 2011. Págs 21-23.

principios y valores (Dworkin, Hart), los cuales no se cumplen de igual forma como lo hacen las reglas, es decir, de la manera del “todo o nada”. Los valores y principios, por el contrario, pueden cumplirse de la forma “más” o “menos”. Así, el criterio de la ponderación surge para resolver los eventuales conflictos que pudiesen darse al colisionar dos valores igualmente reconocidos constitucionalmente.

Otro criterio interpretativo aceptado en la doctrina constitucional contemporánea es la ponderación. Éste surge ligado a la corriente neoconstitucionalista, y dice relación con el carácter vinculante de la Carta Fundamental. De ser esto así, sabemos también que la Constitución no está sólo compuesta de reglas de conducta de la manera como la entienden los positivistas (Kelsen, Austin, entre otros), sino que también estaría conformada por principios y valores (Dworkin, Hart), los cuales no se cumplen de igual forma como lo hacen las reglas, es decir, de la manera del “todo o nada”. Los valores y principios, por el contrario, pueden cumplirse de la forma “más” o “menos”. Así, el criterio de la ponderación surge para resolver los eventuales conflictos que pudiesen darse al colisionar dos valores igualmente reconocidos constitucionalmente.

La ponderación, entonces, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales, y en tanto método interpretativo se encargará de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario²².

Dworkin señala que “los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias

²² Bernal Pulido, Carlos. “*La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales*”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. 2011. Pág. 87.

específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación²³”. Entendemos por ley de la ponderación la premisa que se expresa de la siguiente manera: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. A su vez, la fórmula del peso consiste en que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso.

Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

La crítica que formulamos a este método dice relación con los límites de la ponderación en tanto criterio interpretativo, pues no existe un razonamiento objetivo que permita precisar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete.

4. La trascendencia jurídica y político-social de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

En la tradición jurídica relativa a la forma en que debieran los jueces fallar, interpretar y aplicar el derecho, las corrientes constructivistas como la *dworkiniana*²⁴ (entre otras), que plantean la neutralidad en la decisión judicial y la coherencia interna del derecho, se han impuesto por sobre aquellas (ya no constructivistas, sino que críticas²⁵) que sí admiten la radical indeterminación del derecho y la posibilidad de ideologías en el razonamiento que hace el juez (y con ello, la consecuente repercusión política de su desempeño).

²³ Dworkin, Ronald. “La justicia con toga”. Marcial Pons, Madrid, 2007. Págs. 173-176.

²⁴ Dworkin, Ronald. “La justicia con toga”. Marcial Pons, Madrid, 2007. Págs. 20-290.

²⁵ Kennedy, Duncan. “*Libertad y restricción en la decisión judicial*”. Nuevo pensamiento jurídico, Bogotá, Colombia, 2005. Págs. 62-72.

La neutralidad a la que se refieren los constructivistas²⁶ descansa en el hecho de que el juez realizaría un razonamiento silogístico, es decir, de aplicación rigurosa del precepto escogido según sean las circunstancias del caso, y de ese modo arribar a la solución correcta. Mientras que, quienes propugnan que el derecho es todo menos coherente (críticos²⁷), argumentan, a diferencia de los constructivistas, que hay una conexión omnipresente entre derecho y política, como también entre legislación y adjudicación. Asimismo, estiman que el propio sistema jurídico se fundaría en esferas o principios que resultan radicalmente opuestos o contradictorios. Así, por ejemplo, señalan que es posible concebir que en el derecho privado quepa tanto la idea del -individualismo-, a través del principio de la autonomía de la voluntad, como la del -altruismo-, que enfatiza el valor de la solidaridad, y que entiende al derecho como un instrumento de cohesión social que establece deberes recíprocos entre individuos que promueven la consecución de fines compartidos. De manera que, si extendemos este argumento a otras áreas del derecho, y tomamos, por ejemplo, el incesante conflicto entre la libertad y la igualdad (en tanto principios aparentemente opuestos) en el derecho constitucional, llegamos a la conclusión de que la oposición o contradicción, es igualmente radical que en el derecho privado.

Y si este es el caso (si el derecho es radicalmente contradictorio) entonces el juez no tiene forma alguna de ser neutral. “El problema no es que los conceptos que se supone que motivan su decisión -libertad, igualdad, justicia, bienestar- tengan un significado oscuro, o no influyen en su conducta. Ellos están fuertemente arraigados en la cultura, y para la mayoría de nosotros es imposible entender el mundo sin ellos. El problema es que con base en ellos, el mundo puede ser entendido de distintas formas”²⁸. Dependerá, entonces, del significado que se les atribuya, ya sea a nivel personal, socio-cultural, estatal e incluso constitucional.

²⁶ ob. cit. Dworkin, Ronald. Págs. 166-184.

²⁷ ob. cit. Kennedy, Duncan. Págs. 43-72.

²⁸ ob. cit. Kennedy, Duncan. Pág. 62.

Optar por una u otra visión, esto es, la de los constructivistas como Dworkin²⁹, o la de los críticos del derecho como Kennedy, es crucial, ya que si concluimos que el derecho es contradictorio e indeterminado, y por tanto la labor de adjudicación del juez no es neutral, sino que está ideologizada, las consecuencias o repercusiones de los pronunciamientos del juez constitucional son mucho mayores desde un punto de vista político-social.

De este modo, la decisión del juez en un determinado sentido es de gran importancia, pues dará cuenta de la influencia política que hay detrás de su decisión, especialmente en aquellos casos social y moralmente controvertidos.

Cuando decimos “ideologizada”, subyace detrás de este concepto que el derecho constitucional es fruto de luchas y consensos políticos de los distintos sectores de la sociedad a lo largo de la historia institucional, ya sea a través de partidos políticos, grupos económicos o de participación ciudadana; y más importante incluso, manifestaciones populares en orden a encauzar nuevos objetivos políticos, o bien a reordenarlos. Y si esto es efectivo, es decir, si lo que surge del choque de intereses grupales expresados a través de argumentos universales para apoyar su propio discurso político es el derecho, pues entonces éste establecerá las nuevas y futuras reglas del juego democrático, dando por vencedor una postura política (o moral, o religiosa, etc.), en desmedro de las contrarias, o a lo menos, distintas, y que son fruto de esta lucha.

En este sentido, el derecho constitucional sería una extensión de los procesos políticos, de manera que el juez constitucional, al momento de interpretar la Carta Fundamental y decidirse por una postura en desmedro de otra, está optando por un razonamiento político (o económico, o moral, etc.) subyacente en la sociedad, que es representado por un grupo de poder en particular. Dicho así, es poco probable concebir una postura de imparcialidad subjetiva o neutralidad por parte del justiciable, en tanto sujeto inmerso en una cultura jurídico-política determinada, de la que no puede desdoblarse.

²⁹ ob. cit. Dworkin, Ronald.

De hecho, la judicialización de los temas políticos más sensibles es un fenómeno corriente en los sistemas que -como el de Estados Unidos y buena parte de Hispanoamérica- han adoptado la institución del control de constitucionalidad.

En este sentido, la decisión del juez constitucional sobre temas esenciales que surgen de debates ideológicos tiene una importancia fundamental, en tanto produce los siguientes efectos jurídico-políticos: en primer lugar, el efecto inmediato de la decisión judicial es la determinación, a favor de un grupo o de otro, del caso concreto. Esto significa, a la vez, que casos similares sean decididos de la misma forma y que las personas actúen en general en el futuro de acuerdo con lo establecido en la sentencia. En segundo lugar, lo decidido en el fallo pasa a ser parte de las reglas del juego de las luchas futuras entre los grupos ideológicos y, por tanto, inciden en el poder relativo de cada uno de estos. Por último, dado que los jueces son símbolos sociales de autoridad e imparcialidad, sus pronunciamientos tienden a generar lo que se llama “efecto de conversión”³⁰, esto es, la creencia del público de lo que se estableció en sus sentencias es lo correcto. A través del efecto de conversión, el juez que dirime una lucha ideológica en un caso concreto legitima, esto es, hace ver como correcta, la decisión que adoptó.

Siguiendo con esta última idea acerca de la percepción social que se tiene del juez imparcial, y del efecto tranquilizador que ello genera a nivel socio-cultural, resulta menester enfatizar que no hay que confundir el carácter imparcial que (erróneamente) define y se le exige al Juez, con la técnica retórica de la neutralidad en que invariablemente están redactadas las sentencias. Los jueces, incluso en los casos más difíciles, afirman decidir “en estricto derecho”, a través de la aplicación mecánica de éste y redactar sus fallos con la estructura y el estilo de un discurso silogístico, y sin embargo estar fuertemente ideologizados.

³⁰ ob.cit. Kennedy, Duncan. Pág. 67.

