

Justicia constitucional en Chile y protección de los derechos fundamentales

Claudio Nash / Paz Irrarrázabal*

La Constitución chilena establece una serie de acciones judiciales para el resguardo de los derechos fundamentales.

Una de las más importantes es el recurso de protección,¹ por medio del cual cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus derechos puede recurrir ante una Corte de Apelaciones (órgano superior de justicia en Chile, cuyo superior es la Corte Suprema), la que deberá tomar las medidas que estime pertinentes para el restablecimiento del imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer ante autoridad competente.

Este recurso, que es un avance respecto de Constituciones anteriores, que no contemplaban un mecanismo de protección de derechos de carácter constitucional, ha sido extensamente utilizado en la práctica. Sin embargo, esta acción de protección presenta dos importantes limitaciones en su formulación constitucional,

* Claudio Nash: Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos de dicha Facultad. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008). Paz Irrarrázabal: Abogada, Universidad de Chile. Investigadora, Centro de Regulación y Competencia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional, Administrativo e Introducción al Derecho en la misma Facultad. Asesora de la División Jurídica Legislativa del Ministerio, Secretaria General de la Presidencia, Gobierno de Chile entre 2003 y 2009.

1 Es importante tener en cuenta que más allá de su nomenclatura, esta acción jurisdiccional equivale a lo que en otros sistemas se conoce como acción de amparo o de tutela. El artículo 20 dispone: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.º, 2.º, 3.º inciso cuarto, 4.º, 5.º, 6.º, 9.º inciso final, 11.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º y 25.º podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes. Procederá, también, el recurso de protección en el caso del n.º 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada».

en tanto mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En primer lugar, se trata de una acción de urgencia, por lo que las decisiones que se tomen en esta sede pueden ser reconsideradas en juicios de lato conocimiento y, en segundo lugar, solo protege los derechos taxativamente señalados en el art. 20 de la Constitución, los cuales corresponden mayormente a libertades. No se protegen mediante este recurso derechos sociales, tales como el derecho a la educación o a la salud, salvo en este último caso en lo que tiene relación con la libertad de elegir el sistema de salud, privado o estatal, al cual acogerse.

Junto a esta importante acción de protección se establecen una serie de acciones especiales, que son de competencia de los tribunales ordinarios de justicia: la acción por desconocimiento —de parte de los órganos de la Administración— de la nacionalidad de una persona (art. 12) y la acción para solicitar indemnización por error judicial (art. 19, n.º 7, letra i) de las que conoce la Corte Suprema; la acción por lesión de derechos por parte de la Administración del Estado o las municipalidades, de competencia de los tribunales ordinarios de instancia (art. 38), y el recurso de amparo o *hábeas corpus*, para que toda persona arrestada, detenida o presa por infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes obtenga protección de los tribunales (art. 21). De este último recurso conocen las Cortes de Apelaciones.

Por otra parte, un segundo mecanismo vinculado con la protección de los derechos fundamentales es el control de constitucionalidad de las normas jurídicas, que en la Constitución chilena está concentrado en manos del Tribunal Constitucional. Este órgano, en democracia, ha adquirido una posición central en el sistema de justicia constitucional de Chile, transformándose en el principal referente a la hora de interpretar y aplicar la Constitución. Este Tribunal, regulado en el Capítulo VII de la Constitución, se encuentra integrado por diez miembros, en cuya designación interviene el presidente de la República, el Congreso Nacional y la Corte Suprema de Justicia.

El Tribunal Constitucional ejerce un control preventivo y represivo de los decretos dictados por el presidente de la República, ya sea a petición de este, cuando se suscita una controversia sobre constitucionalidad, o de un número determinado de parlamentarios.

Le corresponde, además, controlar siempre, y con anterioridad a su promulgación, las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, las orgánicas constitucionales y las normas de un tratado internacional que versen sobre materias propias de estas últimas. Con relación a los demás tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso, así como a las leyes comunes y de reforma constitucional, el Tribunal, antes de su promulgación, solo conocerá en caso de que así lo requiera el presidente de la República o un determinado número de parlamentarios.

En 2005 se llevó a cabo una importante reforma constitucional que, entre muchas otras materias, atribuyó al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes vigentes, lo que tuvo importantes repercusiones en el sistema de justicia constitucional.