Capítulo III. Análisis crítico de la jurisprudencia Constitucional chilena: 1.- El indeseable originalismo como método de interpretación de la Carta Fundamental; 2.- Influencias de tipo religiosa y moral en las decisiones de los miembros del Tribunal Constitucional.

Si bien es cierto que la Justicia, entendida como finalidad última a la que aspira el derecho y sus operadores, constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual, sino a las formas como son tratados clases de individuos, es necesaria la aclaración en el sentido de que los principios de justicia están lejos de agotar la idea de moral; y que no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la Justicia³¹.

Así las cosas, no podemos desconocer que buena parte de la normativa legal y constitucional descansa en principios morales -socialmente arraigados- y aceptados. Principios que por cierto, van mutando en las distintas épocas y legislaciones comparadas.

En este sentido, es siempre posible que al examinar la moral aceptada de nuestra propia sociedad o de otra, hallemos mucho de criticable; puede presentarse, a la luz del conocimiento, como innecesariamente represiva, cruel, supersticiosa, u obscurantista. Puede trabar la libertad del hombre, especialmente en la discusión y en la práctica de la religión o en el ensayo de formas diferentes de vida humana, en supuestos en que por esa vía sólo se obtienen para otras personas beneficios apenas perceptibles. Por sobre todo, la moral mayoritariamente reconocida de una determinada sociedad podría proteger sólo a sus propios miembros, o aun sólo a ciertas clases y dejar a una clase esclava o ilota a merced de los caprichos de sus amos. De esta manera, las protecciones frente al daño que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse, por lo menos, a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones.³² De lo contrario, se estaría imponiendo la auto limitación de la libertad

³¹ Hart, Herbert. "El concepto de Derecho". Editorial Nacional, Mexico, 2ª Edición, 1980. Pág. 224.

³² ob. cit. Hart, Herbert. Págs. 226-227.

individual, en aras de lo que un tercero estima como correcto moralmente, a pretexto de la sanción de conciencia que le genera la infracción de la norma en la que subyace un principio moral, buscando hacer extensivo el sentimiento de culpa o remordimiento al resto de la sociedad, o al sector social al cual pertenece.

Ante este escenario y asumiendo el rol de la moral en la producción e interpretación del derecho, y de la actitud de quienes pregonan un piso moral básico en las normas jurídicas, es necesario desentrañar, frente a la actitud aparentemente neutral del juez constitucional, versus una Carta Fundamental de sustancia cristiana, con evidente influencia de la corriente escolástica, aquél sustrato moralista que empaña su juicio acerca de lo que acontece en la realidad vigente, y de la necesidad de que el derecho vaya actualizándose conforme a los nuevos criterios sociales mayoritarios y pluralistas que fundan el sistema democrático actual. Una posible vertiente a este desafío, podría ser transparentar el hecho de que existen ideologías en la labor de adjudicación del juez constitucional, y, paralelamente, buscar un mecanismo que permita palear o disminuir las consecuencias desfavorables que ello implica para una sociedad democrática, ya que, de revelarse esta circunstancia, se corre el riesgo de que la ciudadanía pierda confianza en sus instituciones.

Hablar de un sustrato moral subyacente en la Norma Fundamental resulta tan inconveniente como que al decidir, el juez se vea turbado por sus concepciones morales particulares, puesto que en la medida que el juez se convenza (moralmente) de lo que falla, no existirá recurso alguno que le instigue a modificar, lo que en nombre de la moral, estima como correcto.

1. El indeseable originalismo como método de interpretación de la Carta Fundamental

Una primera pincelada por los distintos fallos analizados, nos dio cuenta del aspecto más obvio y recurrente: se acude constantemente al método histórico u originalista de

interpretación cuando lo que se está apoyando es un argumento conservador en el razonamiento que hace el juez. Esto nos permite hacer una conexión, aunque apresurada, con la idea de que los jueces “niegan”, en el sentido común de este término, que están actuando con base en motivos ideológicos. Ellos afirman explícitamente que el resultado fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales, que excluyen la influencia de sus propias ideologías. Y, si bien, la utilización del método historicista es evidente, no podemos deducir en iguales términos que existan influencias extrajurídicas a partir de la sola lectura de las sentencias. Tales influencias suelen esconderse detrás del lenguaje objetivo en que están redactadas, apoyándose el juez para ello en argumentos de derecho, que entran a la vida jurídica, en virtud de dicho criterio (originalista).

Sin embargo, y ante la circunstancia de hallarse atado por la norma, el juez podría aplicar el derecho de forma mecánica si la interpretación más clara o aceptada de la norma satisface su postura con respecto al conflicto que se somete a su decisión, o bien podría fracasar en su intento de expedir la sentencia que considera más justa, porque el medio en el que se desenvuelve (el derecho) no le deja espacio para ello³³. Por último, y ante la situación de confrontación entre la sentencia a la que desea llegar, y el resultado que el derecho parece indicar, el juez podría desplegar una estrategia argumentativa compleja que, si bien podría fracasar, también podría desembocar en la construcción de tesis jurídicas convincentes que sustenten satisfactoriamente la sentencia anhelada.

En este sentido, parece ser que el razonamiento que realiza el juez es a la inversa: considerando el resultado que aspira alcanzar, elige los argumentos de los que se valdrá para apoyar su decisión. De ahí que el originalismo sea utilizado por la jurisprudencia constitucional para disfrazar esta forma de construir los fallos.

Así, en diversos considerandos de la sentencia Rol 740, conocida como el “fallo de la píldora del día después”, se recurre al método interpretativo recién aludido, donde el

³³ Kennedy, Duncan. *“Libertad y restricción en la decisión judicial”*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes. 2ª Reimpresión, 2005. Pág. 82-83.

Tribunal ha razonado de la siguiente manera: “Que, en relación con el encabezado del aludido artículo 19 (La Constitución asegura a todas las personas), es menester consignar que, durante el debate sostenido al interior de la comisión de Estudio de la Nueva Constitución, don José María Eyzaguirre, Presidente de la Subcomisión del derecho de propiedad, hizo saber que: “(...) parece más lógico (...), dentro de lo que es el pensamiento jurídico predominante en la Subcomisión, usar la palabra “personas”, por cuanto la persona es un ser que está dotado de mucho mayor trascendencia que el habitante, lo que se puede aplicar incluso a quienes no son personas, siendo éste el sentido que tuvo presente la Subcomisión” (Actas oficiales de la comisión constituyente Sesión N° 156ª., 7 de Octubre de 1975, Pág. 9)³⁴.

A partir de la transcripción de este párrafo, el Tribunal busca poner especial énfasis en la calidad de “sujeto de derecho” y, por ende, titular de derechos, que caracteriza a toda persona, a quien se aseguran las garantías reconocidas en el artículo 19 de la Carta Política, como también aquellas que emanan de la naturaleza humana. El tribunal acude al originalismo para validar, desde un punto de vista jurídico, la postura acerca de concebir al *naciturus* como persona, y por ende hacerlo acreedor de dicho catálogo de garantías. Postura que representa una de las varias posiciones con respecto a esta materia, y que constituye aquella más conservadora y cristiana del abanico (social, político y jurídico) posibles, no la única y mayoritaria, y sin embargo la que sigue paradójicamente la mayoría de los ministros. Ésta además coincide con la mentalidad del constituyente de hace 30 años, pasando por alto el contexto social actual.

Siguiendo con la idea anterior, en otra parte el Tribunal agrega: “la doctrina constitucional chilena mayoritaria sostiene, 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. Así, Ángela Vivanco Martínez sostiene que: “Si analizamos la definición de persona hoy presente en la Historia Fidedigna de la Constitución de 1980, basada en la dignidad y en la salvaguarda del individuo de la especie

³⁴ Tribunal Constitucional. Fallo de “la píldora del día después” sobre regulación de la fertilidad. Rol 740-07. Sentencia de 18.04.08. Págs. 120-121.

humana como sujeto de derechos y merecedor de protección desde el momento en que es concebido, ésta resulta muy diversa de la que tradicionalmente se ha manejado en el ámbito legal. (...) La vida humana es objeto de protección constitucional desde la concepción, ya que desde ese momento estamos en presencia de un ser humano que reúne en sí todas las calidades y requisitos de tal, sin importar que aun no haya desarrollado todas las potencias propias del hombre, y que por ello cuenta desde ya con la calidad de persona, que lo hace ser reconocido como digno, y merecedor de la protección constitucional” (“El derecho a la vida y la discusión acerca del concepto de persona humana en el ámbito constitucional”. Revista chilena de Derecho. Vol. 28, N° 2, 2001. Pág. 474 y 477)³⁵.