En primer lugar, se le transfirió la facultad que ejercía la Corte Suprema para declarar las inaplicabilidades de las leyes. Actualmente es facultad del Tribunal Constitucional resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión que se siga ante un tribunal, resulte contraria a la Constitución. El Tribunal Constitucional conoce de esta materia a petición del juez o de las personas que sean parte en el juicio pendiente.

En segundo lugar, se le otorgó la facultad de resolver la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable con anterioridad. Esta declaración puede hacerla el Tribunal de oficio, reconociéndose adicionalmente una acción pública para pedir dicho pronunciamiento. La declaración de inconstitucionalidad produce la derogación de la ley, por lo que se exige un elevado quórum de cuatro quintos de sus integrantes.

Entre las repercusiones que estas nuevas atribuciones ocasionaron en el sistema, se encuentra la posibilidad que actualmente tienen las personas para acceder a este Tribunal para el resguardo de sus derechos fundamentales. Luego, la cantidad de requerimientos presentados aumentó en forma exponencial, no solo de parte de los particulares, sino, también, de parte de jueces de instancia, especialmente en materia penal. De esta forma, la mayoría de las sentencias que actualmente dicta el Tribunal Constitucional son inaplicabilidades, las que acaparan la mayor parte de su trabajo.²

Por otro lado, el control concreto de las leyes se ha transformado, en los hechos, en una nueva y última instancia judicial y ha supuesto una reconfiguración del recurso de protección. En efecto, este último se está utilizando como una vía de acceso al Tribunal Constitucional, constituyéndose en la gestión pendiente necesaria para la interposición de la acción de inaplicabilidad.

Las sentencias que se han seleccionado ejemplifican la posición que ocupa actualmente el Tribunal Constitucional, así como sus atribuciones y ciertas líneas

2 En la práctica las otras principales materias de que conoce el Tribunal son, en primer lugar, el control obligatorio y preventivo de las leyes orgánicas constitucionales y, luego, los requerimientos de proyectos de ley de los parlamentarios de la oposición al gobierno que no lograron el quórum necesario para evitar la aprobación de un proyecto de ley. En cuanto a la nueva atribución de control de constitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable se han pronunciado muy pocas sentencias, habiéndose derogado a la fecha solo tres normas (Rol 345, 681 y 1254).

jurisprudenciales que ha ido desarrollando. En dos de las sentencias estudiadas, el Tribunal conoció del asunto con motivo de requerimientos interpuestos por parlamentarios pertenecientes a partidos políticos de derecha. En ambos casos, además, el Tribunal se pronunció respecto de asuntos que habían ocasionado intensas disputas políticas.

En el primer requerimiento señalado, se impugnó el tratado internacional por el cual se reconocía jurisdicción a la Corte Penal Internacional. Este había sido aprobado por amplia mayoría en el Parlamento, sin embargo, la preocupación que dicho tratado generaba en grupos políticos vinculados al gobierno del ex dictador Augusto Pinochet, provocó la interposición del requerimiento. Esta sentencia es representativa de la jurisprudencia mayoritaria de dicho Tribunal, que plantea la jerarquía infraconstitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, y en contraste a esta sentencia, se seleccionó también una de la Corte Suprema, tribunal que ha desarrollado una jurisprudencia muy distinta en relación con la posición de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, particularmente, a propósito de casos de delitos cometidos durante la dictadura militar.

En el segundo requerimiento reseñado, se impugnó el decreto supremo que permitía la distribución de la píldora del día después de manera gratuita en los servicios de salud. La posición central que en el sistema de justicia constitucional ocupa el Tribunal quedó en evidencia en este caso, cuyo tema de fondo anteriormente había sido objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales ordinarios.³

La cuarta sentencia seleccionada se dictó con motivo de la interposición de una acción de inaplicabilidad contra una norma que permite aumentar los precios de los planes de salud del sistema privado de previsión, en consideración a ciertos criterios que se cuestionan. La vía en que se accedió al Tribunal Constitucional fue un recurso de protección. A partir de este caso se han presentado cientos de otros sobre la misma materia y por igual vía. La forma en que se resolvió el asunto también es

3 Con motivo de la interposición de un recurso de protección en contra de una resolución que concedió registro sanitario a un fármaco de compuesto levonorgestrel 0.75 mg, se pronunciaron las siguientes sentencias: sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 850-2001, del 28 de mayo de 2001; sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 2186-2001, del 30 de agosto de 2001; y sentencia del recurso de aclaración ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 850-2001, del 10 de octubre de 2001. Con motivo de la interposición de una acción de nulidad de otra resolución que concedía registro sanitario a un fármaco de igual compuesto, pero de otro laboratorio, se dictaron las siguientes sentencias: sentencia del 20.º Juzgado Civil de Santiago, Rol n.º 5839-2004, del 30 de junio de 2004; sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 4200-2003, del 10 de diciembre de 2004; y sentencia de la Corte Suprema, Rol n.º 1039-2005, del 28 de noviembre de 2005.

representativa de una doctrina mayoritaria del Tribunal, que otorga mayor reconocimiento a los ámbitos de libertad individual de los derechos fundamentales.

A continuación, nos referiremos a cada una de estas sentencias.

I. SENTENCIAS SOBRE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se seleccionaron dos sentencias que se pronuncian acerca de la incorporación en el ordenamiento interno del derecho internacional de los derechos humanos, una del Tribunal Constitucional y la otra de la Corte Suprema de Justicia.

La sentencia del Tribunal Constitucional es ilustrativa de su jurisprudencia mayoritaria desarrollada en la materia. En primer lugar, son escasas las sentencias del Tribunal que se refieren al derecho internacional de los derechos humanos. En la mayoría de los casos los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales no son parámetros que considere el Tribunal para resolver los conflictos que le son sometidos. En segundo lugar, el Tribunal carece de una argumentación comprensiva de las características y principios particulares del derecho internacional. Es así como, por ejemplo, en la sentencia que se acompaña, el Tribunal aplica, sin más, principios que rigen el ejercicio de la jurisdicción nacional a la Corte Penal Internacional, y no efectúa distinción alguna entre delitos comunes y delitos de lesa humanidad.

Jurisprudencia completamente distinta es la desarrollada por la Corte Suprema, que además de reconocer la aplicación interna del derecho internacional de los derechos humanos, se hace cargo de las particularidades de dicho ordenamiento jurídico.

Ambas sentencias sustentan sus posiciones en el art. 5 de la Constitución, que señala en su primer inciso que la soberanía reside esencialmente en la nación y su ejercicio se realiza por el pueblo mediante el plebiscito y las elecciones periódicas y, también, por las autoridades que la Constitución establece. Por su parte, el segundo inciso establece como límite al ejercicio de la soberanía, el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Con el retorno a la democracia en 1989, se efectuó una importante reforma constitucional que agregó a este artículo una oración que señala que «es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

Esta última oración ha suscitado intensas discusiones jurisprudenciales acerca de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el

ordenamiento vigente, en las que se insertan las dos sentencias seleccionadas que se revisan a continuación.

En marzo de 2002, un grupo de diputados presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional, tratado que había sido aprobado en el Parlamento por amplia mayoría. Los requirentes sostenían que el tratado implicaba una transferencia de jurisdicción a un órgano internacional, lo que suponía un atropello a la soberanía nacional.

El Estatuto de Roma que establece la Corte Penal Internacional señala que esta es una institución permanente, facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, como es el crimen de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión, y tiene carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales.

El Tribunal Constitucional declaró, en la sentencia Rol n.º 346 del 2002, que del estudio de las disposiciones del Estatuto resultaba evidente que la Corte estaba facultada para corregir lo resuelto por los tribunales nacionales y que podía incluso llegar a sustituirlos. Esto suponía una transferencia de soberanía que vulneraba el art. 5 de la Constitución, que dispone que la soberanía se ejerce por las autoridades que la Constitución establece. El Tribunal consideró que al no estar la Corte Penal Internacional establecida en la Constitución, la única forma en que podía juzgar delitos cometidos en Chile era mediante su incorporación al sistema interno, por medio de una reforma constitucional.