Lo que hace el tribunal en el párrafo anterior es encubrir a través de la doctrina, manifestada por la opinión de una académica, la incorporación de la “historia fidedigna de la Constitución”, intentando convencer, utilizando una técnica discursiva que pretende objetividad, que la doctrina mayoritaria y prevalente es aquella que se ajusta a los planteamientos del constituyente originario. Esta forma de argumentar de los miembros del Tribunal no es más que un disfraz de sus propias convicciones morales, dándole fuerza a la idea, ya manifestada en párrafos anteriores, acerca de que el razonamiento que realiza el juez es a la inversa: se hace de una opinión, para luego buscar los argumentos que le permitan respaldarla.

Sin entrar en la discusión acerca de cuándo precisamente comienza la vida humana, cuestión de la que el Tribunal tampoco se hace cargo a consecuencia de la falta de unanimidad médica y científica al respecto, diremos que al considerar esta postura el tribunal y basándose en el orginalismo para respaldarse, asume dos hechos que *a priori* no debieran tenerse por válidos: el primero, dice relación con extender más allá de lo razonable la garantía del derecho a la vida al *naciturus*, en tanto que los titulares de este derecho, lo son desde el momento que se fija con el nacimiento.

De esta manera, la protección legal a la garantía constitucional del derecho a la vida, queda resguardada, por ejemplo en el título VIII del Código Penal que sanciona los

³⁵ Tribunal Constitucional. Rol 740-07. ob. cit. Considerando cuadragésimonoveno. Págs. 125-126.

crímenes y simples delitos contra las personas, mientras que la protección a la vida del que está por nacer se encuentra en el título VII, ya no bajo la rótula de delitos contra las personas (porque el *naciturus* no lo sería), sino que en los crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual.

Y el segundo hecho, consiste en concebir el mandato dirigido al legislador de proteger la vida del que está por nacer como garantía, de la misma forma como se le considera al derecho a la vida, siendo que es menester hacer una distinción entre ambas. La segunda, esto es, la garantía del derecho a la vida convierte a su titular en “sujeto de derecho” mientras que la primera, a saber, la protección a la vida del que está por nacer, convierte a su titular en “objeto de protección” en tanto que de la redacción de la norma, se infiere un interés constitucionalmente relevante que, si bien revela un determinado valor constitucional, no le confiere derechos subjetivos al interés protegido.

En respaldo de nuestra postura, el voto disidente del ministro Hernán Vodanovic Schnake ha sostenido que: “(...) más allá de lo que cada ser humano pueda creer y de la protección de la existencia natural en el Código Civil, resulta razonable concluir que el argumento de que la vida parte con la concepción no es susceptible de ser recogido en esta sentencia, por ser un fundamento de orden moral, sin consenso científico y, por otro lado, porque no es parte del parámetro de control de constitucionalidad del Decreto impugnado, pues el solo hecho de la concepción no da certeza alguna de que exista “vida por nacer””³⁶.

De la contrastación de los argumentos dados por los ministros, uno del voto conforme y otro del voto disidente, queda demostrado que, no solamente el originalismo sirve de fundamento jurídico para posturas morales y personales de los miembros del TC, sino además para anclar a la Constitución vigente, revalidada a partir de sus 17 reformas constitucionales, a la realidad autoritaria y conservadora que le dio origen, y que da cuenta de una Carta Política que no se condice con la aspiración de la teoría constitucional actual en orden a actualizarse conforme a los nuevos criterios sociales, a partir del control político

³⁶ Tribunal Constitucional. “Píldora del día después” sobre regulación de fertilidad. Rol 740-07. Sentencia de 18.04.2008. Pág. 189.

y social que haga la ciudadanía³⁷.

Siguiendo con el análisis crítico al uso del método originalista de interpretación en las resoluciones del Tribunal Constitucional, cabe mencionar la sentencia Rol 1683-10³⁸ sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, el que consagra el delito de sodomía.

Uno de los argumentos del requirente en la causa consiste en que el mencionado artículo vulneraría la libertad individual, toda vez que ésta comprende el libre desarrollo de la personalidad humana. Sin embargo, el tribunal desestimó tal alegación recurriendo, una vez más, al método historicista con el fin de demostrar que la intención del constituyente al consagrar la libertad personal en el artículo 19 N° 7 es restrictiva, pues solo comprendería la libertad ambulatoria.

Así entonces en los considerandos cuadragésimoctavo a quincuagésimoprimeros, el Tribunal argumenta: “Que, ante todo lo expuesto, se observa, en primer lugar, la existencia de consenso en el sentido de la libertad personal consagrada en el N°7 del artículo 19 de la Constitución debe ser entendida como libertad ambulatoria. Pese a la discusiones sobre la posibilidad de que la garantía en comento fuera ampliada a otras esferas jurídicas, más allá de la libertad de locomoción, ésta fue la posición que finalmente predominó en la redacción de la Carta Constitucional, marcando la diferencia con otros ordenamientos constitucionales del mundo³⁹.”

“Que, desde este punto de vista, es posible afirmar que el constituyente de 1980 no entendió el derecho a la libertad personal como comprensivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad humana, ni menos de la autodeterminación sexual.

³⁷ Zúñiga Urbina, Francisco. “*Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario*”. Ponencia a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Chile, 2011. Págs. 3-9.

³⁸ Tribunal Constitucional. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad artículo 365 código penal. Rol 1683-10. Sentencia de 04.01.2011.

³⁹ Tribunal Constitucional. ob. cit. Rol 1683-10. Considerando cuadragésimoctavo.

Como ha quedado en evidencia, la tesis original del comisionado Silva Bascuñán de proceder en tal sentido fue expresamente descartada y asumida una configuración del derecho consagrado en el artículo 19 N°7 de la Constitución, mucho más acotada (...)»⁴⁰.

Los considerandos expuestos constituyeron parte del razonamiento del voto mayoritario que, finalmente, llevó a desestimar el requerimiento y a concluir que el artículo en comento no padecía de un vicio de inconstitucionalidad puesto que la garantía de la libertad personal no comprendería el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo la misma magistratura, en diversos fallos (STC Rol N° 389, consid. 21° y STC Rol 433, consid. 27°), ha estimado que este derecho sí queda comprendido en la norma del artículo 19 N° 7 de la Constitución. Cabe mencionar, por de pronto, que atendida la naturaleza *sui generis* de este Tribunal, el hecho de fallar casos similares de manera diversa, utilizando argumentos contradictorios entre uno y otro fallo, es insubsanable vía recursos, a diferencia de lo que acontece con el resto de los tribunales del país, en que dicha posibilidad no se encuentra vedada (artículo 94 inciso 1° CPR).

La importancia radica en que si las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden objetarse a través de recursos, es imperioso que éstas se encuentren debidamente justificadas mediante argumentos válidos, objetivos y racionales. Sobre este punto Fernando Atria Lemaitre propone que, para salvar la crítica acerca de la ausencia de legitimidad democrática del Tribunal, éste debe ser a lo menos independiente en tres sentidos que el autor clasifica en orgánico, funcional y de insularidad política. De este último tipo de independencia es a la que hacemos alusión, ya que el juez solo puede demostrar su “insularidad” dando a conocer las razones por las cuales decidió su caso. El autor ejemplifica: “Si el perdedor puede entender que perdió no porque el tribunal estuviera ideológicamente coludido con la contraparte, sino que (por las buenas razones dadas por el fallo) aquél le dio más peso a las de ésta, es probable que acepte el resultado de la lid. Al contrario, si en el fallo no están las razones verdaderas, el perdedor tiene derecho a considerar que su derrota se debe, precisamente, a razones inconfesables”⁴¹.

⁴⁰ ob. cit. Considerando quincuagésimo.

⁴¹ Atria Lemaitre, Fernando. “*El Tribunal Constitucional y la objeción democrática*”. Revista chilena de Derecho, vol. XX, N° 2-3, Talca, Chile, 1993. Págs. 371 y 372.

El Tribunal, al hacer tan patente su discrecionalidad, fallando de manera contradictoria, está faltando al requisito de independencia que se le exige y que es además condición *sine quanon* para reconocerle aquella legitimidad democrática directa de la que carece.

Esta realidad queda en evidencia al citar, a vía ejemplar, los argumentos dados por el ministro Enrique Navarro Beltrán, quien concurre al voto de la mayoría, no obstante en este punto coincide con el voto disidente de los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney, al que también nos referiremos.

Ambos razonamientos nos permiten demostrar que la postura mayoritaria no da argumentos de peso que ameriten la prevalencia de éstos sobre la posición disidente. De ahí que pueda pensarse que detrás de esta decisión, haya razones diversas a las rigurosamente jurídicas que permitieren, discrecionalmente, hacer valer posiciones morales personales.