Con relación al segundo inciso del mencionado art. 5 de la Carta Fundamental, el Tribunal señaló que el sentido de dicha disposición era enfatizar el deber de los órganos del Estado de respetar los derechos fundamentales, pero en ningún caso suponía otorgar primacía a los tratados por sobre la Constitución. Dicha afirmación fue fundada principalmente en las normas constitucionales que sujetan a los tratados internacionales al control de constitucionalidad, así como en las normas sobre reforma constitucional que exigen altos quórum. Conforme a estos últimos, reconocer a los tratados internacionales una jerarquía superior, según lo entiende el Tribunal, abriría la posibilidad de reformar la Constitución mediante tratados que son de quórum simple, lo que resultaría inaceptable.⁴

4 Con la atribución al Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad de las leyes vigentes, se discutió sobre la posibilidad de someter a dicho control a los tratados internacionales. En sentencia del 25 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional, ejerciendo el control de constitucionalidad del proyecto de ley orgánica constitucional que regula su organización, funcionamiento y procedimientos,

Esta posición del Tribunal Constitucional contrasta con una línea jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Suprema, que reconoce la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos.

En la sentencia Rol n.º 559 del 2006, la Corte Suprema conoció de un recurso de casación en el fondo interpuesto por los querellantes del homicidio premeditado de dos jóvenes pertenecientes al Movimiento de Izquierda Revolucionaria, ocurrido a pocos días del golpe militar de 1973. El Tribunal de Instancia y la Corte de Apelaciones, si bien declararon la efectividad de los hechos y reconocieron como autores del homicidio a ex miembros de carabineros, los absolvieron por haber prescrito la acción penal para perseguir el delito.

La Corte Suprema invalidó la sentencia y señaló que se incurrió en error de derecho al no haber aplicado normas de derecho internacional que excluyeran la prescripción de los delitos objeto del litigio.

La Corte argumentó, en primer lugar, que en el momento en que se cometió el delito, Chile se encontraba en una situación de conflicto armado sin carácter internacional, lo que sustentó principalmente a partir de un decreto ley que el mismo Gobierno de facto había dictado meses antes de la comisión del delito, en el que declaraba estado o tiempo de guerra.

En esta situación, señaló la Corte, resultaban plenamente aplicables los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Tratamiento a los Prisioneros de Guerra y a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, ratificados por Chile en 1951. Agregó que si bien Chile no había ratificado la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la norma de imprescriptibilidad era de derecho consuetudinario, habiendo dicha Convención únicamente declarado la vigencia de una norma preexistente.

La Corte señaló que las normas de derecho internacional debieron haber recibido aplicación preferente, citando el art. 5 de la Constitución, que reconoce como límite a la soberanía el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana.

declaró inconstitucional la norma que excluía a los tratados internacionales vigentes de la posibilidad de ser declarados inaplicables. El Tribunal, reafirmando su jurisprudencia anterior, señaló que los tratados tienen rango de ley y, por tanto, son susceptibles del control de constitucionalidad mediante la acción de inaplicabilidad. Señaló que el Estado, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, no puede unilateralmente derogar las disposiciones de un tratado, pero que la inaplicabilidad no genera ese efecto, sino que solo tiene incidencia en la aplicación del tratado en un caso concreto. (sentencia TC Rol n.º 1288-2008).

II. SENTENCIA SOBRE DERECHO A LA VIDA (Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS)

En 2007, un grupo de parlamentarios requirieron al Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad del decreto supremo del Ministerio de Salud, que aprobaba las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, con relación a la distribución en los servicios de salud pública de la denominada píldora del día después, compuesta por levonorgestrel 0.75; del dispositivo intrauterino (diu); y de la consejería a adolescentes que, en materia de anticoncepción de emergencia, debía ser otorgada de manera confidencial.

Los requirentes señalaron que la píldora del día después y el diu producían una alteración endometrial que impedía la anidación del individuo ya concebido, lo que violaba el derecho a la vida. La regulación de estas materias por medio de un decreto supremo vulneraba, igualmente, la garantía constitucional de reserva de ley.

Por otra parte, se consideró que la utilización de dichos métodos afectaba la igualdad ante la ley, toda vez que habiéndose prohibido en otra instancia judicial el registro de un fármaco de igual composición,⁵ se producía una discriminación en la igualdad de trato que la autoridad debía dar a todos los concebidos y no nacidos frente a una misma amenaza a su derecho a nacer.

Por último, con relación a la consejería de adolescentes se señaló que se infringía el derecho y deber preferente de los padres a educar a sus hijos, que forma parte del derecho a la educación.

El Tribunal, en la sentencia Rol n.º 740, descartó pronunciarse sobre el diu y la afectación del derecho a la igualdad ante la ley, por inconsistencias y ambigüedades del escrito de los requirentes. En cuanto al derecho a la educación, señaló que las normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impedían a los padres entregarles a sus hijas la formación que desearan, por una parte, y que resultaban respetuosas de los derechos de las adolescentes, por la otra.

Dicho lo anterior, el Tribunal entró a conocer exclusivamente sobre los eventuales efectos abortivos de la píldora del día después para, de esta forma, pronunciarse acerca de la constitucionalidad de la distribución de dicha píldora por los servicios de salud. El Tribunal partió de un presupuesto, nada evidente para la doctrina

5 Se refiere a la sentencia de la Corte Suprema del 30 de agosto de 2001, Rol n.º 2186-2001. Se omite en la sentencia del Tribunal una sentencia posterior de la Corte Suprema que falla en un juicio de lato conocimiento en sentido contrario a su sentencia del 2001, Rol n.º 1039-2005 del 28 de noviembre de 2005.

nacional, de que un eventual efecto antiimplantatorio de la píldora supondría su ilegitimidad, dado su carácter abortivo.

El Tribunal, luego de revisar los distintos informes acompañados al proceso, señaló que la evidencia que proveía la ciencia médica era contradictoria, con relación al efecto de la píldora sobre la implantación de un óvulo fecundado, así como sobre el carácter de ser humano del producto de la fecundación.

En este punto, el Tribunal Constitucional incurre en serios equívocos. En primer lugar, no evalúa los informes médicos según su calidad, sino que solamente constata la existencia de posiciones contradictoras acerca del eventual efecto antiimplantatorio (análisis que sí realizan los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes en su voto de minoría). En segundo lugar, el Tribunal pretende que sean los científicos los que determinen el momento en que empieza a existir un ser humano, circunstancia imposible de demostrar «científicamente», por tratarse más bien de un tema filosófico, moral o, en último término, jurídico, para efecto de su protección.

Constatada por el Tribunal la falta de evidencia científica con relación a los efectos del fármaco y al inicio de la vida, señaló, en cuanto a este último punto, que la doctrina constitucional mayoritaria en Chile reconocía la existencia de una persona desde el momento de la fecundación. Esta posición encontraba sustento, entre otras cosas, en la protección constitucional y legal del que está por nacer, en las opiniones formuladas tanto por los constituyentes como por los parlamentarios con motivo de la discusión de distintos proyectos de ley y, además, por la protección a la vida que otorga el derecho internacional de los derechos humanos. El Tribunal sostuvo que la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, protege el derecho a la vida a partir del momento de la concepción.⁶

6 En este análisis de la sentencia se deja en evidencia la ideología conservadora de la mayoría de los integrantes del Tribunal. El Tribunal solo recoge aquella doctrina que interpreta, a partir del art. 19, n.º 1, de la Constitución, una prohibición absoluta el aborto, y no señala la existencia de aquella otra doctrina nacional que distingue entre el inciso primero que protege la vida de las personas desde el momento del nacimiento y el inciso segundo donde el constituyente atribuyó al legislador la decisión de los mecanismos de protección del que está por nacer. El Tribunal solo hace referencia a aquellos miembros de la Comisión Constituyente que querían prohibir el aborto en la Constitución y no a la mayoría de los miembros de la Comisión que se opusieron a dicha idea dejando constancia, en la historia fidedigna, de la intención de atribuir al legislador la decisión en dicha materia. También es selectivo con las citas a los parlamentarios. Las personas citadas por el Tribunal Constitucional, profesores de derecho, miembros de la Comisión Constituyente y parlamentarios, se vinculan a instituciones como la Universidad Católica o al partido político de derecha Unión Demócrata Independiente.

El Tribunal, atribuyendo la identidad de persona al producto de la fecundación y constatando que la Constitución en su art. 19, n.º 1, asegura a todas las personas el derecho a la vida, señaló que se rompía la equivalencia que en un primer análisis parecía existir entre las distintas posiciones científicas acerca de los efectos de la píldora. Ello se debía a que una de dichas posiciones producía un resultado inconstitucional, mientras que la otra no.

De esta forma, el Tribunal consideró que las pruebas científicas planteaban una duda razonable acerca de un posible efecto antiimplantatorio de la píldora y, en consideración al principio pro persona, debía privilegiarse aquella interpretación que favorecía el derecho de la persona a la vida, declarando, en consecuencia, la inconstitucionalidad de las normas del decreto que permitían la distribución de la píldora en los servicios de salud pública.