Así, Enrique Navarro expresa: “Que este previniente tiene en consideración las circunstancias de que efectivamente nuestra Carta Fundamental, si bien no contiene un reconocimiento al mismo, como es el caso de otros ordenamientos jurídicos, tales como la Ley Fundamental alemana (artículo 2 N° 1) o la Constitución de España (artículo 10 N° 1), lo cierto es que ello se deduce implícitamente de lo señalado en los artículos 1° y 19 N° 7 de la Constitución Política de la República. (...) esta Magistratura ha señalado que si el Estado debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible (...), puede sostenerse que tal deber abarca la protección de los intereses individuales legítimos que deben entenderse comprendidos dentro de un enfoque amplio del concepto –derecho-. Así, compete al ordenamiento jurídico contemplar tanto los mecanismos de defensa de los derechos propiamente tales o derechos subjetivos cuanto de los intereses legítimos cuya eficaz protección también favorece el libre y pleno desarrollo de la personalidad humana (Rol 634, consid. 21°). Del mismo modo, se ha sostenido que la libertad supone cierto

–poder de autodeterminarse- (Rol 184, consid. 7º)”⁴².

Por su parte, el voto disidente señaló: “Que si bien el catálogo de derechos contenidos en el artículo 19 de la Constitución no recoge de forma explícita el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como ocurre en otros textos constitucionales, sí reconoce su contenido y lo garantiza en diversas disposiciones (artículo 1º inciso 1º CPR; artículo 1º inciso 4º; artículo 5º inciso 2º; artículo 19, al reconocerse en éste otros derechos que presuponen el libre desarrollo de la personalidad). (Ribera Neumann, Teodoro: “El derecho al desarrollo libre de la personalidad en la Constitución”, Temas actuales del derecho constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 241 y ss.)”⁴³.

“Que, sobre este punto, esta misma Magistratura ha señalado que “el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto, así como de su manifestación en la comunidad a través de los grupos intermedios autónomos con que se estructura la sociedad (STC Rol N° 389, consid. 21º y Rol N° 433, consid. 27º). Tal derecho que asiste a cada persona para determinar libremente un plan de vida, se reconoce asimismo en el artículo 19 N° 7 de la Constitución. Este derecho comprende la autodeterminación sexual y sus manifestaciones. (...) Al respecto, la opinión del voto de mayoría pretende negar que la constitución consagre el libre desarrollo de la personalidad arguyendo que el artículo 19 N° 7 únicamente consagra la libertad ambulatoria.

El voto de mayoría sostiene de esta forma una interpretación originalista que petrifica la Constitución. Si bien las actas de la CENC pueden ser útiles para precisar el contenido y alcance de determinados preceptos de la Constitución, no son el único elemento a considerar por el intérprete, como tampoco el más idóneo. (...) Con todo, incluso de las actas citadas por el voto de mayoría se desprende que los planteamientos que se hicieron valer para que en la formulación del artículo 19 N° 7 de la Constitución se hiciera expresa

⁴² ob. cit. Rol 1683-10. Prevención del ministro señor Enrique Navarro Beltrán, análisis del punto II sobre desarrollo de la libre personalidad, punto 4 y 5.

⁴³ ob.cit. Considerando cuadragésimonoveno.

mención al desarrollo de la libre personalidad, no fueron rebatidos por motivos de fondo. Así, es posible colegir que un análisis sistemático de la Constitución no puede concluir que las personas carezcan del derecho de definir su plan de vida. (...) En consecuencia, el artículo 365 del Código Penal, al sancionar ciertas conductas homosexuales libremente consentidas entre personas mayores de 14 años, atenta contra la libertad que tienen para definir su proyecto de vida y alcanzar el mayor desarrollo personal posible”⁴⁴.

Basta apreciar los contrastes que se presentan a partir de la lectura de los distintos considerandos, para evidenciar la importancia de la elección del método interpretativo con el que se argumenta, y por tanto de la intensidad de las consecuencias que esto produce.

De esta manera, no es inocuo que se recurra al método historicista; bien lo expresa Dworkin en su libro “La justicia con toga”, cuando a propósito del capítulo –Originalismo y Fidelidad- se refiere a un episodio protagonizado por un discurso en el que el presidente Bush promete que para cubrir las plazas vacantes de los tribunales federales y del Tribunal Supremo nombrará jueces que se adhieran a los propósitos de los redactores de la Constitución y no a sus convicciones personales. Cita, en esa ocasión, el caso Dred Scott de 1857 donde el tribunal Supremo declara la constitucionalidad de la esclavitud, como algo indeseable.

Dworkin, haciendo caso omiso del error de derecho en que incurre el presidente (pues la Constitución americana en sus orígenes sí contemplaba la esclavitud), señala poder extraer la sustancia de lo que en verdad éste quería expresar; ya que si analizamos el caso desde un punto de vista lógico, debiéramos concluir que quienes constituyeron la voluntad mayoritaria en el caso recién citado, declarando la constitucionalidad de la esclavitud, son los verdaderos héroes de la Fidelidad (originalistas extremos), y por tanto el caso Dred Scott sería un caso deseable, mas Bush ha querido señalar justamente lo contrario.

⁴⁴ ob. cit Considerandos cuadragesimonoveno a quincuagesimosegundo y quincuagesimosexto.

En consecuencia, a lo que se refería el presidente cuando hablaba de –buenos jueces-, era en realidad aquellos para los que la Constitución en verdad cuenta poco. Y aquellos que él consideraría malos jueces son los que respetan literalmente la intención del constituyente originario⁴⁵.

Bueno es el ejemplo de Dworkin, pues permite constatar ciertos efectos indeseables y perjudiciales que pueden repercutir en la sociedad y que dicen relación con estancar el desarrollo jurídico de temas que, en último término, presentan matices morales y que es forzoso actualizar conforme al estado actual de los procesos democráticos, de modo que exista una evolución concordante con las mutaciones sociales.

Así las cosas, habrá que repeler o enfrentar la actitud del intérprete que sobrevalora el momento constituyente, pues además, éste ya no se ubica en el trabajo realizado por la comisión Ortúzar, sino que en todos aquellos posteriores que dan cuenta de un nuevo paradigma social, materializado a través de una serie de reformas de las que ha sido objeto nuestra ley fundamental con la llegada de la democracia.

El Tribunal Constitucional, al engrandecer la utilización del criterio historicista, debilita su credibilidad y autoridad argumentativa, ya que se complace con reproducir razonamientos poco reflexivos, y que importan únicamente la prolongación del pensamiento lejano y obsoleto de una realidad histórica diversa. Esto nos invita a pensar que las decisiones que estos funden en dichas argumentaciones, serán las más de las veces arbitrarias y subjetivas; más cercanas a las creencias personales, que a la aspiración pluralista que subyace detrás del ideal de una Carta Política representativa de la voluntad popular⁴⁶.

⁴⁵ Dworkin, Ronald. “La justicia con toga”. Marcial Pons, Madrid, 2007. Pág 135.

⁴⁶ Atria Lemaitre, Fernando. “*El Tribunal Constitucional y la objeción democrática*”. Revista chilena de Derecho, vol. XX, N° 2-3, Talca, Chile, 1993. Págs. 367-378.

2. Influencias de tipo religiosa y moral en las líneas argumentativas de los miembros del Tribunal Constitucional

Sólo en la medida que podamos presentar un parámetro serio, razonable y genérico acerca de lo que constituye el contenido de las influencias cristiano-católicas y morales que buscamos desentrañar, será posible el estudio crítico de los argumentos esgrimidos por parte de los votos mayoritarios en los pronunciamientos del TC de que nos servimos en este trabajo. Para la identificación de tales influencias nos valdremos del criterio comparativo, tomando el contenido global de los argumentos utilizados por el Tribunal y contrastándolos con un parámetro válido, como es el pronunciamiento del Vaticano acerca de temas morales, formulado por la Congregación para la Doctrina de la Fe⁴⁷, haciéndose patente las similitudes entre ambas, cuestión que reafirma nuestro planteamiento acerca de la existencia de dichas influencias.

Junto con lo anterior, nos parece razonable destacar que, a diferencia del apartado precedente, en esta segunda parte del análisis jurisprudencial no es posible reconocer tan clara y explícitamente argumentos literales que nos permitan identificar influencias del tipo antes mencionado, dada la retórica en la que invariablemente están redactadas las sentencias. Sin embargo, tales conclusiones podemos desprenderlas a partir de un entendimiento sistemático y comparativo de los distintos pronunciamientos del tribunal.

a. Análisis STC Rol 740-2007 sobre “Píldora del día después”

La Congregación para la Doctrina de la Fe, ha señalado a propósito de una declaración sobre el aborto: "La vida desde su concepción debe ser salvaguardada con el máximo cuidado; el aborto y el infanticidio son crímenes abominables. (...) Desde un punto de vista moral es cierto que aunque hubiese duda sobre la cuestión de si el fruto de la concepción es ya una persona humana, es objetivamente un pecado grave el atreverse a

⁴⁷ Órgano colegiado del Vaticano, cuya función es custodiar la correcta doctrina católica en la Iglesia.

afrontar el riesgo de un homicidio, pues es ya un hombre aquel que está en camino de serlo”⁴⁸.