Esta sentencia supone un retroceso en el desarrollo de una jurisprudencia constitucional respetuosa de los derechos humanos, en primer lugar, al omitir a las mujeres como un sujeto de derecho relevante. El Tribunal se centra en la posible afectación del derecho a la vida del embrión, sin siquiera mencionar la posibilidad de que otros derechos fundamentales pudiesen estar involucrados en el presente caso. En este sentido, la sentencia adolece de graves defectos desde el punto de vista de los criterios de interpretación constitucional.⁷

No hay referencia alguna en la sentencia a derechos inevitablemente involucrados en la cuestión del acceso a la píldora del día después. Tal es el caso de la dignidad de la mujer, su derecho a la vida e integridades física y síquica, su derecho a la salud, a la privacidad, a la libertad de pensamiento, a la igualdad⁸ y a los derechos sexuales y reproductivos reconocidos, tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Como señaló la profesora Yanira Zúñiga,⁹ desde un punto de vista lógico, no hay contradicción en afirmar la subjetividad de las mujeres y del *nasciturus* a la

7 Solo en el voto disidente del Ministro Hernán Vodanovic se hace un tratamiento de los derechos de la mujer: «Esta disidencia sostiene que el *nasciturus* no es titular de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que la Carta Fundamental no prohíbe el aborto, que los derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, que el interés preponderante —si existiere un conflicto de valores de relevancia constitucional— recae en los derechos fundamentales de la mujer».

8 La sentencia produce graves consecuencias para el respeto del derecho a igualdad. Estando autorizada la comercialización del fármaco pero no su distribución gratuita en el sistema de salud público, en Chile actualmente solo se puede acceder a este mediante su compra en farmacias.

9 ZÚÑIGA AÑAZCO, Yanira y BORDALÍ SALAMANCA, Andrés: «Análisis del fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después», en *Anuario de Derechos Humanos* n.º 5, año 2009, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 173 a 182.

vez, pero tal aproximación hubiera implicado calificar el asunto planteado por los recurrentes como un problema de coalición de derechos de distinto titular (aun cuando uno de ellos todavía no es persona, en tanto titular de derechos) y no como termina haciéndolo el Tribunal Constitucional. Para este el asunto se reduce a un problema de limitación de derechos de un solo sujeto, a saber, el derecho a la vida del feto. Pero incluso en este último caso, siguiendo a la misma autora, era necesario satisfacer ciertas exigencias de fundamentación que requiere el principio de proporcionalidad, ponderando finalidades constitucionalmente legítimas, tales como la eficacia de una política de prevención del embarazo adolescente o una política destinada a disminuir los efectos negativos del aborto.

III. SENTENCIA SOBRE DERECHOS SOCIALES

La última sentencia seleccionada, Rol n.º 976-07 del 2008, es excepcional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por cuanto reconoce y argumenta ampliamente con relación a la protección de los derechos sociales. Sin embargo, esta argumentación desarrollada en los considerandos de la sentencia no es incorporada a la hora de resolver, en definitiva, el conflicto sometido al Tribunal, el cual vuelve a su jurisprudencia tradicional de protección de libertades individuales.

En este caso, una mujer interpuso un recurso de protección ya que con motivo de haber cumplido 60 años de edad, la institución de salud previsional (ISAPRE) a la que se encontraba afiliada aumentó considerablemente el costo de su plan de salud.

Mediante una acción de inaplicabilidad se impugnó ante el Tribunal Constitucional la disposición de la ley de las ISAPRE, que permite a dichas instituciones el aumento del precio del plan en consideración a una tabla que estas elaboran, sobre la base de una estructura fijada por la Superintendencia, que pondera los factores sexo, condición y edad de los cotizantes.

La requirente señaló que la aplicación de la mencionada disposición vulneraba las garantías constitucionales a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la propiedad.

El Tribunal, innovando en su jurisprudencia, se refirió extensamente a los derechos sociales. El reconocimiento y caracterización de los derechos sociales que el Tribunal efectuó en esta sentencia supone un significativo avance en la protección de los derechos humanos en la justicia constitucional chilena.

El Tribunal señaló que los derechos sociales, que emanan de la dignidad de toda persona, se caracterizarían por ser derechos propiamente tales y no simples

declaraciones o meras expectativas, cuya materialización, por tanto, no puede depender de las disponibilidades presupuestarias del Estado.