“El cuerpo de un ser humano, desde los primeros estadios de su existencia, no se puede reducir al conjunto de sus células. El cuerpo embrionario se desarrolla progresivamente según un –programa– bien definido y con un fin propio, que se manifiesta con el nacimiento de cada niño. Conviene aquí recordar el Criterio Ético Fundamental expresado en la Instrucción *Donum Vitae* para valorar las cuestiones morales en relación a las intervenciones sobre el embrión humano: “(...) el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado, que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida. Esta afirmación de carácter ético, que la misma razón puede reconocer como verdadera y conforme a la ley natural, debería estar en los fundamentos de todo orden jurídico”⁴⁹.

Ahora bien, siguiendo el mismo orden que en el acápite anterior, y con el fin de demostrar la proximidad entre la referencia o parámetro que para estos efectos tendremos presente y los argumentos doctrinales utilizados por el Tribunal, citaremos el extracto de un libro, también mencionado en la parte considerativa del fallo, del profesor y ministro del mismo, José Luis Cea Egaña, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad del Decreto Supremo reglamentario N° 48 del Ministerio de Salud, sobre regulación de la fertilidad:

“(…) enfatizamos que para un humanista no cabe duda que la criatura que se halla

⁴⁸ Congregación para la Doctrina de la Fe. “*Instrucción dignitas personæ sobre algunas cuestiones de bioética*”.
[Http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html)

⁴⁹ ob. cit.

en el vientre materno, desde el momento mismo de su concepción es también persona y titular de los derechos propugnados en el artículo 19 del Código Político. (“Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004, pp. 47)”⁵⁰. Así, el autor interpreta la norma constitucional desde su propia concepción en este debate, teniendo como válida e indiscutida aquella posición que plantea que desde la concepción estaríamos en presencia de una persona. Hecho que ni siquiera ha podido demostrarse científicamente. Es tan subjetiva su afirmación, como aquella que propugna que el embrión no es persona, así sin más, ya que si no se es capaz de argumentar de manera tal que resulte un razonamiento lógico del planteamiento, no cabe sino desecharlo por inconsistente.

Por otro lado, durante la discusión parlamentaria acerca de cuándo existiría propiamente un ser humano, se plantearon dos posturas opuestas entre sí; una, que sostiene que lo hay “desde la implantación del embrión en el endometrio; impidiendo las píldoras del día después tal implantación, no habría atentado contra la vida de una “persona” en los términos que la Carta Fundamental lo entiende”⁵¹; y otra que, así como lo comprendió nuestro constituyente, plantea que “la vida comienza con la concepción, esto por la unión del óvulo y del espermatozoide; un eventual efecto de las píldoras del día después que impidiese la implantación de un ser vivo – o de una persona- se transformaría en un aborto del todo contrario a la protección constitucional de la vida del que está por nacer que ha impuesto al legislador y que, como todo derecho fundamental, impone a todos los órganos del Estado la obligación de respetar y promover”⁵².

Finalmente, el tribunal opta por esta segunda tesis, en virtud del principio *pro homine* o *favor libertatis*, definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando que: “Razonar de otra manera importaría desconocer la dignidad sustancial de toda persona, a que alude el inciso 1º del artículo 1º de la

⁵⁰ Tribunal Constitucional. Fallo de la píldora del día después. Rol 740-07. Sentencia de 18.04.08.

⁵¹ ob. cit. Considerando sexagésimocuarto. Pág. 139.

⁵² ob. cit.

Constitución, y que supone que los derechos de que es titular son, incluso, anteriores al ordenamiento jurídico positivo, pues son manifestaciones de su propia naturaleza”⁵³.

Con esto queda en evidencia no solamente la raíz cristiano-católica de nuestra Constitución, sino además la tendencia permanente de parte del voto mayoritario a la limitación de la facultad de autodeterminación del individuo, a través de la imposición de aseveraciones de las que no logra hacerse cargo científicamente, cobijándose en los “dogmas” del constituyente originario como justificación suficiente.

En esta misma línea, el ministro Juan Colombo Campbell en su voto disidente ha dicho: “(...) 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 protección en normas de orden moral y en alguna de las corrientes de la ciencia médica más allá de las normas constitucionales invocadas”⁵⁴. Con todo, “si bajo sus convicciones religiosas y morales los requirentes estimaren que la píldora del día después pudiera 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”⁵⁵.

b. Análisis STC Rol 1881-2010 sobre “Inaplicabilidad del art. 102 del CC”

Otro pronunciamiento de la Congregación para la Doctrina de la fe que nos servirá como parámetro comparativo para las dos sentencias restantes, es el denominado “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre

⁵³ ob. cit. Considerando sexagesimosexto. Pág. 140.

⁵⁴ ob. cit. Voto disidente del ministro Juan Colombo Campbell. Considerando decimoctavo. Pág. 176-177.

⁵⁵ ob. cit. Considerando vigesimonoveno. Pág. 182-183.

personas homosexuales”. Del cual rescatamos diversas ideas que utilizaremos para el análisis.

La primera de ellas da cuenta de la premisa imperativa de la que se valió reiteradamente el Tribunal para sostener que el matrimonio sólo puede ser celebrado entre un hombre y una mujer, principalmente por la finalidad que a éste se le reconoce (...) “El matrimonio no es una unión cualquiera entre personas humanas. Ha sido fundado por el Creador, que lo ha dotado de una naturaleza propia, propiedades esenciales y finalidades. Ninguna ideología puede cancelar del espíritu humano la certeza de que el matrimonio en realidad existe únicamente entre dos personas de sexo opuesto, y que por medio de la recíproca donación personal, propia y exclusiva de ellos, tiende a la comunión de sus personas. Así se perfeccionan mutuamente para colaborar con Dios en la generación y educación de nuevas vidas”⁵⁶.

En el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil, se evidencia, sucesiva y reiteradamente una coincidencia en el contenido de los argumentos esgrimidos por el voto de la mayoría con los sostenidos por la iglesia católica, en cuanto a considerar a la institución del matrimonio como sagrada y prácticamente con una sola finalidad, a saber, la de procrear.

Así, el voto concurrente y particular del presidente del tribunal, ministro Raúl Bertelsen Repetto, se basa en argumentos históricos para demostrar que desde el Derecho Romano se ha exigido como requisito para la celebración del matrimonio la diferencia de sexo entre sus contratantes. A vía ejemplar citaremos algunos: “Modestino decía que *“Nuptiae sunt conjunctio maris en feminae”* (Digesto 23,2,1), esto es unión entre hombre o marido y mujer; siendo similar la opinión de Ulpiano (Digesto 1,1,3), quien señalaba que es derecho natural lo que la naturaleza de todo animales enseña y que por consiguiente no

⁵⁶ Congregación para la Doctrina de la Fe. “Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales”.
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexu_al-unions_sp.html

es propio solo del género humano, la *conjunctio maris atque feminae* y; también lo recuerdan las instituciones de Justiniano (1,9,1), para las cuales “*Nuptiae sive matrimonium es viri et mulieris conjunctio*”; y continúa (...) la doctrina, asimismo, ha entendido que el matrimonio sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer⁵⁷. En Chile Somarriva, en un libro clásico en la materia, al comentar la definición del artículo 102 del Código Civil, acota que a diferencia de los contratos patrimoniales en los que no importa el sexo ni el número de contratantes, “en el matrimonio, las partes sólo pueden ser dos y de diferente sexo, dada la finalidad que se persigue. Y tan esencial es la diferencia de sexo, que ello constituye no sólo un requisito de validez, sino que de existencia” (Somarriva Undurraga, Manuel: “*Derecho de Familia*”. Nascimento. Santiago de Chile, 1963, pág 19)⁵⁸.

Y continúa el ministro diciendo: “Atendida la importancia social del matrimonio, que se expresa en los fines que el artículo 102 le reconoce, entre los cuales incluye la procreación, es congruente que la ley reserve su celebración únicamente a personas del mismo sexo, ya que la unión carnal, es la que naturalmente, puede producir la procreación, y excluya de su celebración a personas del mismo sexo”⁵⁹.

El argumento que hace valer para concluir que el artículo 102 del Código Civil no consagra una discriminación arbitraria es que éste es concordante con la nueva Ley de Matrimonio Civil y tal discriminación estaría fundamentada “(...) en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente ha considerado y puede seguir considerando relevantes para establecer que los contrayentes sólo pueden ser un hombre y una mujer, razón por la que se conforma con la garantía constitucional de igualdad ante la ley y de ahí que la aplicación judicial del precepto impugnado no resulte contraria a la Constitución Política”⁶⁰.