Señaló a continuación que los derechos sociales permiten exigir ciertas prestaciones de los sujetos obligados. Al respecto, citando doctrina extranjera, agregó dos consideraciones fundamentales. En primer lugar, se refirió a que los derechos sociales no son derechos de una naturaleza necesariamente distinta a los derechos civiles o políticos. Así citó, como ejemplo, que entre los derechos civiles más básicos se encuentran también derechos de prestación, como el derecho a un juicio imparcial. En segundo lugar, señaló que existen derechos de contenido social que resultan directamente exigibles.

Agregó que la realización de los derechos sociales se encuentra estrechamente vinculada al respeto de otros derechos. Así, el derecho a la protección de la salud se haya sustancialmente ligado al derecho a la vida y a la integridad, tanto física como síquica.

A continuación, el Tribunal volvió a innovar respecto a su jurisprudencia tradicional que ha otorgado amplia protección de las libertades individuales, reconociendo incluso limitaciones a dichos derechos para la protección, esta vez, de los derechos sociales. Se refirió, además, a que la obligación de respetar y garantizar los derechos sociales no solo correspondía al Estado, sino, también, a los particulares, debido a la supremacía constitucional que obliga a toda persona y a la intangibilidad de los derechos fundamentales.

En un argumento que resulta fundamental a la hora de regular ciertas actividades económicas de los particulares que recaen en ámbitos especialmente sensibles para la realización de los derechos sociales, el Tribunal agregó que el deber de los privados de respetar y promover los derechos era especialmente exigente con respecto a aquellos sujetos a los cuales la Constitución les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos, como ocurre con las instituciones de salud previsional con relación al derecho a la salud. Señaló que el desarrollo de las actividades empresariales y el ejercicio del dominio se encuentran sujetos a límites y obligaciones legítimas que derivarían de la función social de la propiedad. Por último, en este punto agregó que en la celebración de contratos, los privados debían respetar lo establecido en la Constitución, por lo que no se podían incorporar cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos.

Luego de esta extensa argumentación respecto a los derechos sociales, el Tribunal se refirió a la afectación que la disposición impugnada producía al derecho a la igualdad y a la libre elección del sistema de salud.

El Tribunal descartó el alegato de la requirente en cuanto a que el legislador habría establecido una diferencia arbitraria al autorizar a las ISAPRE para ajustar los precios de los contratos de salud vigentes, considerando como factores la edad y el sexo de los beneficiarios. Señaló que la sola consideración de estos factores no permitía sentenciar la existencia de discriminación, toda vez que estos eran criterios objetivos y de general aplicación.¹⁰

Se señaló, en cambio, que constituía una discriminación la magnitud del aumento del precio del plan en el caso particular de la mujer que había recurrido, por lo que la ley que permitía a la ISAPRE aplicar dicha diferencia debía declararse inconstitucional.

Sin embargo, en definitiva, el Tribunal declaró que acoge el requerimiento solo con relación al derecho de salud y en cuanto a que la aplicación de la ley afecta el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud privado. El significativo aumento en el precio del plan, unido a la situación desmedrada en que se encontraba la requirente, suponía un atentado a su derecho a mantenerse afiliada al sistema previsional privado de salud.

Esta decisión final no supone una contribución sustantiva para el fortalecimiento de los derechos fundamentales de todas las personas. El Tribunal retoma su línea jurisprudencial que otorga una posición central a la protección de los ámbitos de libertad de los derechos, que en este caso tiene sentido para aquellos que pueden escoger el sistema de salud, y da a entender que constituye una amenaza al derecho de salud el no poder mantenerse en el sistema privado. No se trató, en definitiva, de defender un acceso igualitario a prestaciones adecuadas en la protección de la salud de todas las personas.

10 Esta argumentación fue modificada en las sentencias que posteriormente se pronunciaron sobre la misma materia, acogiendo el Tribunal el alegato de discriminación arbitraria de la ley por permitir que, por el solo hecho de que una persona cumpla edad, aumente el precio de su plan de salud. Además, en estas sentencias el Tribunal ha señalado que la ley de las ISAPRES afecta el derecho a la seguridad social. Así, por ejemplo, sentencia Rol n.º 1287-2008 del 2009.