⁵⁸ Tribunal Constitucional. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil. Rol 1881-10. Sentencia de 03.11.2011. Considerando 4° y 5°.

⁵⁹ ob.cit. Considerando 6°.

⁶⁰ ob.cit. Considerando 8°.

En nuestra opinión, tal discriminación arbitraria sí existe, pues si lo que define al matrimonio es la procreación, y si para nadie es siquiera cuestionable que una pareja heterosexual, incapaz de concebir, pueda contraer matrimonio válidamente, el hecho de que esta posibilidad se le restrinja a parejas del mismo sexo, teniendo como argumento principal la incapacidad de procrear, no puede sino concluirse que se está discriminando en razón de la orientación sexual. Detrás de esta limitación subyace una actitud homofóbica y que infringe la garantía de la igualdad, como también el derecho de toda persona a alcanzar su mayor realización tanto material como espiritual posible.

Para un mayor abundamiento, nos parece interesante el análisis realizado por el ministro y voto disidente Hernán Vodanovic Schnake el cual sostiene que: “(...) no debe desatenderse que la institución matrimonial, como cualquier otra, es una construcción social histórica. Sus elementos esenciales no son, necesariamente, los de ayer ni serán forzosamente los de mañana. Ha sido tradicionalmente una forma de institucionalizar la vida en común de una pareja heterosexual, pero nada impide –desde una visión secular- que acoja a parejas homosexuales o del mismo sexo (ambas cuestiones no son lo mismo; así, dentro de la actual legislación chilena no hay impedimento para que celebren el acto matrimonial uno o ambos contrayentes homosexuales). En el matrimonio actual se ha perdido la función relevante de procrear (la mayoría de los hijos nacen fuera del matrimonio y la aptitud para generar descendencia no es un requisito para celebrarlo), en desmedro de la finalidad propia de la vida en común. El objetivo esencial, más bien, expresa fines de solidaridad, afecto, y asistencia recíproca (...)”⁶¹.

Para Vodanovic, quienes propugnan la exclusividad heterosexual en el matrimonio, son los que debieran exponer las razones que la sostienen, ya que de plano tiene que descartarse el razonamiento circular “(...) de que ello es así porque debe serlo y siempre lo ha sido. Tal aseveración nada explica. (...) El matrimonio –ideal- exige probar que la exclusión de parejas del mismo sexo protege la unión heterosexual; sin embargo, no hay perjuicio alguno en la ocurrencia de ello. La prohibición no es necesaria para proteger los

⁶¹ ob. cit. Voto disidente ministro Hernán Vodanovic Schnake. Considerando 5°.

derechos de aquellos que sí pueden casarse. Aún mas, los detractores no han meditado que –en vez de verse debilitado por la inclusión de otros actores- la incorporación de parejas hoy excluidas a la institución matrimonial la amplía y probablemente la fortalece”⁶².

c. Análisis STC Rol 1683-2010 sobre “delito de sodomía”

El último fallo que analizaremos será el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, el cual tipifica la sodomía.

A diferencia de las sentencias anteriores, el método que utilizaremos para inferir la carga ideológica de orden moral presente en este pronunciamiento, será, ya no la comparación como mecanismo principal, sino que el examen sistemático de aquellas conclusiones que nos parecen más relevantes y de las cuales podemos extraer claramente influencias de orden moral y religiosa.

Para lograr esto, estructuraremos el análisis en tres grandes ítems, los cuales nos permitirán ir construyendo lógica y consecuentemente el argumento crítico frente a la decisión que primó en la resolución del caso.

c.1. El primer ítem se centra en el origen histórico del tipo penal en nuestra legislación, el que a su vez comprende tres etapas, la primera que va desde 1875-1972 donde el tipo penal toma el nombre de sodomía simple; la segunda desde 1972-1999 donde se modifica la redacción del artículo 365 en virtud de la ley 17.727 de 1972, que introduce dos nuevos incisos al precepto original, imprimiéndole al tipo penal un enfoque similar al de la violación, de ahí que la figura fuese conocida como violación sodómica; por último el periodo comprendido desde 1999 en adelante, donde se reforma nuevamente el tipo penal en virtud de la ley 19.617, estableciéndose un límite a la aplicación del delito; a saber, la mayoría

⁶² ob. cit. Voto disidente ministro Hernán Vodanovic Schnake. Considerando 5º

de edad. Por tanto, solo se sancionará al que “accediere a un menor de 18 años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de violación o estupro”⁶³.

A partir de esta distinción histórica, se puede inferir *a priori* que el delito de sodomía tiene un fuerte trasfondo moral, de ahí que las reformas efectuadas tengan estrecha relación con el desarrollo político y la alternancia en el poder de los dos focos ideológicos mayoritarios existentes en nuestro medio. De esta manera, cabe resaltar que este delito, es y ha sido el resultado del juego político parlamentario, donde por un lado se ha buscado ampliar el tipo penal o mantenerlo y por otro, restringirlo o derechamente eliminarlo.

Lo alarmante o criticable de esto, es que aun cuando los miembros del Tribunal Constitucional conocen o deberían conocer este hecho notorio -que la tipificación de este delito proviene netamente de consideraciones morales- decidan en el caso concreto no declarar inaplicable el precepto en cuestión y con esto avalar o reafirmar la falta de juridicidad que justifica la existencia del delito.

Sobre este punto se pronunció el voto disidente manifestando, en sus considerandos sexto, décimo y décimotercero lo siguiente: “(...) Que se confirma por la historia de la norma que el tipo contenido en el artículo 365 vino a reemplazar a la penalización de la sodomía consentida entre adultos, delito que siempre se concibió cometido sólo entre varones”⁶⁴. Y continúa: “Que el precepto en cuestión fue introducido por la ley 19.617, de acuerdo a cuya historia fidedigna la norma en cuestión fue entendida como una solución de compromiso para lograr la despenalización de la sodomía entre adultos y como una señal destinada a precaver una expansión de la homosexualidad, como sostuvieron algunos parlamentarios”⁶⁵; y por último: “Que la historia legislativa demuestra que se buscó legitimar la norma impugnada sobre la base de argumentos moralizadores y homofóbicos.

⁶³ Código Penal de la República de Chile. Artículo 365.

⁶⁴ Tribunal Constitucional. Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal. Rol 1683-10. Sentencia de 04.01.2011. Considerando sexto.

⁶⁵ ob. cit. Considerando décimo, Sobre el particular véase el informe de la comisión mixta boletín N°1048-07.

Basta citar algunos de los argumentos que se esgrimieron en la Cámara de Diputados en cuyo seno se adoptó el texto finalmente aprobado, con leves modificaciones por la comisión mixta. El diputado Moreira sostuvo que la despenalización puede ser el inicio de una serie de otras propuestas que indudablemente socaban los valores sociales y atentan contra la familia y el bien común”. Por su parte, el entonces diputado García Ruminot afirmó que “la homosexualidad era “una lacra” y que combatirla evitaría campañas del sida y otras infecciones por ella provocada y que son un castigo de Dios a toda la comunidad homosexual. Luego el entonces diputado Chadwick afirmó que despenalizar la sodomía significa que “una conducta anormal desde el punto de vista de la naturaleza humana, se le da el carácter de lícita”. Con ello, agregó, “se genera una tendencia, pues quienes la apoyan deberán defender también el otorgamiento de igualdad y el otorgamiento de derechos a las personas homosexuales”. En la misma línea el entonces diputado Bayo sostuvo que el proyecto “incrementa lo antinatural o lo amoral entregando una orientación desafortunada e irresponsable a los jóvenes”⁶⁶.

Al no declarar el Tribunal la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo en análisis, está legitimando una cadena argumentativa que, ya sin afán de ocultarse en razonamientos estrictamente jurídicos, repele y sanciona, con base en su propia moral, una conducta cuya tipificación no tiene justificación racional.

En apoyo del planteamiento anterior y frente a la pregunta acerca de la justificación racional de la moral, Carlos Santiago Nino responde: “...no se ve qué tipo de justificación se busca cuando se pregunta por la justificación de la moral: una justificación presupone por definición acudir a ciertos principios, y no se advierte a qué principios podemos acudir para justificar principios últimos, o las reglas que permiten derivar tales principios”⁶⁷. En esta misma línea Eduardo Aldunate sostiene que no es posible compatibilizar un predicamento como el que citamos con la tesis que afirma que es posible una justificación racional, basada en la moral, de las decisiones jurídicas. “Porque si en definitiva la moral

⁶⁶ ob. cit. Considerando décimotercero.

⁶⁷ Nino, Carlos. “*Ética y derechos humanos*”. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989. Pág. 126.

no admite justificación racional, esto significaría que una decisión jurídica basada en juicios morales, no puede encontrar, tampoco, una justificación racional”⁶⁸.

c.2. El segundo ítem versa sobre la finalidad que persigue la norma, lo que inevitablemente se conecta con la justificación jurídica que subyace detrás de la penalización de la conducta sodómica.

Al respecto, existe consenso en la doctrina en cuanto a que el fin último sería el resguardo o protección del menor, siendo ésta la razón que se ha tenido a la vista para mantenerlo vigente. Sin embargo, este argumento (protección al menor), en la realidad, queda al resguardo de otros tipos penales como lo son la violación consagrada en el artículo 361 y 362 del Código Penal y el estupro sancionado en el artículo 363 de la misma ley.

La figura penal del artículo 365 es la siguiente: “El que accediere carnalmente a un menor de 18 años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de violación o estupro será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio”⁶⁹.

Se colige entonces, que el tipo penal no se configura cuando: a) se use fuerza o intimidación; b) la víctima se halla privada de sentido o cuando se aprovecha de su incapacidad; c) se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima y; d) el sujeto pasivo del delito sea menor de 14 años. O bien, toda vez que el menor sea mayor de 14 y menor de 18 años si: a) se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno; b) se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral; c) se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima y; d) se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

⁶⁸ Aldunate Lizana, Eduardo. “*Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo*”. Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, 2010. Pág. 91.

⁶⁹ Código Penal de la República de Chile. Artículo 365.

Por tanto, el tipo penal de la sodomía se circunscribe a las relaciones sexuales consentidas entre varones mayores de 14 y menores de 18 años, salvo la excepción introducida en virtud de la nueva ley de responsabilidad penal juvenil N° 20.084, que en su artículo 4° establece una eximente de responsabilidad penal cuando entre el sujeto activo y pasivo del delito no media una diferencia de edad superior a tres años.

Si extrapolamos esta misma situación a una relación heterosexual, es decir, si una mujer mayor de 14 y menor de 18 años es accedida carnalmente con consentimiento no se configura ningún tipo penal. Lo mismo sucede con las relaciones sexuales lésbicas. Por ende, no cabe sino concluir, que si la figura se concibe solamente para sancionar las relaciones sexuales entre varones, su fundamento último necesariamente es moralista y homofóbico.

En el plano internacional y en virtud de las convenciones⁷⁰ celebradas por distintos Estados en la materia, de los cuales Chile se ha hecho parte en varios de ellos, se desprende que una norma como la de la especie es contraria a diversos principios fundamentales como lo son la libertad, la igualdad y la no discriminación arbitraria, entre otros.

Tal incompatibilidad –el reconocimiento del tipo penal de la sodomía y los principios internacionales de carácter imperativo- encuentra su raíz en el concepto, aceptado en la doctrina, de “categorías sospechosas”⁷¹, dentro de las cuales se contempla, precisamente, la no discriminación en razón del sexo y la orientación sexual.

⁷⁰ Dentro de las convenciones a las cuales nos referimos se encuentra: El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.1; la Convención Americana, artículo 1.1 y artículo 24; la Carta de Organización de los Estados Americanos, artículo 45; el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.2. Además de recomendaciones realizadas por organismos internacionales al Estado de Chile, con el objeto de que elimine aquellos tipos penales fundados en discriminaciones arbitrarias, entre ellos: el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

⁷¹ El Estado, al ejercer su función punitiva mediante el establecimiento de tipos penales, debe tener especial cuidado en no transgredir los derechos fundamentales de las personas de manera desproporcionada. Para ello, deberá poner atención a aquellos criterios utilizados para tipificar delitos, pero que bien podrían encubrir discriminaciones arbitrarias, y que responden en su mayoría a ciertas características del ser humano tales como: raza, nacionalidad, color, orientación y condición sexual, etc. Estos criterios constituyen las denominadas “categorías sospechosas”, que son consideradas indeseables, en tanto que podrían afectar con mayor facilidad a grupos minoritarios. Por ende, la actitud que debe tener un juez o tribunal ante la presencia de dichas categorías es de suma minuciosidad, de manera que no se transgreda el principio de igualdad

No es inocua la autoridad de las que están premunidas dichas categorías, ya que de estar presentes en un caso concreto, producen el efecto de alterar el enfoque argumentativo que deberá sostener el Tribunal. La explicación que hay detrás de esta afirmación consiste en que uno de los criterios interpretativos más utilizados ha sido la presunción de constitucionalidad de las normas, esto se traduce en la convicción *a priori* que tendrá el intérprete de que el o los preceptos sometidos a su conocimiento fueron dictados conforme a derecho. Lo anterior se conoce como el principio de deferencia al legislador del cual goza todo precepto legal.

La excepción la constituyen precisamente las categorías sospechosas, en tanto que, su presencia invierte este principio de constitucionalidad, presumiendo, por tanto, la inconstitucionalidad de la Ley mientras la autoridad no demuestre lo contrario.

c.3. El tercer y último ítem trata principalmente de las consecuencias a las que arribamos a partir del análisis de los últimos acápites y de las consideraciones que el Tribunal Constitucional tuvo en cuenta para resolver este caso en particular.

Como se ha señalado al comienzo de este análisis, la sodomía en tanto delito, se consagra en nuestro país, en virtud del juego de negociaciones políticas parlamentarias. Esto no ha sido ignorado por parte de los ministros del Tribunal Constitucional, ya que en la parte expositiva del fallo (considerandos 7º, 10º y 13º) se ha dejado constancia de este hecho. De esta manera, es de nuestra opinión que, al resolver los ministros de la aplicabilidad del precepto en comento, implícitamente están abrazando todas las consideraciones morales y homofóbicas que sostuvieron los parlamentarios como núcleo grueso en la defensa de la tipificación de este tipo penal.

Al penalizarse esta conducta, y declarar el Tribunal la aplicabilidad de la norma, evidentemente se está ponderando de manera errada el valor de otros derechos igualmente fundamentales, y constitucionalmente reconocidos (dignidad, derecho a la privacidad,

consagrado en la Constitución.

igualdad en y ante la ley, libertad personal, derecho a la no discriminación, etc.), que parecen indicar que debe haber una correspondencia lógica entre lo que se le exige a una persona en cuanto a sus deberes, y los derechos de que es titular. De esta manera, no parece justificable que a un varón adolescente se le restrinja su capacidad de autodeterminación sexual, y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, considerándosele como un incapaz, carente de discernimiento, cuando correlativamente la misma ley lo hace responsable penalmente, ya no desde los 18 años, sino que mucho antes.

En este sentido, ¿qué diferencia habría entre el pronunciamiento de un tribunal que se dice resolver de manera imparcial, conforme a la Ley positiva, y lo dictaminado por el Sumo Pontífice de la fe cristiana, si finalmente las consecuencias de lo uno y lo otro no conllevan una diferencia sustancial?

A fin de evidenciar esta paradoja, pasamos a citar el pensamiento de la Iglesia Católica acerca de la homosexualidad y las directrices de comportamiento que éstos debieran observar: “(...) los actos homosexuales son intrínsecamente desordenados. Son contrarios a la ley natural (...) No proceden de una verdadera complementariedad afectiva y sexual. No pueden recibir aprobación en ningún caso”⁷².

Y continúa, “Para aquellos que tienen atracción por personas del mismo sexo, la Iglesia Católica ofrece el siguiente consejo: Las personas homosexuales están llamadas a la castidad. Mediante virtudes de dominio de sí mismo que eduquen la libertad interior, y a veces mediante el apoyo de una amistad desinteresada, de la oración y la gracia sacramental, pueden y deben acercarse gradual y resueltamente a la perfección cristiana (...) La Iglesia llama a la castidad universal para todas las personas de acuerdo con su estado en la vida. Sin embargo, los católicos heterosexuales tienen la opción de expresar su castidad a través del amor en el matrimonio y los homosexuales pueden tener relaciones interpersonales unos con los otros, con tal de que sean célibes”⁷³.

⁷² Catecismo de la Iglesia Católica, párrafo 2357.

⁷³ Catecismo de la Iglesia Católica, párrafo 2359.

Evidentemente, la existencia de este tipo penal, se transforma en una prohibición jurídica o mejor, en la obligación penal de ser célibe, cuestión que excede la esfera de lo público y de lo que debiera ser el terreno de desenvolvimiento estatal en la consecución del “bien común”, pues evidentemente existe un ámbito en la intimidad de toda persona que el Estado no puede ni debe transgredir so pretexto de la obtención del bien común. Al hacerlo, el Estado se estaría inmiscuyendo en su esfera privada, atribuyéndose la facultad de tomar decisiones personales a su nombre, considerándole un inmaduro de pleno derecho.

Este rasgo impositivo ha sido característico de las relaciones de poder existentes entre la Iglesia Católica y sus feligreses, y se manifiesta en la actitud sesgada e intransigente que define al estilo discursivo que emplean los intermediarios de Dios para establecer directrices en los comportamientos de sus fieles. De ahí el conflicto que surge de la utilización de tales argumentos en cuestiones como las de la especie (píldora del día después, delito de sodomía, matrimonio homosexual), pues el margen de flexibilidad y adaptabilidad deseables en las concepciones jurídicas y sociales de estas materias será prácticamente nulo, transformando la moral de algunos en la moral de todos.

Conclusiones Finales

A. Planteamiento del problema. Indeseabilidad e Inevitabilidad:

Al comenzar el estudio del tema que desarrollaríamos en esta tesis, poseíamos la férrea convicción de que la inclusión de aspectos subjetivos –morales o religiosos- en las motivaciones últimas del razonamiento que realiza el juez constitucional, era algo indeseable. De una u otra manera debíase evitar esta situación, combatiéndola, o a lo menos, como ha sido nuestro caso, criticándola.

A medida que nos adentrábamos más en el fondo de la materia, hubo un giro en el modo en que *a priori* concebíamos la influencia de tales factores extrajurídicos, ya que si bien mantenemos la postura de considerarlo algo indeseable, es al mismo tiempo un hecho inevitable, si no imposible de modificar, de manera que la solución más sensata ante este escenario es transparentar la existencia de éstas; y, partiendo de esa base, ya no esperar el milagro que supondría un cambio estructural en la forma en la que el juez razona, sino que garantizar desde el principio, una pluralidad de posturas en la composición del Tribunal Constitucional; cuestión de la que no nos hacemos cargo en este trabajo, no obstante que nos parece relevante enfatizar.

B. Originalismo y sus repercusiones desfavorables en tanto método interpretativo de la Constitución:

El conducto jurídico que permitió, de una manera aparentemente objetiva, la inclusión de factores morales en los argumentos esgrimidos por el Tribunal en los distintos fallos analizados, fue el método originalista o historicista de interpretación, al que se recurre permanentemente, y cuyo valor jurídico ha sido estimado como fundamental por la doctrina nacional mayoritaria.

Desde ya esto nos acarrea un problema, pues las actas de la Comisión de Estudio para una nueva Constitución vienen impregnadas de un fuerte tinte ideológico fundado en el conservadurismo, como también de influencias propias de la fe cristiana. Junto con lo anterior, para una parte de la doctrina (aunque minoritaria) que es a la que adscribimos, tales actas carecen de todo valor, pues del cotejo de la Constitución que vio la luz el año 80 y de lo que se dejó constancia en las mencionadas actas, no hay una coincidencia absoluta, sino que muy por el contrario. De ahí la trascendencia jurídico-política de volverlas a la vida jurídica con tanto peso petrificador en la interpretación de los nuevos paradigmas sociales, los cuales exigen precisamente lo inverso: actualización y pluralismo.

C. Rol del Tribunal Constitucional y su responsabilidad social:

Frente a este escenario la existencia de un Tribunal Constitucional nos parece fundamental en razón del estado de democracia actual, en el que la Constitución debe tener un rol preponderante en la regulación de los aspectos macro y esenciales que rigen nuestra vida en sociedad, y que van adecuándose según vayan variando las concepciones que integran el conjunto de ideales subyacentes en la nación. Sin embargo, tal aspiración se ha visto menoscabada y de ello da cuenta el análisis que realizamos, pues el Tribunal Constitucional ha priorizado la extrapolación de una época de crisis institucional y con ello, los fundamentos teóricos que la sustentaban, a la época actual, generándose de esta manera, una clara disociación entre la interpretación conservadora que se basa en la historia fidedigna de la Ley Fundamental, y lo que acontece en la realidad.

D. Juez inserto en la cultura:

Así las cosas, la imparcialidad u objetividad como rasgo distintivo de la labor judicial, aparece soslayada ante la imposibilidad del juez de abstraerse de manera total o absoluta del contexto en el que se desenvuelve. No hay que olvidar que los jueces son tan partícipes de las vicisitudes sociales y políticas como cualquiera de nosotros, de manera que sus convicciones le acompañan aun cuando dice fallar en estricto derecho.

Esto último no se nos presenta como algo nocivo *per se*, siempre y cuando no se restrinja a una sola postura la representatividad constitucional de la nación al interior del Tribunal Constitucional.

E. Solución:

De esta manera, somos de la idea que debe crearse un mecanismo que permita la inclusión de pluralismo ideológico al interior del Tribunal, de modo que se contrarreste la presencia de posturas tan radicales como las analizadas en los diversos fallos, que lo único que generan es obstaculizar la actualización de una Carta Política que sigue siendo reflejo de una época distinta y enterrada.

Bibliografía

A.- Libros

- Dworkin, Ronald. “La justicia con toga”. Marcial Pons, Madrid, España, 2007.
- García Enterría, Alonso. “*La interpretación de la Constitución*”. Centro de estudios constitucionales, Madrid, España, 1986.
- Hart, Herbert. “El concepto de Derecho”. Editorial Nacional, México, 2ª Edición, 1980.
- Kennedy, Duncan. “*Libertad y restricción en la decisión judicial*”. Nuevo pensamiento jurídico, Bogotá, Colombia, 2005.
- Nino, Carlos. “*Ética y derechos humanos*”. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1989.
- Nogueira Alcalá, Humberto. “*Lineamientos de interpretación constitucional y bloque constitucional de derechos*”. Librotecnia, Santiago, Chile, 2006.
- Pereira Menaut Juan Carlos. “*Teoría Constitucional*”. Lexis Nexis, Chile, 2006.
- Sachica, Luis Carlos. “*El control de constitucionalidad y sus mecanismos*”. Ed. Temis, Bogotá, 1998.
- Valenzuela Somarriva, Eugenio. “*Criterios de hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*”. Editorial Tribunal Constitucional, 2008.

- Wroblewski, Jerzy. *“Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Ed. Civitas, Madrid.

B.- Artículos incluidos en revistas u otras publicaciones conjuntas:

- Aldunate Lizana, Eduardo. *“Aproximación conceptual y crítica al Neoconstitucionalismo”*. Revista de Derecho, vol. XXIII, N° 1, Valdivia, Chile, 2010.
- Atria Lemaitre, Fernando. *“El Tribunal Constitucional y la objeción democrática”*. Revista chilena de Derecho, vol. XX, N° 2-3, Talca, Chile, 1993.
- Bassa Mercado, Jaime. *“Contradicciones de los fundamentos teóricos de la Constitución chilena con el Estado Constitucional: notas para su reinterpretación”*. Revista de Derechos, vol. XXI, N° 2, 2008.
- Bassa Mercado, Jaime. *“Elementos teóricos para la Interpretación Constitucional. Algunas Reflexiones a propósito de Zagrebelsky y Häberle”*. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°5, Chile, 2011.
- Becca Frei Juan Pablo. *“La Imposibilidad de Construir un Concepto Científico de Constitución”*. Revista Ius et Praxis, Chile, año 12 N°2, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. *“La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”*. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. 2011.

- Cea Egaña, José Luis, “*Sobre el estado constitucional de derecho como paradigma jurídico*”. Rev. Derecho Valdivia vol. 16, Valdivia, Chile, 2004.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “*Constitución y ley interpretativa. Algunas notas sobre una paradoja y peligros relativos a este tipo de ley*”. Ius et Praxis, vol. 15 N° 2, Talca, Chile, 2009.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “*Nueva Constitución y Constitucionalismo en el Bicentenario*”. Ponencia a las XLI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- Zúñiga Urbina, Francisco. “*XI Tesis acerca de la posición del Tribunal Constitucional en la Democracia Constitucional*”. Seminario sobre Tribunal Constitucional, Fundación Chile 21, 2011.

C.- Documentos en formato electrónico:

- Bobbio, Norberto. “*Liberalismo y democracia*”.
http://alizee.uniandes.edu.co/ava/AVA_200610_Derecho_Hipertexto/doku.php?id=ius-naturalismo. Última visita 18.11.2011.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. “*Instrucción dignitas personæ sobre algunas cuestiones de bioética*”.
Http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html. Última visita 15.11.2011.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. “*Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales*”.
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith

[th_doc_20030731_homosexual-unions_sp.html](http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html). Última visita 15.11.2011.

- Catecismo de la Iglesia Católica, párrafo 2357.
http://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s2c2a6_sp.html

E.- Textos normativos:

- Constitución Política de la República. Editorial Jurídica. 2011.
- Código Penal de la República de Chile. Editorial Jurídica. 2011.

F.- Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 1881-2010, de fecha 03.11.2011, sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 102 del Código Civil.
- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol 740-2007, de fecha 18.04.2008, sobre el requerimiento de Inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”.
- Sentencia del Tribunal Constitucional chileno, Rol 1683-2010, de fecha 04.01.2011, sobre el requerimiento de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal.