



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Ciencias Sociales
Magíster en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad



El Tribunal Constitucional: Observaciones sobre su procesamiento de riesgo en relación a casos de alta connotación pública en el Chile actual.

Tesis para obtener el grado de Magíster en Análisis Sistémico Aplicado a la Sociedad

FELIPE PÉREZ SOLARI

Profesor Guía:

DR. MARCELO ARNOLD-CATHALIFAUD

Investigación desarrollada dentro del marco de la beca de Capital Humano Avanzado del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología - CONICYT

Santiago de Chile, Enero de 2014

*Por una Nereida pude llegar a puerto; mas no
aún al fin de mi viaje.*

We no longer belong to the family of tragic
heroes who subsequently found that
they had prepared their own fate.
We know it beforehand.

Niklas Luhmann, *Observations on Modernity*

Agradecimientos

Es completamente necesario expresar la deuda y gratitud con la gran cantidad de personas que hicieron posible esta investigación. Se puede comenzar por los chicos del Equipo Editorial de *Sistemas Sociales*, Dušan Cotorás, Esteban Gómez y Esteban Cofré quienes siempre estuvieron dispuestos a escuchar mis desvaríos o entregar la siempre necesaria carcajada, por último a Julio Labraña por ser compañero; amigo de dudas y discusiones, muchas veces sistémicamente bizantinas. Lo mismo al equipo del Magíster en Análisis Sistémico, particularmente a Karen Rosenfeld y Mirza Yáñez por hacer agradable un ambiente de trabajo cuando los temas a estudiar/trabajar no siempre lo eran. De igual manera, a César Mariñez, quien siempre se hizo el tiempo para escuchar ideas que a veces terminaron en algo, muchas otras en puro aire. También quisiera agradecer a Nathaly Mancilla, quien pacientemente y con mucha destreza me guio por los laberintos del derecho constitucional. En estas líneas no puedo olvidar a Viviana Godoy, Sergio Alcayaga y Diego Alarcón, a ellos también las gracias.

A mi familia tanto en Chile como en Uruguay, sobre todo a mi abuela Inés.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología –CONICYT– y su beca de Capital Humano Avanzado por posibilitar continuar mis estudios de posgrado.

Imposible no mencionar a los que desde miles de kilómetros a la distancia también hicieron posibles estas páginas, demostrando el viejo axioma referente a que la comunicación va más allá de la presencia física. Kim Andersen desde Dinamarca; Paloma González Bosque y los profesores Hugo Cadenas y Anahí Urquiza desde Alemania.

Tampoco es posible olvidar a la Profesora Cecilia Dockendorff, quien de manera constante ha apoyado mis ideas y proyectos, instándome siempre a llevarlos a cabo. Una especial mención merece mi maestro el Profesor Fernando Robles, de quien aprendí la teoría y me urgí a estudiar en el MaSS. A él las gracias por darse el tiempo y tener la paciencia hasta el día de hoy de responder a las ideas más descabelladas con crítica sabiduría.

De igual manera, a Natalia Reveco pues tomó para sí la dura tarea de leer pacientemente todo este escrito, detectando variados errores que había pasado por alto, más todavía cuando ya realizó dicha tarea con mi tesis de pregrado....espero cumplir la promesa de que lo hará también, en su momento, con la de doctorado.

Quisiera agradecer también al Profesor Marcelo Arnold, quien dirigió esta investigación, y a lo largo de este trabajo me enseñó el profundo significado de situar el ojo del observador sobre problemas, siendo esto un gran desafío a una nueva forma de estudiar e investigar.

Por último, a Aldo Ernesto Solari, quien pienso me hubiera discutido cada línea de esta investigación.

Resumen

Las constituciones en la modernidad han cumplido la función de separar el derecho de la política, brindando a ambos criterios de legitimidad procedimental en su operar. Por un lado, el derecho puede dictaminar en base a la ley decisiones sobre lo legal/ilegal utilizando al poder para llevar su dictamen más allá de sus límites; por otro, la política se desprende del problema de la soberanía al constituir la idea de pueblo soberano, asignando el uso del poder anclado a la ley. Todo lo anterior, se entiende en el marco de la creación de derechos fundamentales contenidos en las constituciones que buscan reglamentar los derechos inalienables de cada ciudadano, tanto en su relación con el Estado como con otros actores sociales. De esta manera, derechos como *habeas corpus*, a la vida, a la libertad, a la propiedad privada, a la autodeterminación individual, a la salud, a la educación, entre otros, se vuelven relevantes.

En los años veinte del siglo pasado, Hans Kelsen sostuvo la necesidad de crear tribunales especializados, que mantuvieran la Constitución como la suprema norma del sistema jurídico. Debían tener la potestad de *legisladores negativos*, capaces de expulsar cualquier precepto legal que fuera en contra de la norma primera. Así en su Austria natal se creó el primer Tribunal Constitucional (TC) del mundo, diseminándose la idea después de la II Guerra Mundial a raíz del trauma de las experiencias fascistas italiana y alemana. Así, la tarea de estos tribunales es resguardar la Constitución como norma primera, asegurando el goce de los derechos fundamentales contenidos en ella.

El actual Tribunal chileno existe desde la aprobación de la Constitución de 1980. Con la última reforma constitucional del año 2005, se ha visto enfrentado a casos de alta connotación pública que representan una novedad en el derecho constitucional vigente. Procesos que se relacionan con los derechos homosexuales, la relación entre privados y particulares en el derecho a la salud, la privacidad de la información o políticas públicas relacionadas con la fertilidad han sido materia de sentencia. En otras palabras, existen derechos especialmente sensibles para la población que son factor de decisión judicial. De esta manera, se construye una relación entre decidores y afectados, donde los primeros deben considerar los impactos de su decisión.

Esta última tensión en el Tribunal Constitucional –decidores/afectados- no ha logrado ser especificada conceptual y operacionalmente. En general, al Tribunal lo han considerado una herencia anti-democrática o un organismo de control de los poderes del Estado, olvidando su relación con el aseguramiento de los derechos fundamentales. Por ello esta investigación busca caracterizar al Tribunal Constitucional chileno como organización y su operación en casos de alta connotación pública relacionados con derechos fundamentales socialmente sensibles, considerando la forma de procesar el riesgo de los impactos de las decisiones relacionadas con estos derechos.

Palabras Clave: Sistema Jurídico, Constitución, Tribunal Constitucional, Derechos Fundamentales.

Índice

Agradecimientos	4
Resumen	5
Índice de Cuadros	10
Introducción	11
Presentación	11
Enfoque epistemológico y Abordaje metodológico.....	13
Plan de Exposición.....	15
Capítulo I. Derecho y procesamiento del riesgo en la sociedad contemporánea.	17
I.I Introducción	17
I.II La función del derecho en el procesamiento de riesgo de la sociedad: Constitución y Derechos Fundamentales.	18
I.III Tribunales Constitucionales como adquisición evolutiva en el procesamiento de riesgo por medio del derecho.....	25
I.IV. Síntesis.....	29
Capítulo II. El Tribunal Constitucional chileno como organización	30
II.I Introducción	30
II.II Un modelo de observación del Tribunal Constitucional chileno como organización.....	32
II.III La evolución del Tribunal Constitucional chileno: La Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado como constituyentes.	37
II.III.I Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o Comisión Ortúzar:	37
II.III.II Consejo de Estado de la República:.....	41
II.IV La evolución del Tribunal Constitucional chileno: La Reforma del año 2005 y el 'nuevo Tribunal`	44
II.V La forma de las decisiones del Tribunal Constitucional chileno.....	49
II.VI. Síntesis	51

Capítulo III. Observación y procesamiento de riesgo en fallos de alta connotación pública en el Chile actual dirimidos por el Tribunal Constitucional.....	53
III.I Introducción.....	53
III.II Casos de alta connotación pública en el Chile actual (post reforma constitucional del año 2005).....	55
III.III El caso de la <i>píldora del día después</i> como representación de procesamiento de riesgo por parte del Tribunal Constitucional	62
III.IV Estructuras de distribución y operación del medio del derecho como marco de observación del procesamiento de riesgo en el Tribunal Constitucional.....	64
III.IV. Síntesis.....	68
Capítulo IV. La <i>píldora del día después</i>: actores involucrados y sus argumentaciones en el proceso.	69
IV.I Introducción.....	69
IV.II Procesos judiciales previos que involucran a la <i>píldora del día después</i>	71
IV.III Argumentaciones de los actores en el proceso de la <i>píldora del día después</i>	75
IV.III.I Diputados requirentes	76
IV.III.II Respuesta del Gobierno.....	77
IV.III.III Contraloría General de la República.....	79
IV.III.IV Mujeres usuarias de los métodos anticonceptivos impugnados	79
IV.III.V Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER).....	80
IV.III.VI Diputados bancada PS-PPD-PRSD-DC en conjunto con cuatro RN	81
IV.III.VII Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA)	81
IV.III.VIII Colegio de Químico Farmacéuticos de Chile (A. G.).....	82
IV.III.IX Aclaración de Jorge Reyes, como abogado patrocinante de los diputados liderados por José Antonio Kast e informe bioético de Patricio Mena.....	82
IV.III.X Muévete Chile.....	83
IV.III.XI Red por la Vida y la Familia e informe de profesores UCSC	84
IV.III.XII Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana	85
IV.III.XIII Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia (SOGIA).85	
IV.III.XIV Profesores Universidad de los Andes, José Antonio. Arraztoa y Maritza Busquets	86

IV.III.XV Universidad de Chile por medio de su Facultad de Medicina	86
IV.III.XVI Fundación Instituto de Estudios Evangélicos	88
IV.III.XVII SalcoBrand, objeción de conciencia y privación del ejercicio a la libre empresa	89
IV.III.XVIII Asociación por los Derechos Civiles (ADC) – Argentina	89
IV.III.XIX Organización Mundial de la Salud.....	90
IV.III.XX Conferencia Episcopal y Pontificia Universidad Católica de Chile.....	90
IV.IV Argumentos sobre la necesidad de inhabilitación de algunos ministros por parte de los defensores del Decreto Supremo.....	97
IV.V. Síntesis	99
Capítulo V. Procesamiento de riesgo del Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día después.....	100
V.I Introducción	100
V.II Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día después: Votos de mayoría, concurrentes y disidentes..	102
V.II.I Voto de mayoría: Ministros José Luis Cea, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y Marisol Peña Torres.	102
V.II.II Prevención del Ministro Raúl Bertelsen Repetto.....	105
V.II.III Votos Concurrentes.....	106
V.II.III.I Ministro Mario Fernández Baeza.....	106
V.II.III.II Ministro Marcelo Venegas Palacios.....	106
V.II.IV Votos de minoría.	107
V.II.IV.I Ministro Juan Colombo Campbell (presidente).....	107
V.II.IV.II Ministro Hernán Vodanovic Shnake.	109
V.II.IV.III Ministros Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes.	111
V.III Procesamiento de riesgo por parte del Tribunal Constitucional en el caso de la <i>píldora del día después</i>	115
V.IV. Síntesis	121
Conclusiones.....	122
⌈	123
⌈⌈	125

777	127
Bibliografía	129

Índice de Cuadros

Cuadro 1: Dimensiones de operación de una organización.....	35
Cuadro 2: Configuración de la distinción riesgo/peligro en la Comisión Ortúzar	40
Cuadro 3: Configuración de la distinción riesgo/peligro en la Reforma Constitucional del año 2005	47
Cuadro 4: Dimensiones de operación organizacional del Tribunal Constitucional.....	52
Cuadro 5: Tipos de argumentos presentes en los actores involucrados en el proceso de la PDD	93
Cuadro 6: Votos del TC en relación al estatus de la PDD y su observación de la distinción riesgo/peligro.....	119

Introducción

Draw a distinction
George Spencer-Brown

Presentación

La modernidad política comienza con la crisis de la figura del soberano, especialmente después de la Revolución francesa. La *razón de Estado* que servía de guía y se encontraba por sobre la moral y la sociedad (Machiavelli, 1964), difícilmente podía enfrentarse a los cambios estructurales de la Revolución Industrial y la crisis del *Ancien régime* como modo de operación de la sociedad (Moore, 2002). Así arrancan las constituciones como mecanismos que buscan reglamentar la relación entre derecho y política, superando la idea de soberano contenida en una persona hacia la idea de pueblo o nación, en lo que se conoce como ordenamiento liberal (Thornhill, 2011).

Con el avance de los fascismos en Europa la diferencia entre derecho y política nuevamente fue concebida como un problema. Tanto el régimen Nazi como el Fascista consideraron al derecho como una institución a demoler en pos de la figura del líder que guía al pueblo, la democracia liberal fue considerada decadente ante el avance del comunismo y la idea de pueblo subsumió cualquier diferenciación sobre la autodeterminación individual. En el caso alemán, la violación de los derechos fundamentales, que se habían constituido como un horizonte normativo, fue reemplazada por el terror como método de control social ante la instauración de una sola idea política (Baecker, 2013a). Aunque la discusión sobre su rol es anterior (Kelsen vs Schmitt), después de la II Guerra Mundial los tribunales constitucionales (TC) comenzaron a introducirse en las renovadas democracias europeas, difuminándose la discusión sobre su necesidad por el mundo. Con ellos se buscaba un organismo técnico-jurídico que reflexionara sobre la jerarquización de las leyes en base a la mantención de la Constitución como norma primera, la delimitación del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales individuales.

El Tribunal Constitucional por excelencia pasó a ser el alemán, manteniendo el resguardo de los derechos fundamentales y el respeto a la Constitución (Saña, 1980; Borowski, 2003). Sentencias como la prohibición del *Sozialistische Reichspartei* o del *Kommunistische Partei Deutschlands*, el escándalo *Spiegel*, la derogación de la ley de aborto, el tratamiento de la primera generación de la *RAF* (Schwabe, 2009), sirven de ejemplo sobre los impactos político-jurídicos de las decisiones de un organismo de este tipo.

Como veremos en esta investigación, América Latina se enmarca dentro de la discusión

sobre la necesidad de este tipo de organismos después de la II Guerra. En Chile, después de su fugaz existencia en el gobierno de Salvador Allende, es recuperado en la redacción de la actual Constitución de 1980, manteniéndose casi sin cambios hasta la reforma constitucional del año 2005 emprendida por el entonces presidente de la República Ricardo Lagos Escobar. Desde su última reforma ha lidiado con variados casos de alto impacto público, entre ellos se encuentran algunos relacionados con los llamados derechos homosexuales, reproductivos o a la privacidad. Así, por distintas vías judiciales el Tribunal se vio obligado, en su momento, a decidir sobre materias contradictorias y muchas veces polémicas. Dado lo anterior, consideramos que se despliegan al menos tres lógicas interesantes de investigar en las operaciones del TC chileno: (i) la existencia de fenómenos nuevos que urgen una reflexión sobre los derechos fundamentales y la Constitución; (ii) la forma en que se construye la decisión en la relación entre decidores y afectados, es decir, cómo se ensambla una decisión jurídica que debe lidiar con consecuencias contradictorias al ponderar derechos fundamentales y (iii) el rol y equilibrio de los diferentes poderes del Estado, por ejemplo, en la generación de legislación y su relación con la norma primera.

En nuestro país los tres puntos mencionados no han sido preocupación de la sociología. Si bien, como veremos, ha existido un antiguo y amplio debate sobre el lugar de la Constitución en la configuración del sistema político chileno y sus consecuencias, el TC no ha sido materia de análisis. En otras palabras, la organización que reintroduce dentro de sí a la Constitución como horizonte de reflexión, articulando decisiones que afectan al sistema jurídico en distintos ámbitos, permanece opaca para las ciencias sociales en general, a excepción por supuesto, del derecho. Dicho esto, configuramos el objetivo general de esta investigación como:

- *Caracterizar desde la teoría de sistemas sociales las construcciones de riesgo y su procesamiento en las sentencias del Tribunal Constitucional en casos de alta connotación pública en el Chile actual.*

Con esto buscamos acercarnos a describir y caracterizar los tres puntos mencionados. De aquí, se vuelve especialmente relevante relacionar un apronte combinatorio entre sociología del derecho y análisis organizacional, pero desde la observación de la propia organización por medio de sus sentencias (decisiones). Elegimos la teoría de sistemas, previa justificación, para nuestro análisis por las potencialidades de mezclar ambos enfoques. Así, configuramos al TC dentro de sus propias lógicas operativas, más allá de lo que la prensa o la opinión política digan de él. Por tanto, nuestros objetivos específicos se configuran de la siguiente manera:

- I) Especificar las características del TC chileno desde la teoría de sistemas sociales, así como su modelo de control constitucional.

- II) Identificar los criterios socio-organizacionales de toma de decisiones en el TC chileno.
- III) Caracterizar el proceso legal de la *píldora del día después* como caso de alta connotación pública representativo de procesamiento de riesgo.
- IV) Caracterizar construcciones de riesgo en el caso mencionado, identificando referencias al medio derecho o a prestaciones de otros sistemas sociales.

Como se verá a lo largo de esta investigación, la elección de esta forma de llevar a cabo el objetivo general no es casual. Los tribunales constitucionales se enmarcan dentro del control concentrado de la Constitución en base a sus prerrogativas como tribunal. De esta forma, se articula una relación entre lo que se va a decidir, la reflexión de la norma primera y su develar en el sistema jurídico. Se entregará también un panorama general de lo que se entiende por casos de alta connotación pública y las razones de elección del proceso judicial de la *píldora del día después* (PDD) como representativo del procesamiento de riesgo que realiza el Tribunal.

Enfoque epistemológico y Abordaje metodológico

La ciencia moderna desde sus comienzos ha discutido el problema de la relación entre el sujeto que conoce y el 'objeto' que intenta conocer. Esto se puede rastrear desde la articulación del modelo cartesiano de conocimiento en la Europa continental, anclado en la deducción y la descripción de un mundo posible de explicar por la operación del *ego cogito* (Berman, 2001; Descartes, 2005), en contraposición a una forma inductiva y sujeta principalmente a la observación empírica y proto-utilitarista, siendo el principal exponente de esta última Francis Bacon (Merton, 1984; Monares, 2005). Por otro lado, algunos autores han cuestionado la relación ciencia/realidad por otros medios. Los más importantes han surgido desde el giro *historicista* de la epistemología abierto por Thomas Kuhn (2010), continuado por Imre Lakatos (1989) y Paul Feyerabend (1982; 1986), discutiendo desde distintos ámbitos la relación mencionada desde las propias maneras de la investigación científica. En otras palabras, difícilmente la epistemología podrá sostener que la ciencia sí establece punto por punto una condición de relación lógica con lo que describe, más bien discutirá las estructuras que los científicos observan como *conocimiento científico*, a pesar de los esfuerzos de algunos de clasificar qué ciencia es 'más científica' que otra -o que posee un paradigma más poderoso- (Bunge, 1998).

El constructivismo ha dado un nuevo brío a la discusión sobre la construcción de conocimiento, sosteniendo primeramente que la realidad es una caja negra imposible de adscribir. En términos de von Glasersfeld (1993), una cerradura que no conocemos pero de la que podemos crear una llave para abrirla, sin saber con certeza su funcionamiento. Con

lo anterior la dicotomía ciencia/realidad se reintroduce en lo que el observador es capaz de construir desde sí mismo, considerando los puntos ciegos y las imposibilidades de su propia observación. Se hablará que el observador no hace más que *re-computar* la realidad al no tener ningún acceso privilegiado a ella (von Foerster, 2003a).

Si la asociación ciencia/realidad se ha problematizado al nivel que el observador no tiene ningún privilegio, incluso quedando fuera la clásica respuesta sociológica de inspiración neokantiana de los tipos ideales que no son la realidad pero buscan interpretarla bajo un marco analítico (Freund, 1973; Kocka, 1989; Weber, 1996), nuestra propuesta no es un *anything goes* científico como lo propuso Feyerabend (1986), sino reflexionar sobre dos ámbitos: I) la construcción de la ciencia en la modernidad como articulador de los contenidos que son aceptados como verdad en la sociedad y II) las posibilidades de enmarcarla con su racionalidad propia y desde allí considerar qué criterios son verdad para la propia ciencia, sin ningún tipo de consideraciones ontológico-metafísicas.

A pesar de las críticas que se le puedan hacer a la ciencia y sus impactos en la sociedad a niveles de ideología (Habermas, 2010) o de crisis de relato (Lyotard, 2008), por nombrar algunos, sigue siendo el sistema social encargado de construir conocimiento valedero, con la salvedad que siempre desde sus propias reglas y métodos: difícilmente podría ser de otra forma (Luhmann, 1996a). De allí que la pregunta guía se oriente a cómo hacer ciencia con un marco constructivista de aproximación a una realidad, como dijimos ya no ontológica, sino con marcos de referencia específicamente científicos. Para resolver el problema anterior optamos por la *sociopoiésis* (Arnold, 1998, 2003, 2006), iniciativa que coherentemente se hace cargo de la paradoja del construir conocimiento sin considerar a la realidad como horizonte ideal ni la relación sujeto/objeto eje de la observación (Arnold & Robles, 2000), sino a una ciencia que se construye en la sociedad misma, debiendo lidiar con criterios de autoimplicación al elaborar verdad –siempre contingente y posible de cambiar. De otra manera, la explicación científica es la que realizan los científicos en su propia forma de construcción de la realidad por medio del lenguaje (Maturana, 1995).

Desde el progresivo despliegue de la teoría de sistemas como paradigma de observación científica, sostenidamente se ha enfrentado a la crítica de carecer de una metodología acorde al trabajo de la sociología. Muchos autores centran lo anterior en los obstáculos epistemológicos que la misma teoría ha identificado en la construcción de la arquitectura teórica, sean estos 1) que la sociedad está compuesta de hombres concretos y sus relaciones; 2) que se integra por medio del consenso entre seres humanos; 3) que son unidades territoriales delimitadas o 4) que pueden observarse desde el exterior como grupo de seres humanos o territorio (Luhmann, 2007:11-12). Lo anterior, como dijimos, tiene un fuerte impacto en la construcción de metodologías, principalmente porque los obstáculos poseen un amparo epistemológico constructivista operativo que cuestiona cualquier tipo de saber que no emane de una observación (von Foerster, 2003a).

La elección de un tipo de metodología no resulta fácil, menos a la hora de tener que ser coherente con el prisma completo de observación, es decir, ser constructivista, observador de segundo orden y construir problemas desde el método funcional-estructural. Algunos autores ya han incluido sus reflexiones en relación a la forma de investigación sistémica, de

ellos podemos nombrar principalmente a Marcelo Arnold (1997, 1998, 2003, 2006; & Robles 2000), de quien rescataremos su noción de sociopoiésis; Fernando Robles (2006a, 2011, 2012) quien permite reflexionar ampliamente sobre la operación de la observación de segundo orden y los errores de la metodología cualitativa, así como de Aldo Mascareño (2006a, 2006b, 2010) y sus ideas sobre la coherencia entre método y obstáculos epistemológicos. Consideramos que los importantes aportes de Besio y Pronzini (2008) sobre la relación entre teoría de sistemas y un apronte hacia los estudios empíricos, Morten Knudsen (2010, 2011) con la reflexión sobre el método funcional y la operación de la observación de distinciones y Niels Åkerstrøm Andersen (2003) quien sostiene la posibilidad de dar cuenta de la operación de los sistemas identificando *distinciones guía*, son totalmente coherentes con las propuestas anteriores, y serán pauta en la metodología de la investigación en lo que se define como la búsqueda de distinciones guía en el operar de la observación de primer orden.

La orientación de nuestra investigación, por tanto, es cualitativa y los datos a trabajar son documentales, principalmente análisis de jurisprudencia y sentencias judiciales. La técnica de investigación se fundamentará en la articulación del método funcional en base al esquema problema/posibles soluciones (Luhmann, 1973). Esto será nuestro norte en la búsqueda de mantener una coherencia entre los axiomas teóricos a desarrollar y el tratamiento de la información. Dejaremos de lado la explicación causal pues no toma en cuenta la complejidad del fenómeno observado, optando por una explicación de tipo cibernético que trastoca la idea de explicación en base a variables relacionadas de forma lineal (Bateson, 1985). Constantemente nos referiremos a este esquema a lo largo de toda la investigación.

Plan de Exposición

La investigación comienza cuestionando la relación entre derecho y política, su conexión con el nacimiento de las constituciones y el riesgo que procesan por medio del derecho. Continúa con una problematización del fenómeno a la luz de los diagnósticos de la sociología clásica y contemporánea. Después de justificar la elección de la teoría de sistemas sociales, se sostiene un apronte de los tribunales constitucionales como adquisición evolutiva en la pregunta sobre el procesamiento de riesgo identificado.

El segundo capítulo, busca constituir al TC chileno como organización. Con este fin se construye un modelo de observación organizacional que retoma las discusiones del constituyente y el legislador sobre los problemas a tratar por el tribunal, así como los riesgos y peligros identificados que debían estar entre sus potestades. De esta manera, se identifican los diferentes énfasis en la discusión para posteriormente observar cómo, sintéticamente, ha posicionado la teoría del derecho la forma que toman las decisiones del

Tribunal.

El tercer capítulo abre la discusión sobre las decisiones en el TC como organización. En primer término, se configura lo que se define como casos de alta connotación pública, sean estos casos donde opera una jerarquización de derechos fundamentales en un marco de elecciones trágicas al seleccionarse un derecho de este tipo por sobre otro. En la misma línea, elegimos la *píldora del día después* (PDD) como caso representativo de connotación pública, considerando posible observar cómo se posiciona el derecho ante distintos tipos de argumentos, sean científicos, morales, religiosos, políticos, etc.

En el cuarto y quinto capítulo se expone todo el proceso judicial de la PDD. Se comienza identificando el origen de la querrela legal y sus participantes, para posteriormente exponer e identificar a los actores involucrados y sus argumentos. En el último capítulo, se exhiben el voto de mayoría y los de minoría, observando cuáles fueron las posibilidades de elección en tensión y cómo se configuraron para elegir, teniendo en cuenta también el rol asignado a los afectados.

El documento cierra dando cuenta de cómo se llevaron a cabo los objetivos de la investigación y las consecuencias de los resultados obtenidos.

Capítulo I

Derecho y procesamiento del riesgo en la sociedad contemporánea.

I.I Introducción

Al derecho se le adscribe desde diversos ámbitos el poder de reglamentar la sociedad, generar integración, mantener estable una moral y/o inscribir criterios de racionalidad en la sanción de ciertas prácticas. Por otro lado, la sociología ha diagnosticado desde distintas posiciones la dificultad de la sociedad actual de articular un centro que resuelva los problemas que han generado la modernidad, la modernización capitalista, la crisis de los metarrelatos o, entre otros, el avance tecno-científico. Así, la relación entre función/problema a resolver se vuelve paradójica ante un derecho al que se presiona porque regule y una sociedad que genera problemas cada vez más sofisticados y complejos. Más aún, cuando el rol de la política sigue siendo considerado como central en la articulación del cambio social, debiendo regirse por el derecho para mantener operativamente su legitimidad. Para realizar esto último, se han creado las constituciones como sofisticados artefactos que regulan la relación entre derecho y política, resguardando a los ciudadanos bajo derechos fundamentales ante el peligro del desborde del poder. Pero por evolución, en algún momento fue necesaria la creación de tribunales especializados en dirimir conflictos constitucionales, para así mantener la primacía de la constitución como norma primera y asegurar el goce y protección de aquellos derechos.

Para dar cuenta de los problemas anteriores, consideramos importante preguntarnos por el riesgo que procesa el derecho por medio de las constituciones al traspasar el poder soberano desde una persona hacia el Estado, sustituyendo la idea de súbdito por la de ciudadano (i). Con este fenómeno histórico configurado, problematizamos las constituciones a la luz de la sociología clásica y contemporánea buscamos dar cuenta de la relación entre derecho y política (ii). Después de identificar algunas opacidades en las explicaciones previas, consideramos relevante observar el problema a la luz de la teoría de sistemas sociales, posicionando al riesgo como apronte a la pregunta por las constituciones y el derecho (iii). Así, nos acercaremos al problema de los tribunales constitucionales como adquisición evolutiva en el procesamiento del riesgo por parte del derecho, optando por un criterio de análisis organizacional que permita observar la relación de los tribunales con la Constitución y su posición en el sistema jurídico (iv).

I.II La función del derecho en el procesamiento de riesgo de la sociedad: Constitución y Derechos Fundamentales.

Como prolegómenos al problema que resuelven las constituciones en relación al derecho, se puede acudir a la distinción clásica entre la constitución de los antiguos y los modernos. Para los antiguos los problemas eran dos. Por una parte, la forma de operación del dominio del soberano todopoderoso que se abstiene de inmiscuirse en las relaciones de los individuos y un centro de relaciones donde el pueblo se somete y reconoce ese imperio. La idea de constitución no altera la ontología política que representa el poder *primero*, en este caso una persona, que es fuente de toda legitimidad. El derecho busca respetar este orden de cosas. Por otra, el principio que no es ni premoderno ni moderno que refiere a que posterior a la soberanía ejercida por una persona, el Estado comienza a detentar este poder. Este último es anterior a la comunidad de individuos, pero no como una entelequia sino, como señala Hobbes (1996), un *ente* que resguarda el orden social. La constitución autolimita el poder del Estado, aunque este sea anterior a ella.

Lo eminentemente moderno es comenzar a considerar a los ciudadanos como los detentadores del poder constituyente pues este se ensambla desde abajo, transitando la idea de súbdito hacia la de ciudadano (Latorre, 2010). Se puede dar cuenta de esto en las reflexiones de Machiavelli (1964) donde la figura constituyente del príncipe y sus decisiones arman y rearman la comunidad política mediante la *razón de Estado*, cambiando esto con la idea de ciudadano que puede encontrarse en Rousseau (1982) de manera difusa. En sus escritos el ordenamiento de la organización política aún depende de la complejidad social en términos de habitantes, aunque incluyendo la idea de comunidad política.

Por tanto, en la modernidad las constituciones separan el poder legítimamente constituido de la operación también legítima del derecho. Si se mira desde una óptica evolucionista no-lineal (Luhmann, 1992a, 2007:355-360), el problema es el cómo sostener normas en la sociedad superando la sola interacción de los individuos. Aquí emerge la idea de pueblo soberano, cambiando radicalmente la antigua forma de solución brindada por la estructura estamental del *Ancien régime*. La política se constituye semánticamente mediante ciudadanos que unidos son el pueblo, ahora único detentador de la soberanía. Pero esto es paradójico pues el pueblo soberano es al mismo tiempo súbdito al regirse bajo los tiempos que asigna la detentación del poder, por ejemplo, en elecciones democráticas. La respuesta a esta paradoja se busca en el derecho. En otros términos, las constituciones permiten a la política legitimar operativamente el uso de su poder en base al derecho –quién posee el poder legítimamente obtenido y quién no–, y al derecho utilizar el poder para llevar a cabo sus dictámenes más allá de sus límites (v. gr. fuerza pública) (Luhmann, 2002a; Francot-Timmermans, 2008).

El axioma es el derecho desparadojizando sus operaciones por medio de las constituciones. Esta sentencia resuelve variados problemas posibles de encontrar en la reflexión que posee la sociología clásica sobre el derecho. Difícilmente se puede sostener hoy que las constituciones, y el sistema jurídico mismo, sean sólo una expresión de dominación de

clase al resguardar la propiedad privada (Marx y Engels, 1974). La globalización de la economía no es detenida por una *clase dominante global* que defiende su derecho de propiedad. Si miramos los últimos desarrollos del marxismo, algunas vertientes han sostenido la impersonalidad de clase en la economía mundial, aunque explicando de manera difusa cuál es el problema que resuelve el derecho o las constituciones (Hardt & Negri, 2002). El derecho tampoco puede ser entendido como una expresión moral emanada de una conciencia colectiva (Durkheim, 2001). El despliegue histórico de las utopías políticas tanto socialistas como capitalistas (Hobsbawm, 2001) problematiza la existencia de esta conciencia, más todavía el cómo operaría desde el derecho. En consecuencia, bajo el ejemplo expuesto, la posibilidad de observar la solidaridad mediante hechos sociales no deja claro qué moral emana de la *conscience collective* –¿la pena al robo es defensa a la propiedad privada o resguardo de lo legítimamente obtenido por el trabajador? Al igual que Durkheim, Max Weber (1996) toma en cuenta las motivaciones que dan contenido al actuar jurídico, brindándoles orientaciones de valor que son capaces de ser observadas en el devenir de la acción social. El problema emerge al preguntar cuál es la relación entre valor/motivación/razón. Por último, tanto en Durkheim como en Weber, se puede sostener que ambas teorías sociológicas sobre el derecho no toman en cuenta a la dogmática jurídica. En el primero, por su desinterés en los aspectos doctrinarios del derecho, mientras que en el segundo por algunas influencias políticas (‘movimiento del derecho libre’) y su enfoque histórico-cultural (Cadenas, 2008).

La sociología clásica nos deja tres problemas: el primero, cómo pensar las constituciones no sólo en base a la dominación de una clase o una ideología reificada en un texto, problema que también puede ser encontrado en cualquier relación causal que identifique voluntad política constituyente con un sector de la sociedad compuesto de individuos (sea clase alta, elite, oligarquía, políticos, etc.). El segundo, la configuración de un simbolismo valórico que impregna al derecho y por influencia a las constituciones –aunque no queda claro si desde el derecho hacia ellas o al revés–, donde se expresan contenidos morales de la sociedad. Para hacer más difíciles las cosas podemos introducir un tercer problema: la modernidad del derecho y la política, como mencionamos brevemente, eleva la categoría de ciudadano por sobre la del soberano premoderno pero lo vuelve súbdito, regulándose esta relación en base derechos fundamentales (DDFF) que las constituciones modernas contienen (Luhmann, 2010a). Consideramos que estos tres problemas no resueltos por los clásicos permiten observar la contemporánea teoría sociológica del derecho. En otras palabras, cómo se enfrentan a ellos.

Jürgen Habermas, representante más destacado de la sociología crítica, considera a la modernidad como una radical diferenciación en la integración de la sociedad. Esta ocurre en dos esferas, la primera sobre sujetos relacionados en base a un entendimiento comunicativo, lo que sería la integración social; la segunda, por medios autorregulados (dinero y poder) que, reconfigurando las ideas parsonianas (Parsons 1963a, 1963b), llama integración sistémica (Habermas 2003). El derecho, por medio de su positivización, logra la integración social al producir normas que posibilitan el entendimiento y la razón comunicativa, base de la comunidad política que legitima moralmente el derecho (Cadenas, 2006). Sobre las constituciones, el sociólogo de Frankfurt sostiene que regulan la relación entre el ‘imperio del derecho’ y la articulación formal de una democracia. Mediante ésta

última (democracia deliberativa), busca reflexionar sobre la relación positiva que tendría una autolegislación basada en el principio de racionalidad comunicativa con la democracia (Habermas, 2001). El problema que observamos, es que el propio Habermas sostiene que el acto fundacional de las constituciones debe ser democrático si desea orientar un proceso histórico de aseguramiento progresivo de los derechos fundamentales o los derechos humanos. El ejemplo paradigmático es el caso estadounidense (2001:775). Para sintetizar nuestra objeción podemos argumentar que en la propia Alemania, país natal del sociólogo, la constitución fue impuesta por los aliados después de la II Guerra Mundial. Su concreción quedó entre paréntesis hasta la unión de las dos alemanias –por ello su nombre de ‘Ley Fundamental’–, lo que no ha ocurrido hasta hoy (Laubach, 2010). Si aplicáramos el propio modelo de Habermas a Alemania, en aquél país no habría un despliegue de la democracia deliberativa *ideal*, pues el acto fundacional no fue democrático....lo mismo podríamos decir de Chile.

Por otro lado, Habermas claramente supera el problema de la adscripción de una clase o elite al poder constituyente de las constituciones, pero en el texto mencionado, sostiene la idea de un marco legal de autodeterminación en los padres fundadores estadounidenses que logró un devenir democrático. Sustituye la premisa del primer problema, pero la reemplaza por un develar histórico-racional. Cuando el derecho funciona bajo parámetros legítimos –consideraciones racionales ancladas en principios democráticos–, se puede hablar de un orden democrático deliberativo, pero la legitimidad queda superpuesta a ‘ciertas formas’ que son democráticas. La legitimidad no es una operación, sino un valor que lo acerca a los problemas expuestos en Durkheim y Weber.

Pierre Bourdieu es otro importante representante de la sociología del derecho, que aunque no escribió una monografía sobre las constituciones, sí trabajó el derecho dentro de su teoría de los campos. En ella, el derecho se caracteriza como un lugar de estructuración de luchas de poder simbólico en el manejo de un lenguaje, utilizando las prácticas académicas y judiciales como escenario de batalla. Se diferencia del marxismo al cuestionar la centralidad de la economía en la operación del *campo* legal y al criticar la relación que establece esta corriente entre bases productivas e ideología. Su opción se orienta a un análisis estructuralista que tenga en cuenta cómo es posible y cuáles son las consecuencias del monopolio del derecho en la aplicación de la ley (Bourdieu, 1987:815-816). El lenguaje legal neutraliza y universaliza su práctica al mediar la introducción de lo factual dentro de sus propias lógicas, en otros términos, etiqueta en su propio lenguaje los fenómenos y los analiza desde sí. En esta práctica se encontraría su poder simbólico.

El primer problema de los clásicos Bourdieu claramente los resuelve: los campos no se componen de clases, tampoco de individuos, sino de actores. No hay contenidos valóricos *a priori* en el derecho, pero sí una lucha de poder dentro del propio campo que es activada por los profesionales del campo –académicos, jueces y abogados– al intentar imponer diversas formas de interpretación legal. Aunque no es explícito cómo opera el campo legal en el ámbito de las constituciones, sí se puede inferir que sería en base a una lucha por su interpretación. Además, si se tiene en cuenta la operación del campo político y sus lógicas, no queda claro qué le brinda la política al derecho. El sociólogo francés al no restringir ‘lo político’ al campo de la política, no deja clara la diferencia con ‘lo político’ del derecho. A

diferencia de Habermas, no hay un medio poder que estructure una lógica concreta de racionalidad sistémica, sino que se experimenta en las luchas de los propios campos. Consideramos que allí se encuentra el problema de su teoría, ya que para Bourdieu no hay sociedad sin lucha, es ella la que estructura los campos y les brinda dinamicidad. Si en Habermas el lenguaje orienta hacia el entendimiento, los campos se constituyen mediante una lucha propia que se autodetermina desde sí mismos. De igual manera, no queda claro cómo el derecho opera en términos de legitimidad frente a la política, es decir, cómo se desenvuelve la lucha por la estructuración del lenguaje con la Constitución como trasfondo.

Como constatamos, en Habermas el derecho asegura la integración social, mientras que en Bourdieu la operación de las normas mediante una lucha por su interpretación, nosotros proponemos acercarnos al problema de la función del derecho y las constituciones desde la teoría de sistemas sociales sociopoiéticos. Lo anterior por tres razones: este enfoque posee una reflexión sobre el riesgo moderno en términos lo suficientemente abstractos para lidiar con la paradójica relación entre derecho/política –pueblo soberano/sometido– y sus consecuencias (i); de una problematización del rol de las constituciones en la relación mencionada (ii), y la existencia de una epistemología constructivista que no presupone en el derecho una razón última –democracia deliberativa e integración social, aseguramiento de una moral, etc.– o considera de antemano una esencia *per se* para su operación –lucha, dominación, moral, etc., más aún, problematiza la orientación de la operación legal en base a criterios de un grupo privilegiado (iii).

Si iniciamos nuestra justificación teórica en base al riesgo, es necesario mencionar que los diagnósticos desde el *management* y los análisis probabilísticos han tenido mayor preponderancia que el análisis sociológico. Dentro de la disciplina, la obra de Ulrich Beck *La sociedad del riesgo* (1998) es referencia obligatoria en el tema. En ella, el sociólogo alemán identifica a este fenómeno como una característica fundamental de la modernidad, que ha tomado progresivamente protagonismo dadas las inesperadas consecuencias del proceso de modernización, especialmente en sus variantes tecno-económicas. Beck, sostiene que estas consecuencias inesperadas y nocivas del avance del capitalismo han posicionado a la sociedad en una encrucijada, al constituirse el riesgo como una característica de la sociedad en su conjunto. Si queremos orientar nuestra pregunta sobre qué riesgo procesa el derecho por medio de las constituciones y qué rol tienen los DDFF, las teorizaciones no son adecuadas. Es más, tomando las ideas anteriores, Anthony Giddens (1999) relaciona el riesgo de la sociedad actual y las posibilidades de procesarlo por la política, con los desafíos a los que enfrenta el Estado de bienestar europeo. Siempre con las ideas de Beck, el sociólogo inglés propone posibles soluciones para manejar *fenómenos riesgosos* o derechamente peligrosos, aclarando que la política se enfrenta a una doble trampa: no es capaz de obligar a realizar lo considerado menos riesgoso, y si lo hace de forma imperativa, el gobierno de turno puede perder legitimidad –riesgo sobre riesgo diría Luhmann. A pesar de ser un escrito sobre sociología del derecho, o al menos esa es la intención, no hay análisis sobre el rol del mismo.

Dado lo anterior, es interesante comprobar que los *teóricos* del riesgo en sociología no le han dado un rol importante al análisis de las constituciones y los DDFF, no ya en términos de cuál es su lugar en la modernidad, sino cuál es su lugar en la observación del riesgo. A

pesar de ello, sería injusto no mencionar que han habido investigaciones sobre sociología del derecho en esta dirección, pero como decíamos, enfocadas principalmente en los riesgos tecno-económicos (v. gr. Augst, 2000). Habitualmente el problema del riesgo y su procesamiento se le endosa a la política y a sus capacidades de generar legislación que lo observen pero, nuevamente, es el riesgo ambiental y tecnológico el que principalmente se tematiza (King & Thornhill, 2003). Si tensionamos esta relación entre riesgo/política/legislación queda en la opacidad cómo operan los derechos fundamentales tanto en el aseguramiento normativo de expectativas –v. gr. vivir en un ambiente sano, como las consecuencias observables de la aplicación de una ley que asegure el derecho fundamental. Es decir, la violación de un derecho fundamental conlleva un riesgo que puede ser interpretado de distintas maneras. El aborto puede asegurar el derecho de las mujeres a hacer con su cuerpo lo que deseen, pero también puede violar el derecho a la vida. Esta paradoja se puede observar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que en su primer artículo declara su defensa irrestricta al derecho a la vida, pero no menciona el aborto como una trasgresión, ni argumentos que acometan una defensa de la autonomía de las mujeres sobre tener o no hijos: aquí la discusión se centra en si el no-nato es sujeto de derechos fundamentales. Si se observan los riesgos de este tipo, los DDFD simplemente explotan en paradojas: ¿cuándo es necesario introducirse en la información privada de las personas? ¿cuándo es lícito ponerle trabas a la libertad de prensa? Si empujamos estas dos preguntas a lo que ha ocurrido recientemente con *Wikileaks* o los ataques terroristas en diversos países del orbe un argumento normativo ideal de tipo ético como base de los DDFD simplemente se diluye.

La teoría del riesgo luhmanniana parte desde un camino completamente distinto. Primeramente, bajo una metodología que recuerda la *historia conceptual* (Koselleck, 2003), considera los cambios que han sufrido las semánticas de lo entendido originalmente como riesgo –*fortuna o prudentia*–, a la noción moderna secularizada que da cuenta de los eventos internos en la propia sociedad, no fuera de ella. El análisis sistémico-constructivista comienza con la diferencia entre la construcción de objetos y conceptos. Por una parte, al observar objetos se da cuenta de un sólo lado de la distinción –*mesa/no-mesa*, donde mesa es el objeto–, por otro, al hacer la misma operación con conceptos se deben incluir ambas dimensiones, es decir, los dos lados de una forma –*concepto/no-concepto*–, pues no es suficiente para una construcción conceptual certera considerar lo que se incluye dentro de la distinción, sino también lo que deja fuera. Técnicamente, se observan *formas* y no sólo distinciones (Spencer-Brown, 1972). Por tanto, el riesgo ya no sería, como en los términos de Beck (y por consiguiente de Giddens), un *fenómeno social* a observar (observación de primer orden), sino una construcción de la propia teoría (observación de segundo orden) observando observadores. En otras palabras, la propuesta busca elevar la observación al nivel del cómo se observa, no al del qué se observa, reintroduciendo la primera pregunta en la segunda (Luhmann, 1998a). En el afán de precisión, la distinción riesgo/seguridad ya no es plausible: el mundo es contingente y la seguridad no puede emanar de ningún sistema social (Luhmann 2006). Desde allí se propone la distinción riesgo/peligro como forma que reintroducen los sistemas por medio de la distinción sistema/entorno. Esta operación de la distinción riesgo/peligro se relaciona con decisiones ancladas a criterios temporales, pues se toman en el presente, en un futuro que todavía no ocurre, y en un pasado que, paradójicamente, es contingente pues diferencia entre lo posible de recordar/imposible de

recordar (Luhmann, 1976, 1996b). Si la memoria no es un contenedor de recuerdos, lo que opera es una *memory function* que articula la distinción de lo posible de recordar en el funcionamiento de un oscilador que reconstruye el futuro (von Foerster, 1967, 2003b). Por lo tanto, el riesgo se ancla a las decisiones, opera en relación a criterios temporales sobre lo que ocurrió (como experiencia para decidir), y lo que podrá suceder en relación a las consecuencias del riesgo identificado. Se ocupan preservativos para no contraer enfermedades de transmisión sexual, se compra bloqueador solar para prevenir el cáncer, se siguen las reglas del tránsito para no tener accidentes, se utilizan vacunas para reducir el impacto de contraer una enfermedad, se llaman expertos para hacer censos más precisos, etc. De allí que el peligro sea lo no-observado, el otro lado de la distinción que muchas veces se lee como catástrofe, pues se le atribuye al entorno y no al sistema. El preservativo se rompe, había componentes genéticos que posibilitaron el cáncer de piel, otro auto provocó el choque, la vacuna en cuestión no resistió una mutación del virus, la sociología abandona la teoría de la sociedad....se crea la teoría de sistemas.

Como señalamos anteriormente, las constituciones desparadojizan tanto a la política como al derecho en su operar, pero no son un sistema social. Se diferencian de la oralidad al ser un texto escrito sujeto a interpretación (Luhmann, 2002b), sirven como punto de codificación del derecho, resolviendo así el problema de la pregunta por su origen violento, como también asignan las formas de circulación del poder y de quién lo detenta o no mediante elecciones democráticas, siempre y cuando la democracia sea uno de los programas del sistema político (Luhmann, 1996c; Thornhill, 2010). El poder constitutivo se contiene en la contextualidad a la que dan origen las constituciones, originando la idea de un *demos* constituyente que funge como fórmula de referencia a la operación de la política y del derecho. A la política porque sustenta a sus decisiones vinculantes a través de la idea del Estado de derecho, residiendo la soberanía en el pueblo o, actualmente, en la idea más sofisticada de nación (Torres Nafarrate, 2004). Al derecho, pues le permite articular las bases del símbolo que lo constituye en la validez jurídica, completamente diferente del clásico ideal de justicia posible de rastrear en el *Gorgias* de Platón (2000). La operacionalización de todo lo anterior tiene cabida en las articulaciones de cada código o programa sistémico, a saber: gobierno/oposición para la política, reconvirtiendo el original poder/no-poder por la programación democrática; y conforme a derecho [derecho]/no conforme a derecho [no-derecho] para el sistema jurídico. Por lo tanto, las constituciones son un cruce simbólico entre derecho y política, otorgando a ambos sistemas la posibilidad de operar de forma autopoietica –en términos de Maturana & Varela, 2008–, sin tener que considerar las lógicas del uno en el otro, un espejo donde se reflejan ambos sistemas, un clivaje a la indiferencia. Como bien señala Philippopoulos-Mihalopoulos (2009), las constituciones restringen las influencias mutuas entre derecho y política, mientras al mismo tiempo, y por ello, incrementa las posibilidades de co-evolución.

Dado lo anterior, se vuelve importante el posicionamiento de los derechos fundamentales. Como mencionamos más arriba, el derecho no tiene una razón última en su operar, no es solamente moral social codificada, razón en base a operaciones, punto de integración de la sociedad ni una lucha en un campo que presupone de manera ontológica esta cualidad para su existencia. El aporte que se propone es un constructivismo sociopoietico (Arnold, 2003, 2006) para la observación del derecho como un sistema de la sociedad. Esto tiene al menos

dos ganancias: observar las operaciones sociales sin otorgarles un estatus ontológico que las constituya como tales o que las guíe a ser como son –consenso, lucha de clases, ideología, racionalidad, ética, moral, equilibrio, etc.– y, en segundo término, considerar como trasfondo de cada operación social a la sociedad misma, que dentro de sus propias dinámicas posibilita que ocurra un evento de una manera y no de otra, teniendo siempre en cuenta lo contingente de este suceder. Bajo estas dos aclaraciones nos podemos enfrentar al problema de los derechos fundamentales.

De forma extraña, los llamados DDF han sido muchas veces igualados a los derechos humanos, públicos, constitucionales, ciudadanos, etc. (Ferrajoli *et al*, 2009), pero recordando la distinción concepto/objeto, no se puede caer en la imprecisión de utilizar una categoría que signifique varias al mismo tiempo, que no delimite lo que es propio de su *forma* y qué no, problema detectado en el concepto de cultura (Baecker, 1997; Luhmann, 1999a). Por tanto, a lo largo de la presente investigación se entenderá como DDF los derechos contenidos en las constituciones y que tienen una operatividad que resguarda a la diferenciación funcional, es decir, que operacionalizan el riesgo de que la política desborde sus operaciones, violando la autonomía determinada estructuralmente por la codificación del derecho. Esto aseguraría la protección de los ciudadanos ante el poder del Estado, volviéndolos sujetos de derechos constitutivos de su calidad de ciudadanos (Luhmann, 2010a). Como contraparte se encuentran los DDHH como una semántica problemática que utiliza consideraciones morales cuando estos se violan (Neves, 2004), y que vuelve paradójica la exigencia de normas irrenunciables, ante un derecho que no puede asegurar la legalidad de la sociedad toda, sino solamente la aplicación de un lado del código en reflexión con el otro. Es decir, la posibilidad de decidir qué es lo legal y quién posee el derecho y quién no en un evento concreto, no elimina que existan atrocidades y que muchas veces se permitan abiertamente (Luhmann, 2000; de Giorgi, 2011). De allí que los DDF son exigibles legalmente, mientras que los DDHH se configuran como la semántica que amparada en criterios morales (agrado/desagrado) o en el derecho natural, demandan que estos se cumplan cuando se violan abiertamente (Luhmann, 2008).

I.III Tribunales Constitucionales como adquisición evolutiva en el procesamiento de riesgo por medio del derecho.

Retomando las ideas de la sección anterior, podemos ahora señalar que el sistema del derecho lo que hace es procesar riesgo dentro de sí por medio de los derechos fundamentales. Si su función es asegurar expectativas normativas, aun cuando estas se defrauden, las constituciones brindan el poder emanado de la política al derecho para que lleve a cabo sus operaciones, siendo así posible resguardarse de las intromisiones de otros sistemas. En base a esto se puede hablar, resumidamente, de una clausura operativa del derecho. Nuevamente, considerando la idea de riesgo en relación a decisiones que se articulan bajo la distinción riesgo/peligro, se abre la posibilidad de observar a los tribunales como organizaciones que se encuentran en el centro del sistema, a diferencia de la periferia de donde provienen las irritaciones (Luhmann, 2002a:383).

Para comenzar a responder al problema por la emergencia de los tribunales constitucionales se puede acudir a la frase latina expresada por Juvenal *Quis custodiet ipsos custodes?* Que puede ser entendida como ¿quién vigilará a las vigilantes?, paradoja que se despliega al analizar a los tribunales constitucionales como *guardianes de la Constitución* y se configurará habitualmente como su problema constitutivo. Para un primer apronte a observar a los tribunales constitucionales como una adquisición evolutiva, es posible considerar su origen histórico-organizacional desde la reflexión de la teoría del derecho.

El debate sobre los tribunales constitucionales nos lleva directamente a la disputa que tuvo Hans Kelsen con Carl Schmitt en la Alemania de los años treinta del siglo XX, poco antes del ascenso de los Nazis al poder. Polémica que se le conoce popularmente como la discusión sobre el guardián de la constitución. En este debate Kelsen (2008) sostiene que debe existir un tribunal especializado que resguarde la norma primera, pues el sistema jurídico posee una jerarquía donde la Constitución cumple esta función. De esta manera, se puede resguardar el normal funcionamiento del derecho y su independencia por medio de una capacidad de *legislación negativa*, es decir, la capacidad de expulsar normas del ordenamiento jurídico que fueran contrarias a la constitución. Para cumplir con su misión el tribunal necesariamente debía ser independiente del poder judicial y los partidos políticos.

Por su parte, Schmitt defendía la idea de que un tribunal especializado en esa tarea simplemente no tenía sentido pues politizaría el derecho. Asignarle una posición de legislador en oposición al parlamento (alemán en este caso), obligaría al tribunal a detentar potestades que no están dentro de sus prerrogativas. Por tanto, aboga por un control constitucional *difuso*, es decir, que lo puedan ejercer todos los tribunales y, si en última instancia, hay problemas que impliquen a la constitución, el Presidente del Reich podía servir como articulador de consenso por ser elegido en base a un acuerdo de los partidos políticos (Herrera, 1994).

La síntesis de este debate nos brinda dos problemas relacionados entre sí: i) la necesidad de un control constitucional, sea por parte de todos los tribunales (control difuso) o por medio

de una organización especializada (control concentrado) y ii) quién y por qué es el guardián de la constitución, como dijimos, quién vigila a los vigilantes y tiene la legitimidad suficiente para sobreponer su decisión ante la identificación de una violación de la constitución como norma primera. Resumiendo a preguntas sociológicas el debate de estos importantísimos teóricos del derecho podemos decir: ¿por qué se necesita de un control constitucional? ¿por qué un problema, aparentemente resuelto, como lo son las diferencias entre política y derecho vuelve a ser tomado en cuenta?

Después del debate, la teoría del derecho ha esbozado algunas respuestas a las preguntas mencionadas. Se puede dar cuenta del nacimiento de los tribunales constitucionales por una causa histórica (Saña, 1980), por su lugar destacado en el sistema del derecho (Nogueira, 2002; Díaz Revorio, 2009) o por los problemas que resuelve (Palomino Manchego, 2003). En general, no hay respuestas que solamente señalen una de las dimensiones sino que mezclan las tres, pero resaltan una. Aunque todos, sin excepción, consideran que los tribunales replican dentro de sí el problema que ya resuelve las constituciones, sea este mantener la primacía de la constitución para así asegurar los derechos fundamentales, su lugar de norma primera o la independencia de las normas de la influencia política. Es decir, observan que la constitución resuelve un problema, y ahora debe ser observado por una organización. De ahí, nace la idea de custodia de la constitución, y recordando nuevamente nuestra paradoja de quién vigila al vigilante, nacen los problemas de la politización del tribunal, el cómo elegir a sus miembros, qué potestades debe tener, los procedimientos para acceder a un pronunciamiento suyo, etc.

Consideramos que los tres tipos de respuestas no satisfacen la pregunta sobre el tribunal constitucional (TC) como adquisición evolutiva. En primer término, la respuesta histórica no resiste un análisis del por qué se han mundializado como modo de control constitucional. Si hablamos de Alemania, se expone a la II Guerra Mundial como causa, pero el origen del debate es anterior, como pudimos observar en la discusión entre Kelsen y Schmitt. El punto en discusión era si replicar en Alemania el modelo austriaco que ya operaba en los años veinte (con Kelsen como primer presidente del TC austriaco). De igual manera, si se observa a nivel europeo no todos los países tienen este tipo de organizaciones, por tanto, el argumento de la II Guerra no es plausible. Más aún cuando la Unión Europea (EU) vincula países sin TCs bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, ata sus decisiones a un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se puede observar como un equivalente funcional. En Latinoamérica, la mayoría de los países cuentan con uno, pero habitualmente se compara país por país su fecha de nacimiento y sus atribuciones (Helmke & Ríos Figueroa, 2010). Su función se puede responder fácilmente desde la teoría del derecho, pero sin posicionar sociológicamente cuáles son las condiciones que permiten a una organización resolver el problema de una forma y no de otra. La pregunta por el posicionamiento de los tribunales en el entramado legal y qué lo hace posible no queda totalmente claro.

Otra manera de acercarse al problema es considerar a los tribunales como organizaciones que están obligadas a decidir, pues legalmente ningún tribunal puede no atender un requerimiento judicial. Por esto los tribunales además de encontrarse en el centro del sistema del derecho, tienen la obligación de decidir ante todos los requerimientos que se les

haga, diferenciándose también del rol del legislador al regirse bajo la distinción norma/jurisprudencia (Luhmann, 2002a). Pero hay una salvedad, los tribunales constitucionales pueden descartar normas y dejarlas fuera del sistema legal, pero si no perdemos el norte y consideramos la decisión como lo más relevante, se puede sostener que existe un acoplamiento entre tribunales constitucionales y constitución, donde esta última permanece en la periferia, estando en el centro del sistema el tribunal. Con este primer apunte hay dos ganancias, precisar la función del tribunal constitucional no en términos de una coherencia punto por punto entre constitución y decisión del tribunal y comenzar el análisis desde la decisión. Con lo anterior, se abre la posibilidad de observar a los tribunales constitucionales como organizaciones del sistema jurídico en base a su relación con la constitución. Pero no como custodio de su función, sea esta el ensamble entre el sistema del derecho y el político como han sostenido algunas investigaciones inspiradas laxamente en la teoría de sistemas (Quinaud Pedron, 2005). Difícilmente una organización puede ser 'custodio' de un acoplamiento estructural entre sistemas funcionales, más aún cuando ha ocurrido que tribunales de alta magistratura o tribunales constitucionales fallen abiertamente contra la norma vigente, justificando la legalidad de dichas decisiones de manera *pos facto* (Stamford, 2012).

Para esta investigación, entonces, el punto primero de observación será la decisión del tribunal y su *forma* de acoplamiento con la constitución en los casos de alta connotación pública que sean relativos a los derechos fundamentales (Luhmann, 2010a:139-177). Por lo tanto, la centralidad de las decisiones orienta las líneas investigativas hacia la sociología organizacional (Rodríguez, 2004; Arnold, 2008, 2012a; Luhmann, 1982, 2010b), tomando en cuenta que dichos sistemas en su operar se acoplan estructuralmente a los códigos de los sistemas funcionales, en este caso derecho/no-derecho, y crean estructuras propias para desparadojizar sus operaciones (Knudsen, 2007). La introducción de la observación del riesgo se relacionará con la toma de decisiones y el tipo de decisión que toman estos tribunales, lo que habitualmente se conoce como *hard cases* (Kellogg, 2013), es decir, casos donde la 'racionalidad' jurídica de los tribunales debe lidiar con altos grados de incertidumbre debido a la complejidad del impacto en las decisiones. El riesgo de las decisiones también permite observar la relación que construye la propia organización entre decidores y afectados y cuáles son los argumentos que esgrimen unos y otros sobre las consecuencias de tomar una decisión y otra (Luhmann, 2013a).

Volviendo a la pregunta por los tribunales constitucionales como adquisición evolutiva, se puede sostener que son organizaciones especializadas en el sistema del derecho en tematizar las posibles distorsiones que existan entre el ordenamiento jurídico y la constitución. La solución a ese problema se establece en términos organizacionales en relación a la forma de nombramiento que poseen los jueces de dicho tribunal, las estructuras de operación que son determinadas por una ley de competencias, que al operar produce información relevante para la toma de decisiones. En otras palabras, observar esa diferencia (constitucional/inconstitucional) es el *ruido originario* (Arnold, 2008:98) de los tribunales constitucionales, donde se reintroduce esta distinción dentro de la organización, comenzando a operar y determinar ella misma cómo se tematiza. Esa es la función que guía su operar y que lo distingue de los otros tribunales como adquisición evolutiva, la constitución no es un horizonte normativo de operación, una forma de estructuración de

poder simbólico por medio del lenguaje jurídico, un guardián de la estructuración de clases *algo* que se deba resguardar en términos ontológicos, tampoco un imperativo moral del cuál hacerse cargo. Más bien es una forma de procesar el código del sistema del derecho en conjunto a la distinción que guía las operaciones constitucionales, ateniéndose a una programática que se procesa dentro del tribunal (Luhmann, 1989:64).

Lo anterior, nos permite acercarnos a la articulación del esquema problema/posibles soluciones (función) que hace el tribunal. Si la constitución, como ya hemos dicho, desparadojiza a la política y al derecho, el tribunal constitucional observa esa distinción desde la legislación que le da contenido como organización y debe procesar riesgo. Entendemos procesamiento como entendemos la unidad de la diferencia entre estructura y proceso, aquí nuevamente entra la dimensión temporal pues las estructuras no son estáticas, sino como la diferencia temporal entre reversibilidad e irreversibilidad en un tiempo irreversible, por lo tanto, las estructuras detienen el tiempo de manera reversible limitando las posibilidades de elección, siendo los procesos acontecimientos irreversibles (Luhmann, 1998a:65). Procesamiento de riesgo, desde aquí, se puede entender como la diferencia entre codificación y programación, el tribunal constitucional como organización opera con el código del derecho, pero se atiene a una programación en el operar del sistema (lo que es constitucional y lo que no lo es), lo que permite cambiar sus estructuras de manera dinámica sin perder su identidad. *Ergo*, al preguntarnos por el procesamiento de riesgo será la operacionalización de la distinción riesgo/peligro en las decisiones de la organización a investigar, teniendo en cuenta los criterios sociopoiéticos que dan contenidos a sus comunicaciones como organización, lo cual comenzaremos a desarrollar en el capítulo siguiente.

I.IV. Síntesis

En este capítulo abordamos las preguntas sobre el procesamiento del riesgo que realiza el derecho en la sociedad contemporánea, demostrando las bases que dan contenido a este supuesto. En un primer momento, consideramos la relación problemática que han tenido derecho y política a lo largo de los últimos siglos, principalmente en el transcurso del cambio de súbdito a ciudadano. La solución moderna no es una utopía, sino que adquiere la posibilidad de manejar mayor complejidad en base a la programación democrática y la desparadojización que permiten las constituciones para la política y el derecho.

Posteriormente se identificaron tres problemas en las reflexiones de la sociología clásica en torno al derecho que permitían problematizar los trabajos de Jürgen Habermas y Pierre Bourdieu. De los puntos no observados de estos dos pensadores, se optó por un marco sociopoiético de análisis para enfrentarse al problema del procesamiento de riesgo por parte del derecho. Se discutieron algunos trabajos clásicos sobre el riesgo en sociología y las limitaciones para enfrentarse al problema que resuelven los derechos fundamentales. Igualmente, se tomó en cuenta una teoría organizacional, una observación de la función de las constituciones, para por último pensar sobre los acoplamientos que pueden existir entre la constitución y los tribunales constitucionales.

En segundo término, al enfrentarse al problema de posicionar a los tribunales como organizaciones y su relación con las constituciones, se tomó en cuenta el debate entre Schmitt y Kelsen, así como las habituales respuestas de la teoría jurídica sobre el rol, el nacimiento y la operación de los tribunales constitucionales. El debate de ambos pensadores nos ilustró sobre los modelos de control constitucional y la paradójica relación de estas organizaciones tanto con el derecho como con la política. Posteriormente, ante la pregunta sobre el origen, se optó por un apronte evolutivo que reflexionara sobre su función y operación, optando por un modelo de análisis organizacional que configure al tribunal como una organización que debe procesar riesgo por medio de sus decisiones al reflexionar sobre el aseguramiento y goce de los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.

Capítulo II

El Tribunal Constitucional chileno como organización.

II.I Introducción

Desde el inicio de la modernidad las organizaciones han ganado protagonismo hasta convertirse en fundamentales para la operación de la sociedad. Hoy son absolutamente necesarias para estructurar la cotidianidad y resolver los problemas más básicos. Baste pensar en la estructuración del crédito por parte de los bancos, la formulación de programas de decisión colectiva desde los partidos políticos, el trato de enfermedades específicas en hospitales o la aplicación del derecho en tribunales con jueces competentemente certificados y anclados a una ley codificada o respaldada en la costumbre. Si nos acercamos a este problema en términos históricos, la complejidad del crédito es regulada por bancos centrales y no por prestamistas individuales como en la Edad Media (Le Goff, 1996, 2004); las decisiones vinculantes no emanan solamente de estamentos o clases sociales que se presenten como la sociedad toda, sino por votaciones universales mediadas por sistemas de elección que regulan quién políticamente gana o pierde (Nohlen, 1994); los enfermos son tratados generalmente en hospitales por médicos acreditados por universidades o el Estado, no por itinerantes cirujanos barberos (Gargantilla, 2009) o, en último término, las afrentas no se resuelven por la venganza o la *vendetta* sino por el derecho dictaminado por un juez con *partes* representadas por abogados (Cevolini, 2011).

Como quedó de manifiesto, el capítulo anterior fue guiado por dos preguntas centrales. La primera fue sobre cómo es posible y de qué manera se articula la relación entre sistema jurídico, constituciones y derechos fundamentales. La segunda continuó la relación descrita pero posicionando a los tribunales constitucionales en el sistema jurídico desde un apronte evolutivo. El desafío que plantea esta sección se relaciona con determinar el tipo de control constitucional que orienta al Tribunal Constitucional chileno, resolver el intrigante desafío de caracterizarlo como una organización, además de responder cuál es su relación con la construcción y procesamiento de riesgo. Si recordamos los tribunales se encuentran en el centro del sistema del derecho y la constitución en la periferia, siendo una característica importante de ellos su emergencia como organizaciones y la obligatoriedad de decidir ante los requerimientos judiciales. Pero esto no nos dice mucho sobre su operación como organización ni cómo construir un modelo que permita analizar sus decisiones: construir un modelo de análisis organizacional sigue estando pendiente.

Los requisitos para analizar una organización desde la teoría de sistemas deben considerar la forma en que se concatenan las premisas de decisión, la absorción de incertidumbre y las decisiones propiamente tales (Luhmann, 2005a, 2010b). Sucesivamente, si se considera la

forma que adquieren en su operar no se puede dejar de lado su producción de información, estructuras, membresías y entornos (Arnold, 2012a). Si el objetivo es configurar los tribunales constitucionales como organizaciones los aprontes anteriores no pueden ser pasados por alto. Por ello, en este capítulo se propondrá un modelo de observación para acercarse al problema de considerar a los tribunales constitucionales como organizaciones (i). Posteriormente caracterizaremos los temas que han sido de mayor relevancia en las discusiones tanto del constituyente como del legislador sobre las potestades del TC chileno, con esto se podrá dar cuenta de cómo se estructuraron las expectativas sobre su operación (ii). De igual manera, se dará cuenta de la forma de argumentación jurídica teniendo especial consideración en la manera en que se articula la hermenéutica constitucional (iii). Finalizando con una síntesis que relacione los problemas resueltos en cada apartado (iv).

II.II Un modelo de observación del Tribunal Constitucional Chileno como organización.

Como mencionamos en la introducción, existe el problema de lidiar con posicionar el Tribunal Constitucional chileno, no solamente en base a sostener que se encuentra en el centro del sistema del derecho y se acopla a la Constitución. Dicho argumento podría, eventualmente, parecer teóricamente brillante pero es poca la información que brinda sobre qué ocurre en el procesamiento concreto de derechos fundamentales contenidos de una forma explícita en una Constitución determinada. Consideramos que previo al análisis de las sentencias del Tribunal en busca de distinciones guía sobre la observación y procesamiento de riesgo, la especificación de las características de su modelo de control constitucional y la identificación de sus criterios socio-organizacionales son absolutamente indispensables para construir un modelo consistente.

Como en el primer capítulo, nuestro primer apronte para lidiar con cualquier pregunta sobre el TC es la constitución, en este caso la chilena aprobada en el Plebiscito de 1980. Al tomar en cuenta los análisis que se han realizado de ella desde el sistema científico, los argumentos son de variados tipos. Para Cañas Kirby (1997), la modernización neoliberal necesitaba de un marco legal en pos de brindar anclaje legítimo a las transformaciones económico-sociales, mientras que Garretón (1983, 1993, 2003, 2011; & Garretón, 2010) ha señalado en variadas ocasiones que la Constitución es la sublimación legal de una separación entre Estado y sociedad, que le aseguró a Augusto Pinochet un rol a la cabeza del Régimen y un sistema político predecible en su comportamiento dada la introducción de enclaves autoritarios. En Carlos Huneeus (2005) podemos encontrar una explicación que identifica la Constitución con la posibilidad de generación de legitimidad legal-burocrática, capaz de orientar la futura democracia hacia una superación del paradigma liberal occidental considerado decadente. Eugenio Tironi (1983, 1998) sostiene que la carta es símbolo de la transformación cultural que dejó la dictadura, con un halo de terror en su forma de tratar a la sociedad por un lado, y la profunda transformación de la matriz económica por otro. Tomás Moulian (1997), de forma similar a los autores mencionados, considera que el plebiscito de 1980 se realiza en un cambio de fase del terror, principalmente en un reordenamiento de la propia dictadura en el manejo de sus propias coyunturas políticas, siendo el despliegue de la Constitución en democracia la demostración de la profunda desconfianza al voto popular y a las dinámicas del sistema político.

Por su parte, el Premio Nacional de Historia (2010) Bernardino Bravo Lira (1980, 1988) orienta su explicación hacia el problema en dos sentidos, primero la identificación de una crisis de los países de habla hispana y portuguesa en sus regímenes constitucionales; segundo, el origen de la crisis institucional proviene del nacimiento de corrientes ideológico-políticas que no respetaron las normas de discusión parlamentaria, buscando por el contrario, destruir el sistema vigente e implantar otro. La participación de estos partidos era solamente instrumental, culpando implícitamente a las corrientes marxistas de estos colapsos. Una democracia protegida como la aspirada por Chile, sería en respuesta a este problema. Desde una vereda política distinta, Luis Maira (1988), argumenta que la

Constitución es un mecanismo de corrección de la Doctrina de Seguridad Nacional, dispositivo político-social en el que operaron las dictaduras latinoamericanas. Esta corrección, sostiene como los otros autores, dio un marco legal-operativo al tipo de nación que se anhelaba, restringiendo las disputas políticas a una esfera de elite.

Sin desmerecer los diagnósticos anteriores, consideramos que no queda claro cómo operaría la constitución como entorno del TC y cuáles serían sus observaciones sobre ella. Por ejemplo, no podríamos sostener que el TC observa el texto como un sostenedor del orden neoliberal, como un enclave autoritario o como un dique ante una crisis institucional histórica. Asimismo, sustentar *a priori* qué es lo que guía a la corte en su operar contiene problemas causales evidentes, como caracterizar a nuestro fenómeno de estudio como defensor de los derechos fundamentales o custodio de los derechos humanos como lo hacen algunas investigaciones jurídicas (Peña, 2007). Lo anterior suena, en términos sistémicos, más a autodescripción del sistema que a una construcción de distinciones que considere la intrínseca paradoja de generar formas de observación (Luhmann, 1999b).

Como mencionamos muy ligeramente en el capítulo anterior, el sostener normas irrenunciables que el sistema jurídico ´debe` aseverar olvida la distinción entre la función del derecho como sostén de expectativas normativas y las expectativas que ´objetivamente` se aseguran. En palabras de Raffaele de Giorgi (2011:163), la operación del derecho deja siempre un lado no marcado; allí se pueden encontrar a los sin tierra de Brasil, los cautivos sin juicio en Guantánamo o los presos viviendo procesos de resocialización en las cárceles. Los casos difíciles (*hard cases*) hacen malas leyes como sostiene el dicho entre los juristas o como el mismo Luhmann (2008a) inquiere develando la paradoja de asegurar sin más normas irrenunciables: ¿torturaría Ud. a un terrorista si es capaz de salvar vidas ante una bomba que está por explotar? La relación entre Constitución y TC paradójicamente no es tan fácil de resolver.

Si las descripciones del rol/función de la Constitución chilena no son suficientes para acercarnos a observar cómo opera el TC chileno, primeramente debemos sostener los resguardos para no caer en los mismos problemas al construir la relación que nos interesa. Proponemos primeramente aproximarnos por medio del esquema problema/posibles soluciones que se desprende de la observación de segundo orden al operar sobre el observador de primer orden. Idea primera del funcionalismo-estructural (Luhmann, 1973) y que ha sido desarrollada hacia la investigación por diferentes autores (Arnold, 2006; Mascareño, 2006a; Besio & Pronzini, 2008; Knudsen 2010, 2011). En otras palabras, sostener la distinción problema/posibles soluciones que realiza el observador de primer orden en el nivel del qué (existe un problema/es posible de resolverse) y hacerlo reentrar en la distinción del observador de segundo orden en el nivel del cómo (cómo es posible el problema/cómo es posible la solución). El comienzo de la forma de preguntarse por el fenómeno no es causal, sino cibernético: más bien una *explicación cibernética* (Bateson, 1985). Si agregamos a lo anterior los tres consejos de Ross Ashby (1958), que derivan de la ley de requisito de variedad¹, la mejor opción es la construcción de un modelo de

¹ Sean estos: 1) en vez de ´entender` un sistema complejo preguntarse por las posibilidades de control; 2) no intentar recolectar toda la información sobre su operar, sino reunir lo necesario para responder las preguntas

observación para la pregunta de cómo el TC construye su operación de problema/posibles soluciones en relación a la Constitución y cómo es posible relacionar lo anterior al fenómeno de la observación y procesamiento de riesgo.

Si consideramos que las explicaciones causales tienen inconsistencias en su forma, la configuración de la corte no puede ser únicamente en base a la observación de la distinción medio/fin, la creación de jerarquías, la racionalidad de sus fallos –más/menos racional, distinción recurrente en los análisis jurisprudenciales– o el impacto que puedan tener las organizaciones informales (redes de influencia, lobby, etc.) en la formalidad de las construcciones de las sentencias; falencia habitual en las otras teorías de la organización (Luhmann, 2010b:29-60). Surge la posibilidad de orientar la distinción problema/posibles soluciones en base al *management* que generan las organizaciones al orientarse bajo la forma finalidad/entorno como plantea Baecker (2012, 2013b) en su investigación sobre el Partido Bolchevique y su organización. A diferencia suya, nuestra investigación sobre el TC puede también utilizar los análisis organizacionales de Marcelo Arnold (2012a), específicamente sus ideas sobre producción de información, de entornos, de miembros y estructuras, articuladas en una metodología y una práctica hacia entender las organizaciones como máquinas históricas de decisiones (Nassehi, 2005; Baecker, 2006). Estas dimensiones se pueden sintetizar como sigue:

investigativas y 3) no llevar más allá de lo razonable la temporalidad de las descripciones, al final todo caduca.

Cuadro 1: Dimensiones de operación de una organización

Producción de Información	Producción de Entornos	Producción de Personas Miembros	Producción de Estructuras
Definir espacios seguros donde pueda distinguirse entre lo de mayor probabilidad y lo altamente improbable (reducción de incertidumbre).	Las organizaciones producen el entorno mediante selecciones informativas que tienen por función controlar incertidumbres excluyendo posibilidades e incluyendo otras.	Las organizaciones necesitan de personas miembros para llevar a cabo sus operaciones pero no son determinadas por ellas, sino todo lo contrario (reducción de libertad)	Los puentes entre una decisión y otra constituyen las estructuras. Permiten la conexión y coherencia en el operar de la organización. Son reversibles y abiertas a modificación.

Cuadro en base a Arnold (2012a:22-33)

Pero, nuevamente: ¿qué se gana con este modelo? Orientar las preguntas hacia el control y no la 'comprensión', trabajar con las paradojas y no 'resolverlas' en términos causales, cuestionar lo cotidiano como improbable. Parafraseando a Baecker (2001), éstas serían las razones de por qué sistemas.

Configuradas las ideas centrales de nuestro modelo, es necesario recordar los axiomas primarios que hemos descrito hasta ahora: a) los tribunales constitucionales se encuentran en el centro del sistema del derecho y la constitución en la periferia, b) estructuran sus operaciones en base al código y la programática del sistema jurídico y c) al ser organizaciones operan principalmente por decisiones. Sostenemos que la finalidad/entorno y las cuatro dimensiones señaladas anteriormente pueden ser construidas en base a tres criterios: i) la función que le asigna al TC el constituyente y el legislador; ii) la jurisprudencia como cadena de decisiones (sentencias) y forma de argumentación y iii) la ley orgánica constitucional (LOC) que se acopla a las potestades contenidas en la Constitución.

Con el primer criterio no se busca solamente observar las funciones del TC, pues para eso bastaría solamente con analizar los cambios que han sufrido las leyes, sino que evidenciar cuáles han sido los temas y aportaciones (tematización y novedad) (Torres Nafarrate,

2004:296) en los debates que se han dado en la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado (constituyentes), así como en las cámaras que componen el Senado (legislador). Con esta información disponible, el horizonte de aplicación de la distinción riesgo/peligro se expande pues es posible manejarla bajo el esquema problema/posibles soluciones. Un problema se identifica y se articula desde el peligro calculado como riesgo, en nuestro caso con la distinción temas/aportaciones se abre la posibilidad de esclarecer cuáles han sido los `temas candentes` en las discusiones sobre las funciones del tribunal, es decir, cuáles son los *peligros* que el tribunal debe procesar y por qué. Nuevamente, si recordamos los axiomas expuestos, se podría responder la pregunta de qué le interesó al constituyente o al legislador como función, pero teniendo en cuenta qué causa más debate, qué necesita de mayor precisión, de mayor fineza a la hora de ser insertado en la ley. El segundo criterio busca preguntarse por las decisiones y cómo se articulan como premisas de decisión. En términos legales, cómo las sentencias generan jurisprudencia que orienta la hermenéutica interpretativa de la Constitución en la fundamentación de los fallos. Esto será central en la forma de observar los derechos fundamentales y realizar su jerarquización al decidir. Por último, la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional operativiza lo que la carta magna delimita como potestades y prerrogativas, estructurando la relación Constitución/Tribunal. Por lo tanto, de qué manera se relaciona organizacionalmente las potestades con los procesos legales.

Los tres criterios podrían ser resumidos como la historia del TC como máquina histórica.

II.III La evolución del Tribunal Constitucional chileno: La Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado como constituyentes.

II.III.I Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o *Comisión Ortúzar*:

Las primeras discusiones sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional chileno post Golpe Militar se pueden rastrear en la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o *Comisión Ortúzar*, la cual comenzó a sesionar poco después del golpe de 1973, específicamente el 12 de Noviembre, teniendo plena validez legal bajo el Decreto Supremo (DS) N° 1.064 (Tovar Mendoza, 1999). El TC como tema se encuentra presente en cuatro sesiones (°358, °359, °360 y °415), las cuales consideran relevante discutir las siguientes potestades: i) resolver de manera obligatoria la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales; ii) realizar un control de constitucionalidad de carácter facultativo, a petición de los máximos representantes de los órganos públicos, iii) control de constitucionalidad de la ley en función del reglamento; iv) controlar los Decretos con Fuerza de Ley (DFL) y la convocatoria a plebiscito; vi) dictaminar la inconstitucionalidad de los partidos políticos que tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de la libertad y la democracia o poner en peligro la existencia de la República y vii) sancionar la infracción del inciso segundo del artículo 11° de la Constitución (que será posteriormente el art. 8 actualmente derogado) sugiriéndose la pérdida de la ciudadanía como pena al infractor (HDL, 2010:6-7)².

Los temas considerados de mayor importancia por las sesiones pueden ser agrupadas en los siguientes:

a) El carácter de lo político del accionar del tribunal:

El tribunal debe tener un carácter técnico, siendo necesario que todos sus jueces (ministros) sean abogados. Para no caer en diatribas políticas debe tener especial cuidado al arbitrar conflictos de competencia entre poderes del Estado. Otras argumentaciones (v. gr. Enrique Ortúzar, Raúl Bertelsen Repetto y Jaime Guzmán) diferenciaron entre los análisis estrictamente jurídicos y los posibles impactos políticos de las decisiones. En otras palabras, no es que los juicios sean políticos sino que tienen un impacto político. El caso que se toma como ejemplo es la declaración de ilegalidad de un partido político. Jaime Guzmán, para subsanar los posibles problemas que derivan del 'contenido político' de las decisiones, propone crear una vía propia en la creación del TC que deje de lado la experiencia internacional, poniendo acento en la seguridad y protección de la democracia (HDL, 2010:8-10).

² Por motivos de estilo y claridad la *Historia de la ley del artículo 93 de la Constitución* será abreviada en las citas como HDL, pero manteniendo su nombre original en la bibliografía.

b) Calificación y pena de los considerados enemigos de la institucionalidad:

Antes de consignar resumidamente los argumentos relacionados con las potestades de juzgar a los enemigos de la 'democracia', como los llamara Guzmán, es necesario hacer referencia al fenecido artículo octavo de la Constitución, derogado en el Plebiscito de 1989, el que no debe ser confundido con el actual numeral -principio de probidad y publicidad.

El artículo versaba:

"Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y los movimientos o partidos políticos que por sus fines o por la actividad de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales.

Corresponderá al Tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la Constitución o en la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas precedentemente no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contado desde la fecha de la resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimientos de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieren a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además, de pleno derecho.

Las personas sancionadas en virtud de este precepto, no podrán ser objeto de rehabilitación durante el plazo señalado en el inciso cuarto.

La duración de las inhabilidades contempladas en este artículo se elevará al doble en caso de reincidencia."

Como se desprende de su lectura, el artículo es amplísimo y entrega grandes potestades de interpretación al TC en su aplicación –¿sería considerado grupo atentatorio contra la familia uno que fuera pro aborto? Es interesante, por tanto, observar cuáles fueron los puntos más discutidos en la redacción final de dicho artículo y sus conexiones con el TC. Un tema candente en el debate fue la necesidad de calificar la idoneidad de los candidatos a

presidente de la República a través del artículo 8°. La idea era que el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), integrado por el Presidente de la República, los presidentes de ambas cámaras parlamentarias, el Presidente de la Corte Suprema, los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros, emitiera un informe sobre si la persona interesada en presentarse a la elección calificaba para ser candidato. Posteriormente a la entrega de información relevante, el TC debía autorizar o rechazar la postulación del candidato (HDL, 2010: 10).

La discusión aún más extensa fue sobre la pérdida de los derechos ciudadanos como pena. Entre las opciones barajadas se puede dar cuenta el diferenciar la comisión de un delito, sancionado debidamente por los tribunales de justicia, de la posibilidad de ser juzgado por atentar contra la institucionalidad. También la discusión se centró en el grado de la pena: si esta debía acreditar la pérdida de ciudadanía, solamente el derecho a voto, la imposibilidad de participar en empleos públicos o de elección popular. Cabe constatar que para los miembros de la Comisión Ortúzar la condena no debía ser demasiado drástica por los efectos políticos que acarrearía, pero si dar cumplimiento de un castigo (HDL, 2010:11-15). Pero aún más interesante de analizar es la discusión sobre si una idea expresada es un acto, por ende, capaz de ser perseguido por la ley. El argumento de Jaime Guzmán es clarificador:

"El señor GUZMAN [sic] expresa que una de las perturbaciones intelectuales más increíbles en que se ha caído en Chile por parte especialmente de la casi unanimidad de la Democracia Cristiana y sus simpatizantes, es que jamás han logrado entender que algo tan elemental como lo es el que la difusión de una idea constituye un acto. Ellos dicen que puede sancionarse un acto pero no una idea. Es natural, anota, que no puede sancionarse una idea mientras permanezca en el fuero interno de una persona, porque pertenece al mundo sagrado de la conciencia, pero cuando se difunde esa idea pasa a ser un acto, tan completo como sería clavarle un puñal a alguien. Se puede, agrega, cometer un acto con la palabra, pero esto no se ha querido reconocer nunca. Hace pocos días, añade, incluso un distinguido obispo decía que lo que se sanciona es el delito pero no la idea y que ahora también se desea sancionar las ideas. Así, reitera, no se quiere comprender que la difusión de una idea necesariamente es una conducta." (HDL, 2010:16).

En términos sistémicos, la diferencia entre idea y acto se establece cuando la primera se comunica (Luhmann, 1992b). El problema es que para el Poder Judicial una idea, mientras en su acto no constituya delito, no puede ser perseguida. He ahí la importancia de diferenciar lo que es delito y lo que es posible de ser perseguido por el TC.

c) Circunstancias de decretar inaplicabilidad o inconstitucional de un precepto legal:

Otro tema relevante para la Comisión fueron los casos en que se debería decretar un precepto legal inaplicable o inconstitucional³. Al momento de la discusión el fallo de los recursos de incapacidad era potestad de la Corte Suprema, siendo considerada la posibilidad de traspasar esa función al TC. La discusión será retomada en el Consejo de Estado.

Ahora podemos ordenar los énfasis de la Comisión Ortúzar y aplicar la distinción riesgo/peligro como sigue:

Cuadro 2: Configuración de la distinción riesgo/peligro en la Comisión Ortúzar

Temas de mayor discusión en la Comisión Ortúzar	Configuración de la distinción riesgo/peligro
Necesidad de asegurar el carácter técnico del Tribunal.	El peligro se entiende como la no experticia en el conocimiento del derecho en una materia tan importante como la interpretación y el aseguramiento de la supremacía de la Constitución. Se configura el riesgo al considerar que todos los ministros deben ser abogados.
Posibilidad de existencia de enemigos de la institucionalidad y la democracia.	El peligro es el socavamiento de los valores que inspiran la constitución como la familia o la imposición de un orden totalitario o amparado en la lucha de clases (v. gr. marxismo). El riesgo se vuelve tema en el artículo 8° y en las penas que se contempla.
Potestad sobre conocer los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.	Se entiende el peligro como la puesta en cuestión de la supremacía de la Constitución por sobre cualquier otro precepto legal. El riesgo se concibe como quién detenta las potestades de la no aplicación de un precepto en un

³ Se considera inaplicable a un precepto considerado inconstitucional en un juicio concreto por una sola vez. Por su parte, se considera inconstitucional *erga omnes* a un precepto expulsado para siempre del orden jurídico. (Nogueira, 2002)

	juicio determinado (inaplicabilidad) o su expulsión del sistema jurídico (inconstitucionalidad <i>erga omnes</i>).
--	---

II.III.II Consejo de Estado de la República:

Ya con el proyecto de ley emanado por la Comisión, la tramitación fue continuada por el Consejo de Estado por petición del entonces Presidente de la República Augusto Pinochet. El Consejo de Estado, presidido por el ex Presidente Jorge Alessandri, estudió el proyecto constitucional desde 1978 hasta 1980, introduciendo ciento cincuenta comentarios derivados de cincuenta y siete sesiones plenarios (Nogueira, 2008a:329). En el período mencionado el TC fue materia de discusión en cinco sesiones (°54, °86, °87, °103 y °110).

A diferencia de la Comisión Ortúzar, el Consejo de Estado centró sus discusiones sobre las competencias del TC en relación a la Corte Suprema. El problema era si dejar que el más alto tribunal del Poder Judicial pudiera decretar la inconstitucionalidad de una ley por inaplicabilidad y el problema de que esa eventual ley inaplicable hubiera sido visada como constitucional por el TC. El diferendo es de competencias pues se puede decretar una ley como inaplicable por un análisis de inconstitucionalidad de la Corte Suprema, pero esa misma ley podría haber superado el control constitucional. En otros términos, declarar inaplicable algo que fue considerado constitucionalmente *cosa juzgada*. De igual manera, se suma que esa norma aprobada por ambas cámaras parlamentarias habría sido materia de discusión y acuerdo (HDL, 2010:37-43).

Para la resolución del conflicto se opta por mantener la potestad de la inaplicabilidad en la Corte Suprema, dejando claro que ella es la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, a excepción del TC, el TRICEL, los Tribunales Electorales Regionales, los Tribunales Electorales en tiempos de guerra y los Tribunales Militares en todo momento. Es interesante constatar que el modelo de inaplicabilidad ejercido por la Corte Suprema por el que decanta el Consejo se origina en una propuesta del gobierno del propio Jorge Alessandri (1964), rechazada en su momento por el Congreso (HDL, 2010:43).

Retomando los puntos álgidos de la discusión en la Comisión Ortúzar, la potestad de la designación de una norma como inaplicable fue el tema más controversial en el Consejo de Estado. El peligro es el conflicto de competencias en la declaración de inconstitucionalidad por inaplicabilidad o *erga omnes*, más el control de constitucionalidad que realiza el TC. Ejemplificando, una ley puede ser controlada y declarada constitucional por el TC, siendo posible que posteriormente la Corte Suprema no la aplique por conflictos con la *carta magna*. Paradojalmente se mantiene la diferencia de potestades existiendo aún la

posibilidad de un conflicto de competencias, tema que será abordado nuevamente en la reforma constitucional del año 2005. Si aplicamos la distinción riesgo/peligro a este problema desde el lado exterior de la distinción, el problema queda igual que en el cuadro sobre la Comisión Ortúzar. Por su parte, el riesgo del control posterior de constitucionalidad queda estacionado en la Corte Suprema.

En base a lo previamente expuesto, se puede argumentar sin temor a cometer errores, que los derechos fundamentales o los derechos humanos como equivalente semántico, no son siquiera nombrados como posible preocupación del Tribunal Constitucional. Si bien por el control constitucional de proyectos de ley, DFLs y decretos supremos se asegura que la diferencia entre derecho y política contenida en la carta se respete, no hay una discusión explícita sobre los derechos fundamentales y el rol del TC con respecto a ellos, tampoco de su relación con los recursos de amparo o protección. En el texto finalmente aprobado por el Consejo de Estado tampoco hay rastros. Cabe mencionar que después de la redacción del borrador hubo un último trámite legal antes que el texto fuera sometido a plebiscito. Nos referimos a las discusiones que existieron en el seno de la Junta de Gobierno que desgraciadamente tuvieron el carácter de secretas, no existiendo ningún documento que dé cuenta de los temas tratados (Nogueira, 2008a).

Un último cambio antes de la reforma constitucional del año 2005 fue el llevado a cabo en el Plebiscito de 1989. Posteriormente al Si/No que decretó las elecciones libres para presidente de la República y el fin del Régimen, se llegó a un acuerdo sobre reformas a la Constitución entre Renovación Nacional y los partidos de la Concertación (Andrade Geywitz, 1991; Etchepare, 2006). En esta reforma se derogó el artículo octavo de la Constitución, por tanto, también dejaron de estar vigentes el inciso 7° y 8° del articulado referente al rol del TC en la materia (HDL, 2010:51-55).

Terminado el análisis del primer período de discusión del constituyente, cabe mencionar cuáles finalmente fueron las potestades del TC desde 1980 hasta la Reforma del año 2005, incluidos los cambios de 1989. Resumidamente fueron atribuciones del TC: i) el control constitucional de las leyes orgánicas constitucionales; ii) resolver cuestiones de constitucionalidad de los proyectos de ley, reforma constitucional, DFLs, Decretos Supremos, plebiscitos, también los reclamos cuando el Presidente de la República no promulgue una ley y la constitucionalidad de un decreto o resolución impugnado por la Contraloría General de la República a petición del Jefe de Estado; v) declarar inconstitucionales organizaciones, movimientos o partidos políticos de acuerdo al artículo 8°, que al derogarse se cambió por los movimientos que inciten a la violencia o el totalitarismo (artículo 15°) y vi) resolver sobre las inhabilidades legales o constitucionales para ser designado ministro de Estado (HDL, 2010:47-50).

También es necesario mencionar que la construcción de membresía del TC hasta la reforma constitucional del año 2005 se realizaba como sigue:

- Tres ministros eran designados por la Corte Suprema, elegidos en votaciones sucesivas y secretas y por mayoría absoluta de sus miembros. Para mantenerse como

ministros del TC era necesario conservar la condición de magistrado del máximo tribunal del Poder Judicial.

- Un abogado designado por el Presidente de la República
- Un abogado elegido por el Senado, en votación por mayoría absoluta.
- Dos abogados elegidos por el COSENA.

Es necesario constatar que los ministros duraban ocho años en su ejercicio, renovándose de forma parcial y cesando en sus cargos si es que cumplían setenta y cinco años antes de la finalización de su período. Así el TC se componía de siete ministros, designando más ministros el COSENA que los poderes elegidos democráticamente. Volveremos sobre este punto.

II.IV La evolución del Tribunal Constitucional chileno: La Reforma del año 2005 y el 'nuevo Tribunal'.

Como hicieramos con las discusiones de la Comisión Ortúzar y el Consejo de Estado buscando aplicar el modelo expuesto en un principio, la intención de este apartado es observar los énfasis del debate en todo el proceso de la llamada Reforma Constitucional del año 2005 que se llevó a cabo bajo la presidencia de Ricardo Lagos Escobar, y que sin lugar a dudas, ha sido la mayor transformación de la Constitución en democracia. Como sostiene la actual presidenta del TC, Marisol Peña (2007), los cambios introducidos en la justicia constitucional son lo más destacado en la Reforma. Las funciones de la magistratura aumentaron fortaleciendo el modelo concentrado de control constitucional, así como reorganizándose la forma de estructuración de su membresía.

El debate sobre las reformas del TC comienza con dos proyectos presentados en el Senado. Uno por la oposición (*Alianza por Chile*) en el año 2000, que buscaba el control de los tratados internacionales, además de precisar casos en los cuales el tribunal pudiera actuar declarando la inaplicabilidad de una norma legal y los auto acordados de la Corte Suprema⁴. Por su parte, el oficialismo (*Concertación*) presentó una moción, que además de contener las ideas del proyecto de la oposición, sumaba la potestad de resolver los conflictos de atribución o jurisdicción entre poderes del Estado, sumada la posibilidad de que cualquier tribunal pudiera acudir ante una duda de constitucionalidad al TC (HDL, 2010:48-49). La discusión sobre las nuevas atribuciones comienzan con las recomendaciones de un grupo de expertos invitados al parlamento resumiéndose en: a) traspasar el recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al TC; b) control de constitucionalidad obligatoria de tratados que versen sobre temas contenidos en leyes orgánicas constitucionales; c) control preventivo y obligatorio a los auto acordados de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y del TRICEL; c) resolver contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, potestad detentada en ese momento por el Senado, d) perfeccionamiento del control de los decretos emitidos por el Presidente de la República, e) no cambiar el resguardo de las garantías constitucionales –protección y *habeas corpus*– desde las Cortes de Apelaciones al TC, anticipando los problemas administrativos que se generarían si este último procesara todos los recursos. (HDL, 2010:66-74).

Las opiniones de la Corte Suprema y de los ministros del TC fueron: i) los tratados que se relacionaran con LOCs debían ser materia de control obligatorio; ii) sobre la necesaria constitucionalidad de los auto acordados y trasladar el recurso de inaplicabilidad al TC, pues solamente él debería tener el poder de control represivo de cualquier norma; iii) en la potestad de resolver las contiendas de competencia no hubo acuerdo, pues algunos consideraron que esto debía continuar en el Senado y que, en el caso hipotético de que

⁴ Por auto acordado se entienden las normas jurídicas que emanan de tribunales superiores sobre la forma de proceder en determinados casos. Este tipo de regulaciones, como las de la Corte Suprema, deberían ser materias de ley (Zuñiga, 1998). He ahí su importancia a la hora de considerar la constitucionalidad de los auto acordados.

hubiera una contienda con la Corte Suprema, se pondría en cuestión su rol de cabeza del Poder Judicial (HDL, 2010:74-79).

Posteriormente a las discusiones, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acordó asignar las siguientes potestades al TC: a) control preventivo obligatorio de los tratados internacionales que se relacionen con materias de LOCs; b) control de constitucionalidad de los auto acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el TRICEL, que tengan relación con materias constitucionales, c) cambiar la potestad de declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal vigente contrario a la Constitución desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, por forma o fondo, pudiéndose declarar inconstitucionalidad *erga omnes* del precepto legal considerado inaplicable después de tres fallos uniformes y unánimes; d) trasladar desde el Senado y la Corte Suprema la potestad de resolver la totalidad de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia (HDL, 2010:85-90).

La comisión consideró relevantes algunas indicaciones realizadas al proyecto tales como que cualquier tribunal de la República pudiera acudir al TC sobre dudas de constitucionalidad (aprobada), el control de normas inferiores a ley emanadas de agente público y el peligro de convertir el TC en una Corte de Apelaciones (CA) que tenga que dictar sentencia sobre las más variadas normas, sobre la carga de trabajo que tendría con las nuevas prerrogativas, así como la necesidad de impedir que las personas naturales pudieran acudir con recursos de control o revisión de constitucionalidad de proyectos de ley.

En la sala del Senado los temas se centraron en los recursos de inaplicabilidad y la resolución de contiendas de competencia, función desempeñada por el mismo Senado (HDL, 2010: 142-147).

Una vez aprobado el proyecto, el trámite continuó en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados. Cabe destacar dos intervenciones, la del diputado Zarko Luksic quien consideró que el proyecto de ley buscaba aumentar las facultades del TC para conocer de la vulneración y violación de los DDFP una vez agotada la vía judicial administrativa, como ocurre en el resto del mundo. Mientras por su parte Juan Bustos, manifestó como inaceptable que no se contemplara un recurso de amparo constitucional (HDL, 2010:160). En la misma línea, la Cámara en discusión en sala, planteó que debían ser todos los auto acordados sujetos a control constitucional y no solamente los que tengan relación con LOCs (HDL, 2010: 163). Posteriormente se agregó la idea que la resolución de conflictos de competencias por parte del TC fuera sólo en relación a la Corte Suprema (HDL, 2010:182-185)

Al volver a la Comisión de Constitución del Senado, esta estuvo en desacuerdo con la Cámara sobre la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en un proyecto de ley que estuvieran fuera del requerimiento. Nuevamente emerge el tema de las atribuciones judiciales del Senado y el posible cambio de potestad, sobre el cual el gobierno está de acuerdo, no así el Senado (HDL, 2010:202-205). La comisión vuelve nuevamente

sobre el rol del TC en los tratados internacionales, el control de constitucionalidad de los auto acordados y la estructuración de competencias entre el TC y la Corte Suprema.

Ya despachado el proyecto al Presidente de la República –agosto de 2005, este respondió vetando de forma aclaratoria secciones del proyecto, aportando solamente con la necesidad de un control de constitucionalidad de las instrucciones generales del Ministerio Público – auto acordados, incluso considerando la posibilidad de ser solicitado por toda persona afectada en sus derechos fundamentales (HDL, 2010:212-213) Esta idea será finalmente desechada por la especial insistencia del senador José Antonio Viera-Gallo, quien argumentó la posibilidad de ser utilizado por el crimen organizado o por narcotraficantes para entorpecer la labor del Ministerio Público, no tematizando el fondo de la defensa de los DDF (HDL, 2010:222-226). No es menor que el ex senador hoy sea ministro del TC.

Después de esta árida pero necesaria descripción, podemos afirmar que los temas más relevantes en la prolongada discusión de la reforma a la constitución fueron: a) el control constitucional de los tratados internacionales y los auto acordados; b) resolver los conflictos de competencias entre autoridades políticas o administrativas que no correspondan al Senado y c) la potestad de los recursos de inaplicabilidad.

Sobre el control de los tratados es interesante dar cuenta de que se mencionó en algunos debates los problemas que había generado la firma de la Convención 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, el que en su momento, fue cuestionado por el TC al establecer la existencia de contradicciones con la Constitución. Dicha Convención ha tenido importantes impactos en el ordenamiento legal interno, en sus aspectos civiles y legales (Bustamante, 2013). Es necesario mencionar también que el problema sobre la potestad del recursos de inaplicabilidad vuelve a ser relevante, incluso invocando los mismos argumentos esgrimidos en las sesiones del constituyente.

Antes de realizar el análisis de los temas y la distinción riesgo/peligro, consideramos importante detenernos en el gran ausente de la discusión tanto del constituyente como del legislador en la Reforma del año 2005: la forma de elección de los miembros. La génesis de la membresía de los TCs, si se observa el derecho comparado, es siempre problemática. La pregunta sobre quién elige a los integrantes del tribunal puede caer en politizaciones consideradas muchas veces inaceptables. El caso español es digno de mencionar pues los partidos políticos en vez de seleccionar a los candidatos idóneos, tomando en cuenta sus competencias en el ámbito del derecho, seleccionan militantes o simpatizantes de su propia tendencia (Ríos Álvarez, 2004). Pero, recordando la forma de las preguntas cibernéticas, no debería extrañar que los partidos utilizaran este tipo de argucias, lo que causa suspicacia es la falta de referencias en la historia de la ley sobre cómo elegir a los integrantes. Como constatamos más arriba, el constituyente no lo tomó en cuenta y resolvió que se le entregara un peso importante al COSENA, dando así un rol importantísimo a las FFAA en la elección de los miembros de la corte.

Tal como hicimos en la sección anterior, podemos clarificar los temas y su relación con la distinción riesgo/peligro de la siguiente forma:

Cuadro 3: Configuración de la distinción riesgo/peligro en la Reforma Constitucional del año 2005.

Temas de mayor discusión en las cámaras en la Reforma del año 2005	Configuración de la distinción riesgo/peligro
Control de constitucionalidad de tratados internacionales.	El peligro se entiende como la posibilidad de que una LOC o la Constitución entren en conflictos con un tratado. El riesgo se configura al asignar la obligatoriedad del control constitucional de los mismos.
Control de constitucionalidad de auto acordados.	Al considerar materias de ley o del ámbito procesal de los altos tribunales, el peligro es que la inconstitucionalidad de un auto acordado viole la <i>carta magna</i> , incluso negando ciertos DDFF. El riesgo se calcula en la medida en que quedan bajo control constitucional previo.
Resolver los conflictos de competencias entre autoridades políticas o administrativas que no correspondan al Senado.	La configuración del peligro refiere a la pérdida de potestad del Senado como tribunal, que se refleja en la capacidad de intervenir en diferendos de competencias y en las acusaciones constitucionales (v. gr. caso Harald Beyer). El riesgo se comprende en la mantención de la potestad para no mellar el poder de la Cámara Alta.
Potestad sobre los recursos de inaplicabilidad	Al igual que en el Consejo de Estado, el peligro se encontraba en el cruce de competencias. El control constitucional previo era materia del TC pero no la represión de una norma, por lo que se resuelve traspasar la potestad.

Después del análisis previo, se pueden resumir las actuales atribuciones del TC, pos Reforma de 2005, en las siguientes: resolver sobre la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un precepto legal (i), los reclamos cuando el Presidente de la República no promulgue una ley (ii), los problemas que se susciten entre el Jefe de Estado y la Contraloría General

de la República (iii), contiendas de competencia (iv), inhabilidades de parlamentarios y ministros (v); ejercer control constitucional sobre leyes que interpreten algún precepto de la Constitución (vi), de la modificación de cualquier LOC (vii), de tratados que se relacionen con ellas (viii), de los auto acordados dictados por la Corte Suprema (ix), de Apelaciones (x) y del TRICEL (xi), de los proyectos de ley (xii) o de reforma constitucional (xiii), de los llamados a plebiscito (xiv), así como de la inconstitucionalidad de organizaciones o movimientos políticos y la responsabilidad de personas envueltas en dichas acciones (xv).

De igual manera, la construcción de membresía sufre importantes cambios:

- La Corte Suprema continúa eligiendo a tres ministros desde sus ministros.
- El Presidente de la República designa tres miembros.
- El Senado, desde su sola decisión, nombra dos ministros con la aprobación de al menos dos tercios de sus miembros.
- Por último, la Cámara de Diputados propone dos miembros que son habilitados finalmente por el Senado.

II.V La forma de las decisiones del Tribunal Constitucional chileno.

En los dos apartados previos hemos dado cuenta de las funciones que asignaron el constituyente y el legislador al TC, en consonancia con los temas y aportaciones más debatidos. De igual manera, la construcción de membresías en los dos momentos mencionados. Ahora la tarea que nos compete es analizar brevemente la forma que toman las decisiones del tribunal.

El primer problema que se puede identificar en la toma de decisiones del TC es que sus fallos son inapelables, por tanto, no hay segunda instancia. Esto impacta directamente en las posibilidades de interpretación de la carta magna en lo que la teoría jurídica llama su sentido único y verdadero. El constituyente o el legislador pueden asignar funciones, potestades, validación de requerimientos, etc., a la corte pero no una ´receta` hermenéutica de interpretación de la Constitución. Así, la interpretación ´única y verdadera` queda a criterio completo de la organización, sosteniendo esto último nuestro axioma de que la constitución está en la periferia y el tribunal en el centro. Ella desparadojiza operaciones, guía las posibilidades de elección, pero bajo ningún término determina cuál será el rumbo de las fallos.

Sobre la forma de las decisiones, Patricio Zapata Larraín considera que existen dos tipos de sentencias en el TC chileno. La primera es la interpretativa, posible de identificar bajo la fórmula “en el entendido que...”. Este arquetipo puede tomar dos modalidades: i) la identificación y consagración jurisprudencial del único sentido legítimo –interpretación positiva– y ii) como una declaración objeta una o más posibilidades de lecturas hermenéuticas –interpretación negativa. El problema se encuentra en que pueden validar, por medio de la interpretación, preceptos abiertamente inconstitucionales. Esta modalidad ha sido ampliamente utilizada por el TC desde 1985 (Zapata Larraín, 2006:179-182). Por su parte, el segundo tipo de sentencia son las llamadas ´exhortaciones al legislador`, que se dan cuando en vez de derribar un proyecto de ley por inconstitucional, la corte sugiere al legislador que corrija los problemas identificados. El problema es que una vez superado el escollo del control, incluir los comentarios queda a criterio del legislador. Más aún, el autor identifica sentencias con ´consejos` manifiestos a las cámaras, diagnósticos de realidades contenidas en los proyectos o explícitas muestras de apoyo a los proyectos legislativos, lo que violaría abiertamente las potestades del TC pues lo vuelve un organismo co-legislador, más que un legislador negativo. Sentencias de este tipo se pueden encontrar en la década de los noventa (Zapata Larraín, 2006:183-187).

Desde su nacimiento el TC tomó como suya la tarea de interpretar la Constitución. Al realizar el ejercicio hermenéutico se consideró primordial entender a la norma primera como un todo orgánico armónicamente relacionado. En el análisis jurisprudencial de la década de los ochenta Teodoro Ribera identifica dos tipos de decisión. Por un lado una inconstitucionalidad latente, donde el Tribunal manifiesta al legislador la necesidad de ajustes al proyecto controlado o proporcionando pautas para una mejor regulación en el

futuro, y por otro, la 'interpretación conforme a la Constitución' considerada una prevención de carácter general (1989:217:220).

Las formas descritas podrían ser ejemplificadas con una multitud de casos, pero por motivos de espacio y en aras de no alejar la investigación del camino trazado por nuestro objetivo general, consideramos que las formas de argumentación y hermenéutica jurídica se puede observar en los casos a tratar en el siguiente capítulo.

II.VI Síntesis

Al comenzar este capítulo configuramos el objetivo de especificar las características del control constitucional del TC y la identificación de sus criterios socio-organizacionales. Para llevar a cabo dicha meta descartamos orientarnos bajo las descripciones del por qué y para qué fue promulgada una nueva constitución en 1980, dejando de lado también la asignación que realiza automáticamente la teoría jurídica a los tribunales constitucionales, obviando la mayoría de las veces la paradoja que representan los DDFF.

Nuestro camino comenzó optando por la construcción de preguntas orientadas cibernéticamente y la elección de la teoría de sistemas por su apronte funcional-estructural, resumido en la observación de la distinción problema/posibles soluciones que ensambla un observador de primer orden. Acoplamos esta distinción a la idea de *management* desarrollada por Dirk Baecker (2012, 2013b), combinándola con las ideas de Marcelo Arnold (2012a) con el fin de construir una plataforma de observación organizacional.

Con los temas identificados podemos sostener que no fue preocupación del constituyente ni del legislador una abierta discusión sobre el aseguramiento de los DDFF por parte del TC. Más bien, como señala Scribner (2010) los temas pueden ser agrupados bajo lo que se entiende como 'juridización' de la política. En el constituyente los énfasis son qué hacer con los enemigos de la institucionalidad y cómo asegurar la supremacía de la Constitución, ese es el riesgo a tener en cuenta. Con veinte años de democracia, la estructura de los temas se mantiene pues las principales preocupaciones son la coherencia de las LOCs con los tratados internacionales y la Constitución, los auto acordados, nuevamente el problema de la inaplicabilidad y las querellas entre poderes. Siendo posible ir un poco más lejos, el interés está en el 'equilibrio' y 'armonía' que debe tener la relación entre derecho y política, estando la Constitución como mediador de ambos. En otras palabras, el problema que resuelve el TC es este y no el aseguramiento de expectativas de respeto a los DDFF, por lo menos, en las discusiones del constituyente y el legislador. Esta es su finalidad, la forma que debe tomar su estructura de competencias, no contando con las personas como su entorno principal: prueba de ello es el repetitivo argumento de no convertir al TC en una *super Corte de Apelaciones*. También es necesario destacar que la LOC del propio TC contempla una sola mención a los DDFF, cuando habla de su posible vulneración por un auto acordado, que a pesar de que se interponga un requerimiento no evita que siga operando (Art. 37 A).

Con todo, en base a la teoría de la organización que hemos expuesto, podemos configurar el siguiente cuadro:

Cuadro 4: Dimensiones de operación organizacional del Tribunal Constitucional

Producción de Información	Producción de Entornos	Producción de Personas Miembros	Producción de Estructuras
Se puede observar en la forma de la hermenéutica jurídica negativa o positiva, pues ella vuelve probable/improbable la forma de interpretación de la norma.	Se encuentra en la admisibilidad de las causas. De lo expuesto los principales entornos del TC son el poder legislativo y el ejecutivo. La potestad del tribunal tiene criterios demarcados de accesibilidad que determina quién puede ser entorno y quién no.	La membresía se orienta bajo criterios técnicos de elección donde participan todos los poderes del Estado. Extrañamente no fue materia de discusión ni por el constituyente ni por el legislador.	La producción de estructuras se encuentra en las potestades, su relación con la forma de articulación hermenéutica y el acoplamiento con la Constitución. Si una de esas tres dimensiones cambia las estructuras y su producción también.

La contrastación de la configuración que hemos realizado del Tribunal Constitucional chileno en el siguiente capítulo será puesta a prueba. Si concluimos aquí que entre los temas relevantes para el constituyente y el legislador no se encuentran explícitamente el aseguramiento de los DDFD o la apelación a la semántica de los DDHH, sino otros riesgos y peligros, podremos comenzar a cuestionarnos sobre qué es lo que ocurre cuando se está ante la obligación de decidir en casos que se relacionan con estos derechos.

Capítulo III

Observación y procesamiento de riesgo en fallos de alta connotación pública en el Chile actual dirimidos por el Tribunal Constitucional.

III.I Introducción

En el capítulo anterior construimos un modelo de observación organizacional del Tribunal Constitucional, considerando relevantes las funciones atribuidas por el constituyente y el legislador, la estructuración de su membresía y, de manera general, la forma de sus decisiones. Observamos también que los énfasis en las discusiones sobre sus atribuciones versaron sobre materias de control político, reconfigurándose también la forma de elección de los ministros. Por último, delimitamos la forma de su argumentación en dos estrategias: la hermenéutica constitucional y la exhortación al legislador.

Para configurar la posibilidad de observar el procesamiento de riesgo debemos hacer algunas aclaraciones.

En la teoría del derecho se ha sostenido que el TC tiene una directa relación con los DDFP contenidos en la Constitución, lo que se conoce como la figura del *guardián*, tanto en su rol ante la mantención del equilibrio de poderes en el funcionamiento del Estado, como en la defensa de los individuos. Pero el resguardar los derechos mencionados oculta una profunda paradoja al tener los derechos que ponderarse de manera 'lógica' cuando colisionan. En otras palabras, se debe posicionar un derecho sobre otro en ese 'evento' concreto que es el proceso judicial. Así, la paradoja se vuelve unidad de la diferencia en la ponderación de dos o más derechos donde uno(s) está(n) por sobre el otro. Ambos coexisten en el evento de la decisión (sentencia) al ser observados para posteriormente establecer una supremacía *contingente* de un derecho sobre otro, nuevamente desplegando la paradoja al seguir coexistiendo ambos.

Un punto que debe sumarse a nuestro análisis es que procedimentalmente ningún tribunal de la República puede desconocer una solicitud judicial sin una decisión conforme a derecho. Más aún, si se rechaza *conocer* sobre el tema debe ser en base a una *argumentación jurídica* i. e. inadmisibilidad, no ha lugar, declaración de incompetencia, etc. (Luhmann, 1998b). De otra manera, la configuración sistema/entorno ubica al tribunal y su decisión en el centro, lanzándose al entorno todo lo demás. Por ello es relevante ahondar en la idea de argumentación jurídica, la que se configura como una forma de dos lados que contiene la distinción redundancia/variedad.

Como cualquier sistema social las organizaciones, por ende los tribunales, construyen sus estructuras en base a la diferencia entre estructuras y eventos –como mencionamos en los capítulos anteriores, configurándose la validez jurídica en co-emergencia con las decisiones (sentencias), la continuación de la operación del sistema del derecho, su código y programática (Luhmann, 1998c).

Dado lo anterior, en este capítulo consideraremos relevante configurar una plataforma de observación del procesamiento de riesgo en la articulación de decisiones sobre la base de hitos, es decir variedad que debe ser procesada desde la redundancia, tomando en cuenta la *forma* de la argumentación jurídica en lo que llamaremos *casos de alta connotación pública* (i). Contrastar nuestra propuesta con ejemplos de este tipo de casos, dando cuenta de la operación de la decisión jurídica y sus consecuencias (iii), justificando nuestra elección del caso de la *píldora del día después* como hito jurisprudencial especialmente relevante para generar una tentativa de respuesta a los problemas explicitados (iii). Para, en último término, volver a nuestra idea de procesamiento del riesgo y de qué manera se posibilita el observar la forma que toma la argumentación jurídica cuando debe lidiar con tesis que escapan del ámbito puramente legal i. e. moral, ciencia, política, religión, etc. (iii).

III.II Casos de alta connotación pública en el Chile actual (post reforma constitucional del año 2005).

Como bien señala Raffaele de Giorgi (2009), el desafío del juez constitucional se relaciona con mantener el ser y deber ser de la constitución, vinculando a la comunidad a través de ella, actualizando el pacto social y la soberanía, brindando finalmente coherencia a las operaciones del derecho y la política. Los problemas emergen cuando la soberanía abre preguntas por quién es el soberano, cómo mantiene su soberanía o como la fundamenta contextualmente.

Como vimos en el segundo capítulo, una forma de resolución al problema se puede encontrar en la operación de la hermenéutica jurídica que busca una fundamentación del precepto ´profunda` o una aprehensión de la ´auténtica intención` del constituyente o del legislador. A la luz de la distinción medio/forma (Schiltz, 2003; Corsi, 2012), la ´intención` es un poderoso medio, posible de esgrimir desde la revisión de las discusiones que dieron origen a la redacción de tal o cual artículo, configurando un lado que permite un firme acople a las formas argumentativas. Refuerza nuestro punto el pensar cómo un debate tan antiguo y relevante como lo es la posibilidad de observar intenciones (Gardiner, 1961; von Foerster, 2003a; Collingwood, 2004), se resuelve de manera tan simple por los abogados.

Otro inconveniente a sumar es que en la interpretación y reinterpretación el juez constitucional activa procesos de memoria –lo posible de recordar/imposible de recordar– que están más relacionados con el sistema jurídico que con el sistema político. Podemos sostener que la distinción valores/intereses que orienta el recordar del sistema político no debe lidiar con una coherencia como si lo debe hacer el sistema jurídico. Las normas se pueden interpretar pero esa decisión (sentencia) actúa como premisa para la siguiente, i. e. el problema es de coherencia con respecto a la jurisprudencia (de Giorgi, 2009). El político siempre se podrá desdecir o afirmar algo y decidir de forma completamente distinta, puede ´no estar de acuerdo con lo que piensa`, pues la política se inmuniza contra la observación de segundo orden (Luhmann, 1994a; Torres Nafarrate, 2004). El juez si opera de la misma manera tiene que aceptar las consecuencias entrópicas de decidir en casos similares basado en el antojo, la presión, la fama, etc. Aún más claro: el político vincula, el juez dirime.

Si volvemos a la discusión sobre si existen normas irrenunciables en nuestra sociedad (Luhmann, 2008a), el problema es cómo ponderar derechos irrenunciables en base a una decisión que debe buscar coherencia, que al ser ante el TC no tendrá una apelación posterior. En este sentido, validez jurídica significa la suma de argumentación en base a la Constitución como norma, pero con variados DDFD contenidos en ella, y la articulación hermenéutica. Siguen los problemas, ya que se debe argumentar y decidir en cada caso, debiendo ponderar los derechos y establecer jerarquías en su aplicación.

Un ejemplo puede ilustrar a lo que nos referimos. A finales de la década pasada la tribu de los Suruahá, localizados en el Estado de Amazonas, fue tema de un enconado debate en Brasil. Su derecho consuetudinario obliga a asesinar a los recién nacidos con una

deficiencia física o de salud en general. En la misma línea, la tribu de los Yawanawá también fue objeto de polémica pues cuando nacen gemelos la tradición mandata quitarle la vida a uno de ellos. Por supuesto, la Constitución brasileña asegura como fundamental el derecho a la vida, abiertamente violado por estas tribus –en términos ‘occidentales’ claro. El tema fue fruto de un enconado debate político, donde algunos diputados argumentaron la imperiosa necesidad de obligar, por la fuerza si fuese necesario, a que se terminaran estas prácticas rituales pues el derecho a la vida es un absoluto que emana de la ‘esencia’ del ser humano. Por otro lado, antropólogos consultados en calidad de expertos, hacían patente las consecuencias de adoptar el criterio de los diputados en términos del atropello a las tribus y las consecuencias etnocidas de la acción (Neves, 2010).

La pregunta ahora más clara es ¿qué hacer ante esta irremediable colisión de derechos? ¿cómo elegir entre opciones que irremediamente serán trágicas?

Las llamadas elecciones trágicas –*tragic choices*– se muestran como dos opciones que, como dijimos, irremediamente tendrán consecuencias indeseables y se sabe que será así (Calabresi & Bobbitt, 1978). Lo que se intenta es ponderar e interpretar, por ejemplo, cuál es el mayor mal, cuál es el menor impacto....si salvar niños recién nacidos o custodiar el derecho de autodeterminación cultural del ‘otro’, si resguardar el derecho a la vida o aniquilar a una cultura, cambiar la Constitución o quedarse con la actual a pesar de las críticas.

Esta forma de enfrentarse a elecciones trágicas no está muy lejos de lo que hace un juez constitucional al tener que reflexionar su voto sobre un requerimiento. Como señalamos más arriba, la validez del derecho siempre es una salida ante el posible cuestionamiento a la sentencia, pues cualquier decisión será conforme a derecho al no haber recursos de nulidad o casación ante la decisión del TC; más allá de si se elige ‘bien o mal’ el fallo seguirá siendo legal. Por mucho que los diputados brasileños rezonguen el asesinato será ritual y no parricidio, quedando fuera del rango del derecho penal. En términos técnicos, serán parte del entorno.

La coherencia siempre precaria del sistema jurídico no encuentra un punto arquimédico en el cual sustentarse. Ante una decisión trágica la argumentación jurídica debe procesar la novedad desde la capacidad que brinda la redundancia de las decisiones anteriores. Así es como los límites del derecho se develan en toda su magnitud, pues el aseguramiento de expectativas normativas que se manifiesta al operar la validez no es justicia como esencia, racionalidad, integración social, sino decisión. Las expectativas se acoplan al código del derecho simplemente dirimiendo quién está del lado del derecho y quién no (Luhmann, 1990).

Nuevamente se refuerza nuestro axioma ya que el sistema, al verse obligado a decidir, observa la Constitución y pondera el cómo interpretarla y de qué forma. Siguiendo el esquema problema/posibles soluciones, el motivo de nuestra observación no es encontrar una decisión más correcta que otra, juzgar qué decisión hubiera sido mejor configurándonos como un juez del juez, ni tampoco intentar encontrar qué es lo que se esconde detrás o qué es lo que nosotros vemos que el juez no vio...o no quiso ver

(¡intencionalidad!) (Luhmann, 1994b, 2002c). Más bien nuestro objetivo es preguntarnos cuál es el lado no-marcado de las distinciones que se trazan en las decisiones y qué es lo que queda fuera en base a la articulación de nuestra distinción guía riesgo/peligro. En otras palabras, realizar un ejercicio de deconstrucción de la decisión desde la observación de segundo orden (Luhmann, 1993).

Pero ¿cómo seleccionar los casos judiciales a observar? ¿cuál considerar relevante o más relevante?

Para responder estas preguntas, aunque sea un poco obvio, nuestro primer criterio es temporal. Si vamos a observar al tribunal constitucional existente, debemos analizar sus decisiones desde su configuración actual como organización, es decir, desde el año 2005. Un segundo criterio tiene que ver con el impacto de ciertos hitos jurisprudenciales, que tienen una alta connotación pública al tratar derechos observados como especialmente sensibles en la sociedad. La idea de ‘hito’ se relaciona con sentencias o procesos judiciales que son habitualmente citados en los análisis jurisprudenciales, la enseñanza del derecho y en los procesos siguientes. Es decir, se convierten en relevantes para la sucesiva operación del sistema⁵. Por lo tanto, la idea de *casos de alta connotación pública* se relaciona con lo anterior al configurarse como procesos que son hitos por la novedad de los requerimientos, poniendo a prueba la coherencia de las decisiones anteriores –redundancia, debiendo lidiar con la obligación de decidir en términos legales. Más todavía, si todos los votos deben ser justificados por escrito. Estas características nos permiten observar cómo la corte entiende ciertos peligros que deben ser trasladados a la esfera del riesgo en la toma de decisiones. Algunos ejemplos jurisprudenciales de nuestro período mencionado pueden arrojar luz a nuestra definición.

En Chile, a pesar de haber sufrido diversas reformas, la sodomía sigue siendo penada con hasta tres años y un día de cárcel⁶. El 4 de enero del año 2011 la Defensoría Penal Pública presentó un requerimiento en defensa de un acusado de este delito, el que finalmente fue fallado en contra. Entre sus argumentos se encontraba un informe de catorce profesores de derecho penal que sostenía la existencia de una violación a los derechos fundamentales de la privacidad, la igualdad ante la ley y el libre desarrollo de la personalidad. Por su parte, el TC sobrepuso el *ius punendi* o capacidad punitiva del derecho, por sobre los derechos mencionados en salvaguarda a los posibles daños al desarrollo psicosocial del menor púber que pudiera causar la penetración anal por parte de un hombre mayor de edad⁷.

⁵ La cercanía con las ideas de Bourdieu tratadas en el primer capítulo son patentes, aunque imposibles de tematizar aquí.

⁶ La pena se contempla en el art. 365 del Código Penal: “El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”

⁷ Cabe recordar que después de los catorce años y antes de los dieciocho la catalogación del individuo por el derecho es la de *menor púber*. El delito de sodomía es diferente al de violación o al de estupro. En resumen, la violación es cualquier relación sexual forzada en el que el hombre accede carnalmente a una mujer, así como automáticamente en cualquier relación sexual de un hombre con un menor bajo los catorce años, a no ser que sea un hombre mayor por máximo dos años. Si la relación sexual fuere con menor púber, por medio de la seducción o engaño (no por la fuerza) es estupro (Cisternas, 2011).

Los análisis jurisprudenciales ponen en tela de juicio la suspensión de los derechos fundamentales mencionados si ocurre la relación sexual en cuestión, principalmente porque hechos similares no son perseguidos penalmente ni se toma en cuenta el impacto de que ocurran. Entre ellos se puede contar: a) una relación sexual heterosexual en que haya penetración anal de hombre a mujer o de mujer a hombre -aunque irónicamente para la ley los `objetos` que llevan a cabo la acción no constituyan `acceso carnal`; b) entre mujeres -con cualquier tipo de objeto; c) de un menor púber hacia un mayor de edad o d) entre menores púberes (Cisternas, 2011). Algunos análisis acusan incluso un uso discrecional de la jurisprudencia internacional, de estudios científicos y de la hermenéutica constitucional por parte del tribunal (Bascañan, 2011). La pregunta es ¿por qué en estos hechos no se ejerce también el *ius punendi*? Sintéticamente, es de mayor importancia el peligro del posible daño traumático a la personalidad del hombre menor púber que puede causar una relación sexual homosexual *consentida* (j) –recordar la diferencia con el estupro, por ello el artículo del código penal debe seguir siendo aplicable ante aquel riesgo latente.

Otro ejemplo ilustrador de lo que entendemos por casos de alta connotación pública se puede encontrar en un requerimiento admitido por el TC, vía recurso de protección, ante el alza del plan de salud de una mujer por el sólo hecho de cumplir sesenta años. Proceso judicial que coronó una larga lista de cientos de recursos de este tipo en contra de las Isapres, sentenciados en su mayoría a favor de los usuarios (Nash & Irarrázaval, 2009).

Un primer punto interesante a tomar en cuenta es que el recurso de protección, que dio contenido al requerimiento ante el TC, fue en base al derecho a la salud. El problema es que este derecho, aunque socialmente muy valorado, no está contemplado según la norma primera dentro de las competencias de dicho recurso (Soto, 2009:177). Los derechos fundamentales que se problematizan son el de propiedad y libre empresa, por el lado de las Isapres, mientras que por lado del requirente fueron el derecho a la salud y a elección sobre el tipo de sistema de salud (público/privado).

El TC falló a favor de la requirente declarando inconstitucional la sección de la ley que autorizaba a fijar los precios a las Isapres, ya que violaba el derecho a la elección del sistema de salud al desconocer los derechos contractuales de la clienta y por el que había pagado regularmente. Subir drásticamente su plan significaba privarla del servicio.

Al establecer el TC que los particulares están obligados a asegurar en su prestación de servicios el correcto disfrute y goce de los derechos fundamentales, la sentencia se relaciona directamente con los llamados derechos económicos, sociales y culturales o derechos humanos de tercera generación (Nogueira, 2009). Como consecuencia de esta sentencia, por primera vez el TC sostuvo abiertamente que los derechos fundamentales contenidos en la *carta magna* deben ser asegurados por todos los actores sociales, incluyendo a los privados. En otros términos, una obligación históricamente asignada al Estado, específicamente desde la implantación del principio de subsidiaridad, se expande hacia los actores del mercado en el aseguramiento de la libre elección de los tipos de servicios. Alcances de este razonamiento han sido tema de enconado debate especialmente con relación a los derechos de salud y el rol de las Isapres. La polémica aún continúa y está

lejos de acabarse (Arellano, 2012; Barriá, 2012)⁸. Por último, si se retoma la distinción riesgo/peligro en la relación entre clientes e Isapres y el rol de tercer excluido del derecho, se puede sostener que el problema es más bien de confianza y de cómo los distintos involucrados procesan dicha distinción, a la luz de sus intereses (Luhmann, 2005b; Mariñez, 2012).

Otro caso interesante de observar es la sentencia sobre el requerimiento de inconstitucionalidad de la organización política *Patria Nueva Sociedad*, presentado el año 2010 por diversos parlamentarios de la entonces *Concertación* (hoy *Nueva Mayoría*), la Asociación para la Integración Latinoamericana y el Movimiento por la Liberación Homosexual (MOVILH). En opinión de los demandantes, dicha agrupación “profesaba explícita y públicamente las doctrinas nacionalsocialista y fascista [...], planteaba la violencia, la discriminación y la xenofobia como método de acción política y social, además de promover la creación de un Estado totalitario que desconoce los presupuestos básicos de un régimen democrático.” (Nash & Irrázabal, 2011:128).

La relevancia del caso radica en ser el primer requerimiento relacionado con derechos políticos desde la vuelta a la democracia y sin la vigencia del derogado artículo octavo. Después de solicitar información a la Agencia Nacional de Inteligencia (ANI), el TC decidió rechazar el requerimiento. Para nuestro tema es importante constatar la importancia de la reflexión sobre sus potestades en relación a lo que control político se refiere, identificando los derechos de asociación, libertad de conciencia, libertad de expresión, derecho a reunión y a presentar peticiones a la autoridad como los comprometidos en el proceso. Al referirse al controvertido artículo octavo, el TC menciona que dentro de sus potestades ya no se encuentra la persecución de la difusión de ideas, como viéramos en el capítulo anterior en la idea de Jaime Guzmán, ni tampoco de una ideología política en concreto. Es más, en su argumentación menciona la casualidad de que los únicos condenados y penalizados en sus derechos políticos durante la Dictadura hayan sido agrupaciones de izquierda (MDP, MIR, PC y PS). En la sentencia, se decidió dejar de lado la jurisprudencia, optando por el derecho internacional y comparado. Además, queda constancia que en futuras tramitaciones se tendrá cuenta del principio de *presunción de constitucionalidad* de las organizaciones políticas, considerando que mientras no existan actos concretos, el Tribunal no aplicará sus potestades punitivas (Zuñiga, 2012).

En el año 2010 diferentes parejas y matrimonios del mismo sexo acudieron al Registro Civil; los primeros para contraer matrimonio, los segundos para legalizar su vínculo contraído fuera de Chile. La entidad pública negó ambas peticiones amparándose en el art. 102 de matrimonio del Código Civil. En respuesta, los afectados presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, acudiendo la magistratura al TC por

⁸ Una tesis interesante de investigar pero imposible de hacerlo aquí, se relaciona con la actual discusión sobre el *activismo judicial* principalmente liderada por el Instituto Libertad y Desarrollo. Ellos sostienen que los jueces están yendo más allá de sus potestades jurisdiccionales invadiendo el rol del legislador, lo que puede tener importantes impactos en el mercado y en las expectativas de los diferentes actores sociales sobre las sentencias judiciales (García & Verdugo, 2013). Ante la importancia de los *think tanks* en la generación de agenda política (Pinilla, 2012), sería relevante investigar si es que este argumento ha generado, por ejemplo, proyectos de ley sobre la materia.

considerar, en este caso, dudosa la constitucionalidad de la acción. Los requirentes apelaron a la existencia de una violación de los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley, la autodeterminación y la libertad. La sentencia rechazó los argumentos, considerando que el matrimonio era ley sin rango constitucional por lo que quedaba dentro de las potestades del legislador efectuar algún cambio (Corral, 2011).

La discusión sobre el matrimonio homosexual, hoy de impacto mundial, ha generado fuertes debates sobre la regulación de la intimidad por parte del derecho, la conformación socialmente aceptada de la familia y, el tema más problemático, la posibilidad de adoptar hijos (Eskridge, Spedale & Ytterberg, 2004; Chamie & Mirkin, 2011; Rodríguez, 2011). Un tema de tan viejo cuño en la teoría social como el origen, función y conformación de la familia –baste recordar a Engels (1977)-, nuevamente se hace presente quebrando la antigua relación conservador/liberal sobre los temas ‘valóricos’, pues los homosexuales reivindican el concepto de familia y su derecho a constituir una. Por último, el fenómeno brinda interesantes luces sobre los diagnósticos de una sociedad mundial que debe enfrentar problemas, muchas veces comunes (Luhmann, 1997; Stichweh, 2007), que en el ámbito del derecho concatenan diferentes niveles de reflexión a nivel global (Neves, 2009)⁹.

Un caso especialmente sensible es el que enfrentó al Consejo para la Transparencia con el Ministro Cristián Larroulet, por la solicitud de sus correos electrónicos vía Ley de Transparencia. El ministro llevó el caso al TC y ganó el juicio, no entregando los correos (Rol N°2246-12). Al ser fallado el caso recién en enero de 2013, no existen todavía análisis jurisprudenciales. Aun así, lo interesante para nuestra investigación, hubiera sido analizar la ponderación de derechos fundamentales en el ámbito de un choque de potestades políticas que involucra a un ministro, teniendo especial consideración en el cómo se relaciona la distinción rol/persona en la forma de actor político (Japp, 2011). El dilema de hasta dónde una información tiene o no carácter público, cuáles son los límites al derecho a la privacidad cuando la información es de Estado, etc., se vuelven necesarios de resolver en este tipo de casos (Ruiz-Tagle, 2002)

Después de exponer estos ejemplos, se puede ir un poco más lejos en la definición de casos de alta connotación pública, al sostener que la consideración de hitos es en base a la novedad (variedad) que debe enfrentar la habitual redundancia de las decisiones, es decir, cuando en este tipo de eventos la introducción de la distinción sistema/entorno dentro del sistema causa variadas irritaciones. Lo anterior, puede ser por no haber precedentes ejecutoriados (Isapres, sodomía, Larroulet) o cuando la jurisprudencia previa se vuelve problemática (nacionalsocialistas). Los juicios mencionados sirven de orientación para ilustrar cómo esta relación entre redundancia/variedad se presenta como forma de argumentación jurídica. También han servido como ejemplos de la relación entre definición teórica (identificación de funciones) y contrastación empírica (condiciones estructurales de posibilidad) en base a la operación del sistema jurídico, y más específicamente al TC. En

⁹ En los instantes en que se escribe esta tesis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CADH) se encuentra recolectando información sobre el requerimiento de inconstitucionalidad del art. 102, en base a una causa presentada por idénticas parejas y matrimonios. La misma Corte fijó como fecha plazo al Gobierno de Chile el 24 de noviembre del presente, para que realice sus descargos, anticipándose un rechazo al argumento de los requirentes (Labra, 2013)

otras palabras, cómo es posible observar connotación pública de manera contrafáctica en lo que el propio sistema organizacional entiende como impacto hacia fuera de los límites de sentido propios.

En las páginas siguientes se desarrollará más esta idea, primero en la elección del caso de la *píldora del día después* como el de mayor relevancia para nuestros objetivos investigativos, y segundo, el siguiente pasó teórico antes de la observación concreta del proceso judicial completo.

III.III El caso de la *píldora del día después* como representación de procesamiento de riesgo por parte del Tribunal Constitucional.

Una vez definidos los casos de alta connotación pública, la pregunta en cuestión es ¿cuáles observar?, más todavía, en términos de redundancia/variedad en la configuración de argumentación jurídica, ¿cómo establecer criterios de relevancia? Sostenemos que los casos anteriores sirven de ejemplo como ilustradores de las lógicas que queremos presentar, pero para nuestros objetivos investigativos y su correcto desarrollo, el caso más relevante es el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de parlamentarios sobre el Decreto Supremo (DS) que autorizaba la distribución de la *píldora del día después* a niñas mayores de catorce años en la red de consultorios a nivel nacional.

Este caso representa novedades tanto en la discusión mundial sobre derechos fundamentales, como la pertinencia y posibilidad del Estado de Chile de asegurar dichos derechos. La querrela sobre la *píldora del día después* claramente se relaciona con el derecho a la vida y los derechos de autodeterminación e intimidad de las mujeres, con el aborto como trasfondo latente de la discusión. En este tema los tribunales de justicia y el TC han sido especialmente activos, al tener que resolver querellas entre parlamentarios, organizaciones defensoras de valores de inspiración conservadora y el Ministerio de Salud (MINSAL) con sus diferentes políticas de fertilidad (Nogueira, 2008b, 2009).

En el derecho comparado, como el caso de EEUU, el aborto y los derechos reproductivos han sido materia de fuerte controversia desde su legalización por parte de la Suprema Corte en 1973 (*Roe v. Wade*). A partir de ese momento, el rol de los tribunales de justicia ha sido central y el debate no se ha detenido con el pasar de las décadas (Deflem, 1998, Díaz, 2009). En términos comparativos, lo interesante surge al constatar que la situación del aborto fue resuelta por una resolución judicial de carácter constitucional y no por el debate político. En último término, el juez constitucional observó la incongruencia y decidió desde el derecho una controversia político-valórica. Por tanto, existe una discusión de al menos cuarenta años relacionada con el avance de la igualdad de género, la que en Chile se encuentra muy activa.

La relevancia del caso puede ser también vista en base a los actores involucrados en el proceso. El juicio comienza con la acusación de inconstitucionalidad del Decreto Supremo 48 por parte de diputados de la Unión Demócrata Independiente y Renovación nacional. Por el lado de la impugnación, se hicieron parte diversas agrupaciones religiosas tanto católicas como evangélicas, asociaciones internacionales, así como Universidades y expertos en derecho constitucional, bioética, medicina y reproducción sexual. En defensa del DS, participaron también expertos, mujeres particulares en su rol de usuarias de los anticonceptivos impugnados, ONG's internacionales en pro de los derechos fundamentales y parlamentarios cercanos al gobierno de la época (Díaz, 2009).

Esto nos permite observar cómo en el terreno del derecho se exponen diferentes argumentos sobre si causan abortos las píldoras y el Dispositivo Intrauterino o la

constitucionalidad de las consejerías del Estado en la entrega del medicamento a menores de edad. En la misma línea, es posible dentro de la relevancia del caso dar cuenta de interesantes aristas organizacionales y teóricas. En el proceso se acusó al tribunal de no respetar la esencia del derecho pues existiendo causales de inhabilidad para cuatro ministros, solamente uno se restó de la votación. De igual manera, el cómo se ponderaron los argumentos científicos sobre a quién le correspondía el 'peso de la prueba' o la manera en que se tematizó el derecho internacional. El proceso de toma de decisión puede ser rastreado a varios hitos judiciales anteriores, separando posiciones a favor y en contra, estando en juego la manera en que el Estado entendía y brindaba el derecho a la salud en materias de reproducción sexual de alrededor de un millón de mujeres chilenas, posibilitando una decisión adversa el derrumbe de la política pública en la temática (Cruz, 2011), aunque no la prohibición de la venta del anticonceptivo en el mercado, como veremos más adelante.

Si sostuvimos que la forma de decisión en los tribunales se hace en relación a la argumentación jurídica y la validez que emerge del propio derecho, es interesante observar cómo los argumentos basados en distintos medios de comunicación simbólicamente generalizados (Luhmann, 1998d, 1998e, 2007), especialmente la ciencia y el derecho, se incluyen o no como parte de la argumentación. En otros términos, argumentos científicos, políticos, morales, filosóficos, religiosos, económicos, pueden estar presentes en las argumentaciones de las diferentes organizaciones involucradas, abriendo la posibilidad de ser procesados o no en la decisión, lo que abre interesantes perspectivas sobre la latencia de las distinciones utilizadas (Luhmann, 1998f).

III.IV Estructuras de distribución y operación del medio del derecho como marco de observación del procesamiento de riesgo en el Tribunal Constitucional.

En un famoso pasaje de *El Proceso* Franz Kafka cuenta la historia de un campesino que llega ante las puertas de la ley, encontrándose con un guardián que le impide el paso. El campesino intenta todo para entrar: el soborno, la súplica, la argumentación, la espera...pero el protector de la puerta abierta sigue impávido en su posición, por lo que debe esperar días... años. Mientras todo esto ocurre el guardián le da una pista, si traspasa la puerta por sobre mí habrá más guardias, el tercero es tan temible que ni yo puedo mirarlo. El campesino, después de su larga espera, paradójicamente se encuentra ante otra puerta: la de la muerte. Agonizando pregunta al guardián por qué si la ley es para todos nunca llegó nadie a intentar traspasar la puerta, este responde que nadie había aparecido porque la puerta era solamente para él. Posteriormente se levanta y cierra la puerta para siempre (traducción de Borges, 2000).

El fragmento anterior nos sirve para identificar tres realidades descritas por la teoría de sistemas sociales. La primera se relaciona con el rol del observador y la imposibilidad de adscribir el mundo de manera completa, seleccionando partes, secciones, cuadros de él y reintroduciéndolos en las propias operaciones (Robles, 2012). La segunda con que es imposible, dado lo anterior, que la complejidad del mundo sea procesada por un solo sistema, articulando criterios de inclusión/exclusión sobre lo que es relevante a su función y lo que no, en otras palabras, lo que los sistémicos entienden por la relación entre código/programa (Luhmann, 1998g, 2008b, 2009; Nassehi, 2002). Por último, esa forma de operación que se hace cargo de problemas y se orienta a distintas posibilidades de soluciones, en un horizonte de posibilidades contingentes pero por ello no condicionadas, establece criterios de indiferencia sistémica (Luhmann, 1997; Pérez-Solari & Labraña, 2013).

Si llevamos lo anterior al sistema jurídico emerge el axioma que nos guiará en este apartado: el derecho desde sí no puede igualar punto por punto sus operaciones con las de la sociedad, estableciendo en su operación quién es parte y quién no de las prestaciones del sistema. Todo lo demás queda detrás de una barrera de indiferencia. En el entendido que lograra igualarse a la sociedad todo operaría bajo la legalidad, en otras palabras, lo que dictara el derecho sería una obligación fáctico-esencial para la sociedad toda, casi como la sublimación del sueño kantiano del imperativo categórico (Luhmann, 2002a; de Giorgi, 2000, 2011).

La pregunta que emerge desde estas ideas es ¿cómo el derecho, al no poder imponer sus lógicas a nivel de sociedad, opera construyendo criterios de inclusión/exclusión en sus decisiones desde la observación del riesgo de la violación de los derechos fundamentales?

Los ejemplos que hemos mencionado como casos de alta connotación pública nos sirven para ilustrar nuestro punto. El derecho selecciona qué es eventualmente observado como legal o ilegal, refiriéndose a sí mismo en el proceso. Desde su indiferencia, cae en la

profunda paradoja de imponer un derecho fundamental sobre otro dejando fuera de él a *personas* (Luhmann, 1998h).

Aplicando nuestro punto sostenemos que se prohíbe que una persona se le cobre más dinero por su salud en base a su edad, que se le permita expresar sus ideas a una organización que es considerada inaceptable por otros o que se le prohíba a alguien tener relaciones sexuales con un menor púber hombre por el sólo hecho de ser hombre, casarse entre personas del mismo sexo porque es rol del legislador cambiar la ley o el acceso a los correos de un personero del Estado que está bajo la sospecha de corrupción. Así como el guardián en su susurro muestra la violencia de su actuar, por mucho que deseen legalmente las Isapres no podrán cobrar más, una organización política acusada de xenofobia, racismo y odio puede que siga existiendo, siendo adulto no se podrá tener relaciones sexuales con hombres entre catorce y dieciocho años, no podrán contraer matrimonio personas del mismo sexo, difícilmente se podrá tener acceso a los correos electrónicos de un ministro...todo esto asegurado bajo la imposición de la fuerza.

Con lo anterior se devela la precariedad del rol de la moral y la ética como reflexión de ella en el orden moderno funcionalmente diferenciado. Nuevamente recurriendo al ejemplo del campesino, por mucho que se esgriman argumentos morales el derecho seguirá operando desde sus propias lógicas, observando él si se debe tomar en cuenta tal o cual principio moral, pero existiendo la posibilidad de acudir a una fuente o principio rector para todos los casos (Luhmann, 2000, 2007). En palabra simples, la moral no es la guía del derecho, tampoco su condicionante. La apelación a los derechos humanos no intimidará a la operación del sistema jurídico, menos su moralización (Torres Nafarrate, 2000; Zuñiga, 2013).

Siguiendo nuestro hilo argumentativo llegamos a otro problema pues el derecho establece una relación entre hechos y normas que observados a la luz de la sociedad no operan en conjunto. Es decir, el sistema jurídico funciona en con normas desde su observación de los hechos, pero ellos elevados a nivel de sociedad pueden ser materia de la teoría de la sociedad (Luhmann, 2008a; Thornhill, 2008; Rasch, 2008). En nuestro caso cómo el Tribunal Constitucional justifica su aplicación de la ponderación de derechos fundamentales, concatenando la relación entre hechos y normas irrenunciables, articula criterios de inclusión/exclusión social en base a una argumentación jurídica. Tampoco se muestra como posible un reclamo ético/moral por la imposición a toda costa de los derechos humanos, pues la reflexión y decisión de la ponderación de estos muestra que una norma, eventualmente, puede ser más importante que otra en un evento, no siendo irrenunciables *a priori*.

El ejemplo de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad es claro al determinarse inaplicable una norma en ese *momento* jurídico, en esa precisa decisión. Pero, paradójicamente, como se observa un *momento* la norma queda disponible en las operaciones del sistema jurídico. De otra manera, la norma es inaplicable, ubicando su operación en el lado reflexivo del código legal, pero manteniéndose disponible para ser utilizada por los tribunales en un evento posterior.

Ahora el nuevo problema es cómo dar cuenta de esto en términos científico-investigativos. Es decir, cómo observar la ponderación de derechos fundamentales llevada a cabo por el tribunal, desde su procesamiento de riesgo, lo que irremediablemente impacta en criterios de lo que debe ser o no incluido en la operación del derecho, trayendo consecuencias en la articulación de las formas de inclusión/exclusión social a niveles de sociedad (Robles, 2005, 2006b, 2011). Tema que se ha vuelto cada vez más relevante en la actualidad, principalmente desde la articulación de movimientos de protesta a nivel global (Arnold, 2012b, 2012c).

De allí que nuestra observación se debe enfocar en la argumentación de la posible exclusión y de qué manera el sistema jurídico la justifica desde sí mismo, sin olvidar que la decisión puede ser en base a criterios distintos a los del propio derecho como lo pueden ser el dinero, el poder, la influencia, el parentesco, etc. Si nos centramos en la pregunta de cómo observar dicha operación, llegamos a los alcances de la teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados y los criterios de convertibilidad que los acompañan (Luhmann, 1998d, 1998e, 2007).

Desde la evolución de los medios (dinero, poder, amor, arte, derecho, etc.) se puede sostener que en la sociedad hay limitaciones estructurales que impiden comprar una decisión judicial, cambiar arte por amor, poder por verdad, etc. Retomando nuestra idea principal del procesamiento de riesgo realizado al ponderar derechos, las exclusiones que ocurren deben ser justificadas, la pregunta es si se hacen en base al derecho o no, siempre teniendo en cuenta que la validez jurídica se articulará de todas formas. En otras palabras, cómo el derecho justifica en sus decisiones la exclusión del sistema, basando la decisión en sí mismo, pero debiendo lidiar con otras distinciones. Baste mencionar nuestro caso seleccionado donde el derecho al ponderar si excluir o no a una mujer del acceso a anticonceptivos de emergencia tiene que lidiar con argumentos científicos que afirmen la verdad/falsedad del carácter abortivo de dichos medicamentos.

Consideramos que observar el procesamiento de riesgo debe tener acoplada una pregunta de cómo se da contenido al medio del derecho en el proceso decisional, y cómo en la articulación de una respuesta sociológica, la historicidad de los medios debe lidiar con criterios evolutivos que aúnen tanto sociología como historiografía (Goldthorpe 1991, 1994; Ziemann, 2007).

Claramente el análisis organizacional nos permite acercarnos a la pregunta de cómo el tribunal se acopla al sistema funcional del derecho y también a la Constitución, pero nos falta un marco para delimitar la forma de observar cómo se articula la relación del medio derecho con los otros medios en el proceso judicial. Consideramos que las ideas de Hugo Cadenas (2012a) sobre la forma en que se estructura la desigualdad y la convertibilidad de los medios puede brindar un marco de observación a nuestra pregunta.

Las desigualdades basales se relacionan con el propio operar de los sistemas sociales, pero de manera explícita y sin que haya mayores problemas en su tematización. Ejemplo de ellas son la asimetría profesor/alumno, empleador/empleado, investigador/ayudantes, juez/abogado, etc. Estos casos de membresías no son problemáticos y se encuentran

justificados en la operación de los sistemas de manera manifiesta. Las desigualdades secundarias, mediante estructuras de distribución, generan inclusiones y exclusiones que fundamentan procesos simbióticos con las organizaciones y su acoplamiento a sistemas funcionales (Cadenas 2012a:67-68). El problema se centra en la convertibilidad de los medios y la observación de ese proceso. No es problemático que la Iglesia Católica pida voluntariamente a sus feligreses el uno por ciento de su sueldo. El problema comienza si les asegurara por ello un lugar en el cielo. Lo que ocurrió en Wittenberg el 31 de octubre de 1517 es la mayor prueba.

Siempre con las ideas de Cadenas, podemos sostener que las convertibilidades secundarias deben ser ocultadas en la operación, pues causan problemas. Lo destacado es que produce convertibilidad basal del medio cuando se acepta que comunicaciones externas tienen valor de conexión comunicacional al interior de los sistemas, y que estas conexiones son objeto de las mismas operaciones del sistema de referencia, siendo posible ser observadas. Si se excluye a una persona, esos criterios pueden ser sujetos a revisión, v. gr. como en las sentencias judiciales. Por su parte, en los sistemas funcionales significa la exclusión de determinadas comunicaciones que pueden ser tratadas como relevantes al interior de sistemas sociales o como problema de otro sistema funcional. Por su parte, la convertibilidad secundaria ingresa comunicaciones externas que tienen valor de conexión en los sistemas sociales, pero alteran las demás conexiones comunicacionales al interior de ellos; se aceptan como desviación (Cadenas 2012a:70). Es de resaltar que los aspectos negativos de la convertibilidad secundaria han sido materia de importantes investigaciones, como lo son las de Aldo Mascareño (2000, 2003a, 2004, 2011) y Fernando Robles (2005, 2006b, 2011).

En base a lo anterior, observaremos qué forma adopta el procesamiento del riesgo en la ponderación de derechos fundamentales al tener que lidiar con comunicaciones emanadas desde otros ámbitos, como el científico. Observando además cómo se justifica la inclusión o exclusión desde criterios de convertibilidad del medio derecho.

III.V Síntesis

En este capítulo tratamos los problemas con los que lidian las decisiones que emanan del juez constitucional, ejemplificando la forma en que muchas veces el ejercicio de ponderación de los derechos fundamentales se guía bajo la forma de elecciones trágicas. Así, retomamos nuestra idea de procesamiento de riesgo y la utilizamos para observar cómo la distinción riesgo/peligro se acopla tanto a este tipo de decisiones, como a la argumentación jurídica, entendiendo esta última como una forma de dos lados donde se relacionan redundancia y variedad en la estructura organizativa del tribunal.

Utilizando siempre nuestro esquema problema/posibles soluciones, consideramos que la argumentación jurídica (redundancia/variedad) puede ser observada en el lado de la variedad en casos de alta connotación pública, entendiéndolos como hitos jurisprudenciales. Dimos cuenta de esto al analizar la jurisprudencia de varios casos donde el procesamiento de riesgo orientó la decisión del TC.

Tomando en cuenta todo lo anterior, consideramos como relevante investigar el caso de la *píldora del día después*, pues presenta características que permiten observar de manera privilegiada el procesamiento de riesgo del tribunal, su orientación como punto de la articulación de una argumentación jurídica que debe lidiar con criterios de coherencia, ante los posibles impactos de su decisión en el sistema jurídico.

Por último, sostuvimos que las decisiones del TC tienen impactos en la configuración de cómo se observan las formas persona en el derecho, lo que puede establecer criterios de inclusión/exclusión del sistema jurídico. Dado este diagnóstico teórico, propusimos observar cómo el tribunal establece criterios de convertibilidad al tener que lidiar con argumentos que no provienen solamente del derecho, sino también vía prestaciones, de otros sistemas sociales.

Capítulo IV

La píldora del día después: actores involucrados y sus argumentaciones en el proceso.

IV.I Introducción

En el capítulo anterior sostuvimos que para decidir el Tribunal Constitucional debe enfrentarse con elecciones trágicas, jerarquizando derechos al posicionar uno sobre otro ante un evento dado. Las decisiones deben ser fundamentadas en base al derecho lo que constituye, al sentenciarse la causa, la forma que toma la validez jurídica. Pero los tribunales no siempre deben lidiar con casos difíciles o que representen una novedad, por tanto, definimos los procesos relevantes a investigar como *casos de alta connotación pública*, justificando la preeminencia del proceso de la *píldora del día después* (PDD) como representativo de ellos.

En el debate de la PDD, que incluye también al DIU, la discusión se centra principalmente en los alcances y formas que toma el derecho a la vida y su relación con el aborto. Tanto desde una perspectiva filosófica como biológica, la pregunta sobre cuándo comienza la vida aún no encuentra posturas unánimes. Por extensión, el inicio del embarazo o la posibilidad de comprobar que una mujer se encuentre en dicha posición también es materia de controversia. Otro tópico relevante es el rol del Estado como proveedor de la píldora y cuáles han sido los necesarios filtros para dirimir si se atenta o no contra los embriones.

Las posturas, por tanto, se articulan en base a la discusión sobre si la píldora es capaz de producir abortos. Pregunta que no puede desligarse de lo entendido por comienzo de la vida, cuándo se puede dar cuenta de un embarazo y el estatus que posee el embrión ante los derechos fundamentales.

Teniendo presente estos problemas como guías en la discusión jurídica sobre los anticonceptivos de emergencia, en este capítulo configuraremos la forma en que los actores a favor y en contra de la PDD han articulado sus argumentos y los antecedentes judiciales que permiten formular un cuadro previo a la impugnación ante el TC (i). Posteriormente, daremos una descripción detallada de los argumentos centrales de los diversos actores

involucrados como partes en el proceso (ii). Finalizando con un análisis de los tipos de argumento y los derechos fundamentales identificados (iii).

IV.II Procesos judiciales previos que involucran a la *píldora del día después*.

La PDD tiene un largo historial de batallas judiciales con resultados dispares, tanto para quienes lo consideran un medicamento de carácter abortivo, como para quienes defienden lo contrario. Interesante de constatar en los juicios previos al que nos interesa en esta investigación, es la cantidad y diversidad de actores involucrados, pudiéndose dar cuenta de diferentes organismos estatales, ONG's, iglesias, fundaciones, etc.

Con el ánimo de brindar una mayor claridad a la exposición del proceso judicial ante el Tribunal Constitucional, consideramos absolutamente necesario hacer una introducción a las principales decisiones judiciales previas, que también serán posteriormente utilizadas como argumento por ambos bandos.

La historia de la PDD en Chile no comenzó, como habitualmente se señala, en el año 2001 con la presentación del recurso de protección que buscaba declarar nula de derecho público la autorización del Instituto de Salud Pública (ISP) del fármaco *Postinal*. Por el contrario, la discusión puede retrotraerse hasta el rechazo a autorizar este tipo de fármacos por parte del ISP en 1991, por causar abortos al usar levonorgestrel. Este punto es olvidado por los análisis jurisprudenciales a la hora de registrar el comienzo del problema (Nogueira, 2008b, 2009; Díaz, 2009). Fuera del antecedente mencionado y que será presentado como argumento en el proceso del TC, la batalla judicial comienza formalmente el año 2001.

En Chile, la única institución autorizada legalmente para visar la fabricación, comercialización y distribución de cualquier medicamento es el ISP. En el año 2001 la entidad estatal autorizó el fármaco llamado *Postinal*, método anticonceptivo de emergencia elaborado en base a levonorgestrel. Ante esto, se presentó una demanda de nulidad de derecho público contra el ISP por parte del Centro Juvenil AGES, persona jurídica de derecho municipal. El argumento central era que el medicamento violaba el derecho a la vida al causar abortos, pues impedía que el óvulo fecundado se implantara en el endometrio. La Corte de Apelaciones (CA) en primera instancia rechazó la demanda, pero posteriormente fue acogida por la Corte Suprema (CS), la que sostuvo que el medicamento amenazaba la vida del que está por nacer y la integridad física y psíquica como derecho de las mujeres al existir la posibilidad de producir un aborto, por tanto, el medicamento fue considerado ilegal (Nogueira, 2008b).

El fallo, por sus características de generalidad, anuló el permiso emitido por el ISP dejando fuera de circulación a *Postinal*. Un punto a tener en cuenta es que el Instituto, por ley, autoriza los medicamentos en base a consideraciones técnico-científicas sobre los impactos que puedan causar en la salud de las personas, debiendo siempre actuar en base a derecho.

Por lo tanto, la CS con su sentencia consideró que el ISP no había cumplido su rol en este hecho concreto.

Pero la batalla judicial solamente fue una tregua pues el gobierno de Ricardo Lagos solicitó la autorización de otro fármaco con las mismas características de *Postinal* llamado *Postinor 2*. Es necesario aclarar que la nulidad de derecho público fue para la autorización del primer medicamento, no para el levonorgestrel como componente, es decir, lo declarado ilegal era la autorización de *Postinal* como medicamento, no su composición química. Dicho esto, era completamente legal autorizar un medicamento que tuviera las mismas consecuencias pero otro nombre: para la ley no era lo mismo. No fueron de la misma opinión las organizaciones contrarias a la PDD, que habían sido parte en el juicio anterior, por lo que recurrieron nuevamente a la justicia argumentando que la diferencia de nombre en el medicamento no podía sobreponerse al dictamen de la Corte Suprema (Vivanco, 2008:552).

Ante esto hubo cuatro acciones judiciales. La primera fue la petición de que el fallo de la CS tuviera efectos generales para cualquier medicamento que tuviera levonorgestrel en esas cantidades. La respuesta del poder judicial, por medio de la CA de Santiago, fue que la cancelación fue sólo para un acto concreto. Por lo tanto, la prohibición era referida a una píldora (*Postinal*) y no a todas ellas.

Después de la sentencia mencionada, AGES nuevamente presentó una demanda (2004), esta vez contra el ISP y el productor de *Postinor 2*, laboratorio *Grünenthal*, solicitando la cancelación del registro sanitario, es decir, lo mismo que se había realizado exitosamente para ellos con *Postinal*. En primera instancia, la jueza determinó que el ISP no había presentado nuevas pruebas sobre los componentes del medicamento, considerando que el fármaco atentaba contra el derecho a la vida. La sentencia fue apelada ante la CA de Santiago, la que resolvió el caso introduciendo un nuevo criterio: la discusión sobre el fármaco y el derecho a la vida requiere de una certeza científica de la que el tribunal no se puede hacer cargo, pues esta duda no ha sido resuelta por la ciencia médica¹⁰. Ante esto los

¹⁰ Consideramos absolutamente relevante reproducir el considerando 16 de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 4200-2004, pues deja clarísimo el argumento de la corte: “Que esta [sic] sola conclusión permite sostener que la jurisdicción no puede intervenir resolviendo el conflicto de intereses propuesto en autos, pues ésta sólo puede hacerlo sobre la base de certezas y no le es posible reconocer derechos u obligaciones derivados de hipótesis científicas en plena discusión. Lo anterior es válido porque sabido es que el derecho constituye un instrumento limitado, que sólo puede solucionar determinados conflictos de la vida humana y no tiene ni puede tener la pretensión de resolver todas aquellas disputas que se presentan, sea, por ejemplo, en ámbitos de la filosofía o de la ciencia y, ciertamente, desde luego, mucho menos aquellos de significación religiosa. En tal sentido, se ha señalado que si el derecho penetrase en todos lados, el sistema sería totalitario. Dicho de otro modo, la salud de la sociedad postula una dosis juiciosa de no-derecho (Jestaz, Philippe El Derecho. Editorial Jurídica de Chile. 1955.pág.83 [sic]) Es por ello que, tanto el momento en que ocurre la concepción así como los efectos que produce el organismo humano una píldora con determinados componentes químicos como la de que se trata en estos antecedentes, asunto respecto del cual no hay veredicto científico indubitado, no puede ser resuelto por una sentencia emanada del órgano jurisdiccional, pues en tal caso se estaría reemplazando o arbitrando la verdad científica o la reflexión

demandantes recurrieron a la sentencia mediante un recurso de casación de forma y fondo, intentando anular la sentencia de la CA. La CS se pronunció en noviembre del año 2005 (rol 1039-2005 AGES v. ISP), sosteniendo que los demandantes no habían logrado probar que la píldora fuese abortiva, recordando que el peso de la prueba *–onus probandi–* siempre depende del que afirma el hecho en cuestión. Es decir, al no poder probar los efectos violatorios del derecho a la vida no cabía la posibilidad de la demanda de nulidad de derecho público (Casas, 2008:5).

Ante la confirmación del registro sanitario de *Postinor 2*, el gobierno de Michelle Bachelet mediante una resolución exenta *–N° 583 de 2006–* aprobó las Normas Nacionales de Regulación de Fertilidad, imperativas para el sistema de salud. Con esto se autorizó la distribución de la PDD en todo el territorio nacional, de manera gratuita, a mujeres mayores de catorce años previa asesoría de profesionales de la salud. Ante esto Pablo Zalaquett, entonces Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de La Florida y alcalde de dicha comuna, presentó un recurso de protección aludiendo la violación del derecho a la vida y de los padres a educar a sus hijos ante la posibilidad de que adolescentes recibieran consejería del personal de salud sin su consentimiento. También se alegó la violación del derecho de propiedad sobre la incorporeidad de los derechos y su titularidad *–posesión y goce del derecho en términos abstractos de propiedad–*, del derecho de la Corporación a administrar sus consultorios y determinar las políticas correspondientes, como del derecho de libertad de conciencia al estar obligados los funcionarios a brindar un medicamento que podía ser abortivo.

En esta ocasión la CA de Santiago *–rol 4693-2006–* deja constancia de que no hay ningún tipo de daño ni corporal ni psicológico en la ingesta del método anticonceptivo. Asimismo, no hay una violación del derecho de los padres a educar a sus hijos pues no existe el fin del implantar una conducta en los adolescentes, siempre existiendo la posibilidad de que estos aconsejen a sus hijos incluso para que no utilicen métodos anticonceptivos. Por último, declaró que no había violación de la corporeidad de los derechos al no haber lesión alguna, tampoco de las potestades administrativas de la Corporación, ni de la libertad de conciencia del personal médico pues se podía eventualmente abstener de hacer la asesoría, tomando su lugar otro funcionario.

Ante este nuevo revés judicial, la última alternativa para impugnar la resolución exenta era presentar un requerimiento ante el TC, el que fue llevado a cabo mediante un grupo de diputados opositores al gobierno de Michelle Bachelet el mismo año 2006 *–rol 591-2006*. La acción judicial fue fallada en favor de los requirentes al encontrar problemas de forma en la relación entre resolución y aprobación de las Normas Nacionales de Regulación de

filosófica, lo que no es de su incumbencia, sino que materia que compete a los órganos del Estado y de la sociedad”

Fertilidad, no entrando el Tribunal a hacer un análisis de fondo de la resolución. En otras palabras, el vicio procesal constitucional se encontraba en que las resoluciones pueden ser autorizadas por la sola voluntad de un ministro, pero por las características de la norma que buscaba implantar el MINSAL, esta debía emanar desde la Presidenta de la República por medio de un Decreto Supremo. Así el TC no entró en el fondo del asunto, o sea, a dirimir si existía violación del derecho a la vida y/o en el derecho de los padres a educar a sus hijos como sostenían los requirentes (Vivanco, 2008:557-559).

El Gobierno tomo en cuenta la exhortación del Tribunal Constitucional y dictó el DS 48, aprobando nuevamente las Normas Nacionales de Regulación de Fertilidad. Con esto se seguía la recomendación del TC, pero nuevamente diputados opositores impugnaron la medida argumentando que las `Normas` debían ser materia de ley no de un DS, sosteniendo nuevamente que existía una violación del derecho a la vida y de los padres de educar a sus hijos. Después de solicitar una aclaración, dando contenido a los artículos 42° y 48° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹¹, se consideró admisible el requerimiento de los treinta y seis diputados de la oposición en contra del DS 48, entrando a analizar la forma y, esta vez, el fondo. Así llegamos al proceso judicial que nos convoca.

¹¹ Los que se relacionan con la declaración de admisibilidad de un requerimiento (42°) y los órganos legitimados ante el Tribunal Constitucional para solicitar su acción (48°).

IV.III Argumentaciones de los actores en el proceso de la *píldora del día después*.

Antes de comenzar a configurar los argumentos de los distintos actores involucrados en el proceso contra el DS 48, nace la pregunta de cómo exponer la totalidad del proceso de una manera ordenada y clara. Consideramos que para una mejor comprensión es necesario dar cuenta de los actores involucrados a favor y en contra de la normativa gubernamental.

Dado lo anterior, podemos señalar que las partes en contra del DS son las siguientes:

- Diputados requirentes compuestos por las bancadas de la Unión Demócrata Independiente (UDI) y Renovación Nacional (RN). En el proceso judicial se nombra al diputado José Antonio Kast como representante y al abogado Jorge Reyes Zapata como patrocinante de la causa.
- Patricio Mena, académico de la Universidad de Chile, en calidad de asesor técnico al presentar un informe de bioética apoyando las tesis de los diputados requirentes.
- El movimiento *Muévete Chile*, organización activista conservadora, hoy conocida como *Hazte oír*.
- *Red por la Vida y la Familia*, que reúne a más de ochenta organizaciones entre las que se encuentran academias de medicina, centros de estudios, corporaciones, centros de padres y apoderados de inspiración religiosa, etc.
- En conjunto con *Red por la Vida y la Familia*, hacen presente un informe los profesores Luís Rifo Feliú –quién también es sacerdote católico– y Augusto Rivera Jabet de la Universidad Católica de la Santísima Concepción, llamado *Consideraciones técnicas y bioéticas sobre la concepción de emergencia mediante el uso de Levonorgestrel 0,75*.
- Los profesores de la Universidad de los Andes José Antonio Arraztoa y Maritza Busquets mediante la presentación de un informe técnico sobre los impactos del uso del DIU.
- La *Fundación Instituto de Estudios Evangélicos* (FIEE), organización sin fines de lucro que busca la difusión de los valores de la familia desde una perspectiva cristiana.
- Farmacias *SalcoBrand*, quien se hace parte al ser distribuidor del fármaco por obligación del MINSAL.
- La Conferencia Episcopal de Chile y la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Por su parte los actores a favor del DS 48 fueron los siguientes:

- Gobierno de Chile por medio de la entonces Presidenta de la República Michelle Bachelet.
- Mujeres usuarias de los métodos anticonceptivos impugnados.
- *Instituto Chileno de Medicina Reproductiva* (ICMER), organización orientada a la investigación científica. Presenta sus informes técnicos por medio del investigador Horacio Croxatto.
- Diputados de las bancadas PS-PPD-PRSD en conjunto de cuatro diputados DC y cuatro diputados RN, quienes están a favor del DS.
- *Asociación Chilena de Protección de la Familia* (APROFA), organización pro vida de interés público sin fines de lucro, especializada en derechos sexuales y reproductivos. Ha prestado asesoría técnica al Estado de Chile en la materia desde los años sesenta.
- *Colegio de Químico Farmacéuticos de Chile* (A. G), organización de tipo gremial.
- *Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana* (A. G.), organización de tipo gremial.
- *Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia* (SOGIA), asociación de carácter gremial y profesional.
- Universidad de Chile, por medio de su Facultad de Medicina.
- *Asociación por los Derechos Civiles* (ADC), ONG argentina.
- Organización Mundial de la Salud (OMS), aunque sus argumentos no fueron considerados por el Tribunal en base a un criterio procesal.

IV.III.I Diputados requirentes (PDD, 2007:1-81)¹²:

Los diputados señalan que existe, en el *fondo* de la querrela legal, una restricción de los DDFP como lo son el derecho a la vida y de los padres de educar a sus hijos. El primer derecho es violado al autorizar métodos anticonceptivos de emergencia, como la *píldora del día después* y el Dispositivo Intrauterino (DIU) los que contienen levonorgestrel, impidiendo la implantación del embrión en el útero lo que consideran idéntico al aborto. En segundo lugar, el derecho de los padres a educar a sus hijos al entregar consejerías a mujeres mayores de catorce años sin conocimiento ni consentimiento de sus progenitores.

¹² Al igual que hicimos con la *Historia del Artículo 93 de la Constitución*, consideramos apropiado por estilo y ritmo en la escritura citar el expediente del caso rol 740-07 como PDD *-píldora del día después-*, seguido de la foja correspondiente como si esta fuera su página.

Para sustentar sus argumentos los diputados recuerdan el fallo de la CS que decretó la nulidad de derecho público de la autorización de *Postinal*, al que ya nos referimos. De igual manera, señalan que los asiste el artículo 19° número 1 de la Constitución chilena¹³, el artículo 75° del Código Civil¹⁴, el derecho a la vida consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), como también el tratado sobre los Derechos del Niño al mencionar que todo menor de dieciocho años tiene la condición de tal. Los requirentes reconocen que el carácter abortivo de la píldora es un hecho materia de discusión científica, pero si no es posible establecer un criterio de verdad que despeje las dudas, debe prevalecer el principio *pro homine* en la defensa del derecho a la vida. En otras palabras, ante la duda de la posibilidad de que exista aborto, se debe privilegiar la acción que mejor custodie el bien e impida su lesión. Por último, acusan a algunos científicos de cambiar la definición de aborto, pues algunos consideran que el embarazo comienza desde el momento de la anidación del embrión en el endometrio, no desde de la fecundación.

También los requirentes alegan una violación a la *doctrina de los actos propios*, es decir, la Presidenta de la República con la promulgación del DS estaría sobrepasando el rango de acción de la administración del Estado, trasgrediendo el principio de la buena fe. Si bien se acusa de un exceso en el rol legislativo que se atribuye la Presidenta, también se conecta la norma impugnada con un quebrantamiento al derecho de igualdad ante la ley pues busca repartir de manera gratuita el medicamento, no a toda la población.

Antes de continuar, cabe mencionar que en un comienzo el requerimiento fue rechazado por el TC por falta de claridad (PDD, 2007:60-64), solicitándose algunas precisiones como si se quería impugnar parte del DS o la totalidad de él. La respuesta del diputado Kast fue la petición de inconstitucionalidad de todos los apartados que violaran los derechos fundamentales mencionados.

IV.III.II Respuesta del Gobierno (PDD, 2007:88-223):

La respuesta del Gobierno hace hincapié en que con el DS 48 se hace cumplimiento de la anterior sentencia del TC sobre la materia. Para la Presidenta de la República las nuevas

¹³ El que señala:

“El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.”

¹⁴ Versando: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”

‘Normas’ garantizan el derecho de todas las personas a participar en la vida nacional, el libre acceso a la salud, cumpliéndose el deber del Estado de promover alternativas legítimas en pos del ejercicio responsable y autónomo de la sexualidad. Además, se expone la urgencia de brindar estas alternativas a la población adolescente, especialmente desvalida en el ejercicio de estos derechos.

En términos administrativos el DS se ampara en la experticia técnica del ISP, quien autorizó a *Postinor 2* descartando la existencia de efectos abortivos. Asimismo, la decisión del Gobierno sigue la línea de generación de política pública en materia de sexualidad y planificación, inaugurada por el gobierno de Eduardo Frei Montalva. El DS lo que busca, bajo un sustrato ético-jurídico, es atacar la inequidad reproductiva, el aborto y el embarazo no deseado en la población toda, aunque especialmente en la adolescente.

Ante la posible lesión del derecho de los padres a educar a sus hijos, el Gobierno sostiene que no busca elegir por ellos o imponer conductas en los adolescentes. Por el contrario, se pone a disposición de cualquier persona la posibilidad de hacer uso de los anticonceptivos de emergencia, respetando el derecho de autodeterminación. Imposible de obviar es que muchas veces la relación padres-hijo/a no genera la suficiente confianza para hablar de sexualidad, por tanto, el Estado debe dar la posibilidad de elegir al adolescente informadamente. Así, lo que buscan las consejerías es posibilitar que la decisión sobre la materia se tome de manera personal, informada y libre.

En los antecedentes jurídicos se hace especial mención a las sentencias de la CA y de la CS relacionadas con las acciones judiciales contra *Postinor 2*. Para el Gobierno, los demandantes no fueron capaces de demostrar que la píldora fuese abortiva, por tanto, el registro autorizado por el ISP sigue válido, generando derechos para los fabricantes y distribuidores. El DS, sostiene el ejecutivo, no tiene ninguna implicación con la autorización del fármaco sino solamente con su distribución a partir de una política pública de salud.

Sobre el rol del TC en la materia se sostienen dos argumentos:

- a) El tribunal no posee la potestad legal ni procedimental para establecer hechos. Su rol es dirimir conflictos constitucionales en base a la ponderación de derechos basados en la observación de un evento. Lo que piden los requirentes es el dirimir del tribunal sobre el *hecho* de si la píldora es abortiva, materia de discusión científica como argumentó la CA de Santiago. Del mismo modo, el peso de la prueba cae en quienes sostienen los efectos nocivos del medicamento.
- b) Los requirentes le exigen al tribunal que haga un juicio de mérito sobre el DS, acción que no le compete, pues depende de los organismos con potestades de

generación y promulgación de ley dirimir sobre el mérito y consecuencias de una política pública.

IV.III.III Contraloría General de la República (PDD, 2007:226-238):

La Contraloría se hace parte en el juicio a requerimiento del Gobierno, presentando un informe que da cuenta de la *toma de razón* que autorizó las Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad. En su análisis del acto impugnatorio sostiene que es el ISP quien está llamado a realizar juicios técnicos sobre las consecuencias de la píldora, mas no ella como organismo. Asiste también a este argumento el hecho de que los medicamentos autorizados fueron materia de decisión judicial, al no considerarse la demanda de nulidad de derecho público anteriormente tratada.

Frente a la acusación de limitación de derechos fundamentales, así como la invasión del rol del legislador, la Contraloría considera que las sentencias de los tribunales superiores de justicia zanján el tema. Tampoco se estaría ante la violación del derecho de educar a los hijos, ya que la Presidenta posee la potestad para cambiar la forma de articulación del currículo escolar, no siendo las consejerías parte de un plan de modificación o implantación de conductas en los adolescentes.

IV.III.IV Mujeres usuarias de los métodos anticonceptivos impugnados (PDD, 2007:244-279, 543-611):

Dentro del proceso, se encuentran mujeres que por medio de su firma se hacen parte de la querrela judicial. Esgrimen entre sus argumentos la historicidad de la política pública de planificación familiar –gobierno de Eduardo Frei Montalva–, la asociación entre pobreza y cantidad de embarazos, la importancia del DIU para las mujeres atendidas en el sistema público pues un 54% (612.255) de las usuarias lo usan, así como un 36% (410.483) utiliza anticonceptivos orales que contienen levonorgestrel.

Las consecuencias de declarar inconstitucional el DS impactarían directamente en la salud de las mujeres, pues las obligaría a acudir al sistema privado en busca de los métodos anticonceptivos que brinda el Estado. Si esto ocurriera muchas no podrían gozar del beneficio de una sexualidad sana y de planificación familiar por limitaciones económicas.

Las firmantes también sostienen que el TC debe declararse incompetente pues no existe un precedente que lo faculte para involucrarse en materias relacionadas con la salud

reproductiva y sus aristas sobre métodos anticonceptivos. De igual manera, existe *cosa juzgada* en base a los dictámenes de la Corte de Apelaciones y Suprema sobre la materia. Por último, el TC, no tendría la potestad legal para referirse a la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración del Estado amparados en la ley, como lo es el ISP, pues esto no es materia de un DS y menos del que se busca impugnar.

IV.III.V Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) (PDD, 2007:280-456):

El ICMER se hace parte como centro científico que promueve la investigación en materia de salud sexual y reproductiva, así como de los derechos relacionados en esta materia con la salud. La organización, representada por su presidente el investigador Horacio Croxatto, busca en su escrito remarcar los errores científicos que posee el requerimiento impugnatorio presentado por los diputados.

El primer error del documento, a juicio de Croxatto, se comete al sostener que incluye una acabada revisión bibliográfica sobre las indagaciones referidas a la *píldora*. Según él, hasta el año 2001 las investigaciones no permitían esclarecer cómo era la acción de la PDD, existiendo explicaciones de carácter hipotético. Posteriormente a esta fecha las diferentes publicaciones han sostenido que el levonorgestrel no produce efectos abortivos, no existiendo tampoco estudios concluyentes que demuestren lo contrario. También, sostiene la falsedad sobre la afirmación de que el levonorgestrel en las dosis administradas impida la implantación del óvulo en el útero. Lo que puede realizar el componente químico es paralizar la ovulación si ésta aún no ocurre, interferir en la migración de espermatozoides desde el cuello uterino hasta la trompa o evitar la anidación u capacitación de ellos en la trompa. Para sostener su punto, Croxatto hace referencias a investigaciones empíricas en primates y mujeres.

Sobre el DIU afirma que la tesis que postula la destrucción del embrión en el útero no se sustenta en evidencia científica empírica, como tampoco es factible sostener que el dispositivo altera el endometrio y desde allí impide la anidación.

Otro argumento muy importante a tener en cuenta refiere a la imposibilidad de la píldora de acabar con un embarazo. Si el óvulo se fecunda de forma exitosa, la pastilla no alterará su desarrollo pues contiene progestina sintética, componente que favorece las condiciones de crecimiento del embrión. Nuevamente, quienes sostengan que los anticonceptivos de emergencia son abortivos no son científicos que trabajen en el área.

Por último, el Instituto sostiene que no existe una violación del derecho de los padres a educar a sus hijos. Las normas protegen el derecho de todas las personas a la

confidencialidad y a recibir la atención de salud requerida, sin que exista discriminación, no implantándose conductas en los adolescentes. En la misma línea, consideran la imposibilidad de los tribunales de justicia de establecer hechos científicos. El organismo autorizado por ley para realizar ese cometido, cuando se trata de medicamentos, es el ISP.

Cabe señalar que Croxatto incluye una decena de artículos de su autoría, publicados en revistas científicas en inglés, donde sostiene que bajo ninguna circunstancia los anticonceptivos impugnados generan abortos.

IV.III.VI Diputados bancada PS-PPD-PRSD-DC en conjunto con cuatro RN (PDD, 2007:457-477):

Un grupo de diputados integrados por el eje PS-PPD-PRSD, cuatro diputados RN, cuatro DC y un independiente también se hacen parte del proceso. Para los legisladores la posibilidad que la píldora sea abortiva es *cosa juzgada*, como lo demuestran las sentencias de la CA y la CS sobre la materia. Los requirentes, en los distintos procesos judiciales, no han podido lidiar con el peso de la prueba que significa establecer como hecho irrefutable que el método anticonceptivo cause efectivamente abortos. De igual manera, sostienen argumentos sobre la juricidad del DS al ser visado por la Contraloría y basado en el informe técnico del ISP, la necesidad del respeto a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y los tratados vigentes firmados por Chile (v. gr. Tratado de Viena sobre Tratados, CADH, Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, etc.), así como la historicidad e impacto de la política pública de salud sexual y planificación familiar.

IV.III.VII Asociación Chilena de Protección de la Familia (APROFA) (PDD, 2007:503-528):

APROFA se define como una institución privada de interés público sin fines de lucro, especializada en derechos sexuales y reproductivos.

Entre sus argumentos se señalan datos históricos sobre las consecuencias del aborto en Chile cuando el Estado no tenía políticas de salud sexual y de planificación familiar claras, señalando por ejemplo, que la mitad de la sangre disponible en los hospitales públicos a principios de la década de los sesenta se utilizaba en atender complicaciones de abortos

sépticos. La organización también da cuenta de su relación con la generación de políticas públicas sobre la materia, mencionado su rol de asesor permanente de las autoridades de gobierno desde la presidencia de Eduardo Frei Montalva en adelante.

El argumento fuerza de su informe es describir el impacto sobre el bienestar y la salud de las mujeres si es que el DS, en sus secciones sobre la PDD y el DIU, es declarado inconstitucional. Sus reflexiones se centran principalmente en el DIU, sosteniendo que es un método barato, usado por millones de mujeres en el mundo, así como visado y autorizado por las más diversas organizaciones internacionales. Más allá de argumentar sobre sus posibles consecuencias abortivas, se hace un fuerte énfasis en que la impugnación de este método anticonceptivo traería enormes retrocesos en lo avanzado en materia de salud pública, provocando embarazos no deseados y la apertura a la realización de una mayor cantidad de abortos clandestinos.

IV.III.VIII Colegio de Químico Farmacéuticos de Chile (A. G.) (PDD, 2007:612):

En respuesta a la solicitud de pronunciamiento sobre la materia, responden que fuera de las consideraciones morales, religiosas y éticas sobre si el método es abortivo, la decisión de su utilización radica finalmente en el paciente. La medida por sí sola no representa una disminución de la cantidad de embarazos no deseados, pues debe ser acompañada de una campaña educativa e informada sobre el uso del medicamento. Por último, considera que el debate debe ampliarse al acceso garantizado de toda la comunidad a medicamentos de calidad, seguros y eficaces.

En los argumentos de la asociación gremial no hay mención a ningún derecho fundamental que sea puesto en cuestión por el DS. Es más, no se decanta por ninguna de las posturas (a favor o en contra), no participando nuevamente en todo el proceso legal.

IV.III.IX Aclaración de Jorge Reyes, como abogado patrocinante de los diputados liderados por José Antonio Kast e informe bioético de Patricio Mena (PDD, 2007:613-629):

Jorge Reyes, abogado patrocinante del requerimiento de inconstitucionalidad firmado por los diputados opositores, presenta un nuevo escrito en el que acusa al DS de utilizar los

mismos argumentos, incluso textuales, de la norma de salud del Distrito Federal de Ciudad de México que despenaliza el aborto hasta antes de las doce semanas de gestación.

Sobre la necesidad de probar las consecuencias abortivas de la PDD, Reyes sostiene que el peso de la prueba recae sobre el gobierno, al ser ellos los que tienen que dar certeza de que no existen circunstancias o probabilidades que el derecho a la vida se vean lesionados. El informe del ISP no basta para descartar las dudas, debiendo el TC contrastar la información científica sobre la materia para determinar cuáles son los mecanismos de acción de los anticonceptivos impugnados, pues está dentro de sus potestades establecer hechos.

En las aclaraciones de Reyes se adjunta también un informe de bioética escrito por el Profesor de la Universidad de Chile Patricio Mena. Este comienza con la pregunta por la delimitación del inicio de la vida humana, considerando que este proceso inicia desde la fecundación. Para el académico, los métodos impugnados son muy poderosos a la hora de impedir la implantación del embrión en el útero, base del argumento que sostiene lo abortivo de dichos medicamentos como también lo señala la Organización Mundial de la Salud. Por último, argumenta que ha existido un cambio en la definición de aborto, pues se considera que el embarazo de la mujer comienza cuando el óvulo es implantado, no tomando en cuenta el proceso previo desde la fecundación hasta la implantación. He ahí la trampa semántica pues deja en indefensión al blastocito durante todo el proceso previo.

En esta exposición, lo que busca Reyes es dar forma a dos argumentos: i) que el TC sí puede revisar actos administrativos emanados desde el ejecutivo y sustentados en el ISP, principalmente por la observación de la violación, a su parecer, de los DDDFF y ii) la pertinencia del TC para observar hechos y su conexión con estos derechos, argumentando que el peso de la prueba, es decir, la demostración que los métodos no son abortivos recae en los partidarios del DS.

IV.III.X Muévete Chile (PDD, 2007:631-635):

La organización *Muévete Chile* se hace parte en el juicio dando cuenta de la conformación de un *Frente de Parlamentarios por la Vida*¹⁵, quienes firmaron una declaración que sostiene que el primer derecho humano es el derecho a la vida y que todo ser humano debe ser protegido y respetado. La Constitución chilena asegura dicho derecho e incluye al embrión dentro de su goce, siendo posible encontrar este mandato en el Código Civil y la CADH.

¹⁵ En el documento consta que este Frente está compuesto por 32 diputados UDI, 14 RN, 12 DC, 2 PRSD y 1 Ind. (PDD, 2007:633).

A su juicio el debate científico consta de una sola opinión: los métodos anticonceptivos impugnados son abortivos. Cualquiera que vaya en contra de esa evidencia se vale de cambios semánticos en la definición de aborto y de métodos tramposos para aprobarlo en Chile, como el comportamiento negligente del ISP. También se acusa a APROFA de ser el principal gestor de la venta de la PDD en el país, culpando a la asociación de recibir dinero de entidades extranjeras, “atentando y menospreciando nuestra soberanía al trasgredir nuestra Constitución Política” (PDD, 2007:634).

Para hacer parte también a ciudadanos particulares se adjuntan más de 1. 100 firmas en el documento.

IV.III.XI Red por la Vida y la Familia e informe de profesores UCSC (PDD, 2007:644-673):

Se hace parte una red de ochenta organizaciones entre las que se cuentan academias de medicina, centros de estudios, corporaciones, centros de padres y apoderados, marcados por una inspiración religiosa cristiana y de defensa de la familia.

Al igual que la organización anterior, consideran fuera de toda duda los métodos impugnados como abortivos. Para dar cuenta de ello, adjuntan como prueba un informe de los profesores de la Universidad Católica de la Santísima Concepción Luís Rifo Feliú, quien también es sacerdote católico, y de Augusto Rivera Jabet.

El informe llamado *Consideraciones técnicas y bioéticas sobre concepción de emergencia mediante el uso de Levonorgestrel 0,75* sostiene que el componente químico es anti-implantatorio, desacreditando las investigaciones de Croxatto al no ser aplicadas en mujeres sino en hembras primates –aunque sin citar bibliografía–, considerando que por la sola acción de impedir la implantación del embrión se violaría la Constitución chilena y las normas internacionales. Asimismo, el documento sostiene que el propio informe del fabricante de *Postinor 2*, *Grünenthal*, advierte que el levonorgestrel puede generar embarazos ectópicos.

En la misma línea, esta organización presenta un documento de su sitio web, firmado por el Profesor Héctor Lotfi de la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza-Argentina), en el que sostiene que el DIU también es abortivo al cambiar las condiciones ambientales del endometrio impidiendo la implantación del embrión. Por último, se adjunta una lista de la *Fundación 25 de Marzo*, organización argentina defensora del derecho natural y la sana moral católica. El inventario lleva por nombre *Vademécum de la Muerte* y consigna todos los anticonceptivos que, a juicio de la fundación, serían abortivos.

IV.III.XII Asociación de Ginecólogos y Obstetras de la Región Metropolitana (A. G)
(PDD, 2007:674-678):

La asociación recuerda el impacto de la mortalidad materna al comienzo del gobierno de Eduardo Frei Montalva, con una tasa de 118 muertes por cien mil nacidos, siendo el cuarenta por ciento de ellas por la realización de abortos. Aquel gobierno inauguró la política de planificación familiar con el expreso fin de disminuir la cantidad de abortos. Posteriormente se señala que esto fue gracias a la masiva entrega de anticonceptivos, duplicándose su uso desde 1990 (600.374 mujeres) al 2005 (1.141.798 mujeres). Sobre el DIU, la asociación gremial sostiene que el cincuenta y cuatro por ciento de las mujeres que se atiende en el sistema público utiliza una T de Cobre 380, mientras que un treinta y seis por ciento utiliza métodos anticonceptivos combinados que utilizan levonorgestrel. Dentro del sector privado, el mismo tipo de pastillas es utilizado por más de 100.000 mujeres.

El impacto de declarar inconstitucional el DS 48 dejaría a cerca de 600.000 mujeres que se atienden en el sector público sin métodos anticonceptivos, acabándose con una política pública histórica, con el consiguiente riesgo de embarazos no deseados, abortos y mortalidad materna.

IV.III.XIII Sociedad Chilena de Ginecología Infantil y de la Adolescencia (SOGIA)
(PDD, 2007:679-680):

La sociedad resume su apoyo a las `Normas` en tres razones:

- i) Chile se ha transformado en un modelo a nivel internacional en los indicadores de salud pública, por ejemplo, en la baja tasa de mortalidad materna. Esto principalmente, gracias a los profesionales de la salud y su preparación. Las `Normas` brindan información que ha desarrollado la ciencia y que le permite al personal médico seguir realizando su quehacer profesional.
- ii) El Decreto Supremo introduce de manera transversal el respeto por los derechos de las personas pues se hace referencia al derecho a la información completa, veraz y al alcance de cualquier usuario, así como al respeto del proveedor de salud por la autodeterminación del consultante. Se asegura que cada persona es la más indicada para decidir sobre cómo y cuándo regular su fertilidad.

iii) Entre sus preocupaciones, *SOGIA* posiciona de manera importante el rol de los adolescentes y sus derechos. Estudios han demostrado que la falta de educación sexual retrasa el inicio de la actividad sexual, aumentando los riesgos de contraer enfermedades de transmisión sexual y experimentar embarazos no deseados. La 'Normas' reguardan el derecho de los menores a poder acudir en busca de métodos anticonceptivos de emergencia, no dejando de lado a los padres, sino que destacando la libertad de los primeros.

IV.III.XIV Profesores Universidad de los Andes, José Antonio. Arraztoa y Maritza Busquets (PDD, 2007: 681-686):

Para los profesores el DIU tiene distintos efectos en el aparato genital femenino, especialmente en el cuello uterino que produce el moco cervical por el que ascienden los espermatozoides, la cavidad uterina y tubaria que permite la sobrevivencia de los gametos y la anidación en el endometrio. Este tipo de método anticonceptivo operaría como uno de tipo postfertilizador, pues reacciona en el endometrio creando un ambiente letal para los embriones y dificultado la implantación, lo que sería una característica general de los distintos tipos de DIU.

Las evidencias científicas sostienen que no hay pruebas concluyentes en base a investigaciones directas, al ser problemático obtener información sobre el acontecer del DIU en el cuerpo femenino. Por otro lado, la evidencia rescatada de manera clínica o indirecta desde la observación de embarazos ectópicos sostiene que "(...) ocurre en un número actualmente no determinado de casos, y que en éstos, y que en éstos casos existe un mecanismo secundario de acción que es postfertilización puede ser en la cavidad uterina o en la misma trompa uterina" (PDD, 2007:686).

IV.III.XV Universidad de Chile por medio de su Facultad de Medicina (PDD, 2007:690-746):

La universidad de Chile, por medio de la Facultad de Medicina, presenta sus argumentos bajo tres puntos: i) Natalidad y su relación con la mortalidad infantil; ii) evolución histórica de la planificación familiar, donde se sostiene una relación causal entre pobreza, inicio

sexual precoz y cantidad de embarazos adolescentes y iii) las medidas restrictivas contra la sexualidad las que resultan completamente ineficientes.

De lo anterior se despliegan tres argumentos centrales a cargo de académicos especialistas en la materia:

Fecundidad, mortalidad infantil y materna por Ramiro Molina Cartes: En el informe se sostiene la relación causal entre cantidad de hijos y nivel socioeconómico, donde las familias más pobres tienen la peor planificación familiar. Este panorama cambió por primera vez con la implantación de la política estatal sobre sexualidad y planificación familiar, mejorando considerablemente la salud de las mujeres. Para el investigador la falta de un programa fuerte en educación sexual favorece el inicio precoz de la sexualidad entre adolescentes pobres. Inclusive, siendo posible relacionar mayor educación de los padres al inicio de la actividad sexual de sus hijos.

Fundamentos psicosociales por Mónica Kimelman: Para la autora la adolescencia es un período complejo en que los jóvenes deben enfrentarse a discursos opuestos y contradictorios, por ello las figuras parentales no son tomadas en cuenta de la misma forma a la hora de tomar decisiones. De allí, que la maternidad adolescente conlleve un sinnúmero de problemas a las jóvenes embarazadas, mezclando en la mayoría de los casos complejas carencias afectivas, educacionales y económicas.

Los embarazos adolescentes en contextos socioeconómicos bajos producen temor y rechazo, lo que las lleva a recurrir muchas veces a métodos caseros e ineficaces de aborto, terminando algunos de estos derechamente en suicidio. El fenómeno se agrava si el embarazo es accidental.

Por último, el informe señala las consecuencias de un embarazo adolescente producto de un vínculo incestuoso, las que acarrearán deseos de cometer infanticidio al acoplarse complejas sensaciones de frustración y traumas derivados de años de abuso sexual reiterado. De esta manera, “negar el libre acceso a la contracepción de emergencia en esta población constituye un acto de violencia institucional que a su vez elicitará la violencia [sic]” (PDD, 2007:734).

Las píldoras de emergencia por *Ramiro Molina Cartes*: El investigador sostiene que el carácter abortivo de la PDD no ha podido ser demostrado unánimemente. Al igual que Croxatto, argumenta en pos de los hallazgos posteriores al año 2001 y a las probabilidades naturales de la fecundación humana, pues un cincuenta por ciento de los óvulos fecundados nunca llega a implantarse.

Ética y anticoncepción desde la perspectiva de la salud pública por Miguel Kottow: El autor se centra en lo problemático de adjudicar al óvulo un estatus ontológico igual a un ser humano. Antes de la anidación existe un pre-embrión y no un embrión en toda regla, siendo su caracterización evaluativa y no científica. Incluso es posible sostener que se encuentra en un plano pre-moral pues la definición de embarazo no puede utilizarse antes de la implantación

IV.III.XVI Fundación Instituto de Estudios Evangélicos (PDD, 2007:818-829):

Para la fundación el decreto es inconstitucional porque limita el ejercicio de derechos constitucionales como el derecho a la vida y de los padres a educar a sus hijos.

Entre los argumentos se menciona que en el óvulo fecundado ya hay un nuevo ser con todas sus particularidades genéticas y absolutamente diferente a sus progenitores. Al constituirse como una persona distinta se convierte en sujeto de derecho, defendido tanto por las leyes nacionales como los tratados internacionales actualmente vigentes firmados por Chile. Así, es posible igualar al embrión con un ser humano pues poseen las mismas características genéticas, estando el primero sólo en una fase a ser el segundo. Si ambos son iguales, solamente separados por un criterio temporal de desarrollo, debe actuar el principio *pro homine* cuando existe duda sobre las posibles lesiones que pueda sufrir el embrión humano. Los poderes públicos deben proteger el derecho a la vida del *nasciturus* al ser sujeto de todos los derechos y de la protección de las leyes.

Asimismo, la Fundación presenta pruebas de las mismas farmacéuticas donde dan cuenta que fármacos con levonorgestrel impiden o dificultan la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer, sosteniendo lo mismo el gobierno de EEUU por medio del Departamento de Salud y Servicios Humanos.

Por último, se cuestiona que los jóvenes tengan acceso a ese tipo de métodos anticonceptivos y la decisión de consumirlos, cuando no tienen derecho a tener un contrato de trabajo, consumir alcohol o cigarrillos, incluso adquirir bienes. Es decir, no se puede dejar fuera a los padres cuando está implicado un menor de edad en una decisión tan importante.

IV.III.XVII *SalcoBrand, objeción de conciencia y privación del ejercicio a la libre empresa (PDD, 2007:830)*

En el expediente se da cuenta de un aviso pagado de farmacias *SalcoBrand* y su postura en relación a la PDD. Denuncia que se ha visto forzada a vender el producto dada las multas del MINSAL. Deja constancia de que el medicamento –no dice cual-, no cuenta con un registro sanitario definitivo por parte del ISP, como también que el mismo envase da cuenta de las capacidades del levonorgestrel de inhibir la implantación en el útero.

Haciendo uso de su derecho a la libre expresión *SalcoBrand* argumenta que se ha violentado su derecho a la libertad de empresa y de conciencia, imponiéndole el Gobierno una carga que los deja al margen de la igualdad ante la ley.

IV.III.XVIII *Asociación por los Derechos Civiles (ADC) – Argentina (PDD, 2007:838-857)*

A pesar de ser una ONG argentina, se hace parte dada la importancia que puede tener el fallo en la jurisprudencia latinoamericana. En otras palabras, se podría tomar como guía o sustento la decisión de la corte chilena para causas parecidas en tribunales latinoamericanos, especialmente los países firmantes de la CADH. En conjunto a lo anterior, ADC considera que su petición de hacerse parte bajo la modalidad de *amicus curiae* o `interesado en la causa` debe ser considerada.

Su informe técnico se refiere al error que cometen los requirentes y sus partes al citar el artículo 4 numeral primero de la CADH en el sentido de condena a cualquier tipo de aborto¹⁶. Su argumento refiere que el artículo fue motivo de discusión en la Convención, pues si se interpretaba en toda su dimensión, desconocería leyes vigentes en países donde estuviera aceptado el aborto. Así, aun cuando la PDD fuera abortiva, en los términos que los requirentes definen, ésta no sería una violación del derecho a la vida contenido en la Convención.

¹⁶ Este versa: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

IV.III.XIX Organización Mundial de la Salud (PDD, 2007: 882-888):

Por un criterio procesal el informe en inglés de la OMS, enviado a petición de la abogada Lidia Casas, no fue considerado dentro del proceso judicial. Específicamente la negación fue por ser incluido más allá de los días fijados por el propio Tribunal.

El informe sostiene que no hay un cambio semántico en la definición de aborto. Es más, asegura que las pastillas que contienen levonorgestrel no son abortivas ni tienen efectos secundarios graves, así como los dispositivos intrauterinos bajo ninguna circunstancia impiden la anidación. Al tratar la disputa desde las políticas públicas, sostienen que el acceso a métodos anticonceptivos es importantísimo pues el 40% de los embarazos en el mundo son no deseados, lo que sumado a condiciones de pobreza trae consecuencias nocivas en la vida de las personas. Sobre si se viola el derecho de los padres a educar a los hijos, hacen patente que a los adolescentes se les debe reconocer un grado progresivo de autonomía en sus decisiones, también el derecho a una educación sexual de buena calidad y a brindarles el derecho a la salud, más cuando son una población en riesgo.

IV.III.XX Conferencia Episcopal y Pontificia Universidad Católica de Chile:

En el expediente de la PDD, específicamente en sus fojas 894 y 895, la Conferencia Episcopal de Chile en la palabra de su presidente el obispo Alejandro Goic se hace parte en el juicio. En su carta deja constancia de la postura oficial de la Iglesia Católica una declaración pública llamada “¿Hacia dónde camina Chile?” que fue publicada en la prensa en septiembre de 2006. En esta ocasión, monseñor Goic en su misiva dice adjuntar un informe solicitado por la Conferencia a la Pontificia Universidad Católica de Chile (PUC), una edición especial de la publicación oficial del Arzobispado de Santiago llamada “Por la Vida y la Familia” que es un resumen de dicho informe, y por último, una Declaración del Comité Permanente para la Conferencia Episcopal de Chile (CPCECH) de enero de 2007 llamado “Acoger y Promover la Vida”.

Lo que monseñor Goic dice adjuntar no se encuentra en el expediente, pero si se hace mención del documento como prueba científica en la sentencia. Para subsanar este problema, se citan los documentos originales “¿Hacia dónde camina Chile?”, el informe de la PUC, que es la exposición completa de lo que se resume en “Por la Vida y la Familia”, y por último, “Acoger y Promover la Vida”.

“¿Hacia dónde camina Chile?” comienza dando cuenta de lo nocivo que son las ‘Normas’ aprobadas por el Gobierno, pues existe evidencia de que la PDD puede ser nociva contra la vida que se inicia desde el momento de la concepción. Es por ello, que la Iglesia llama a estudiar lo que emana del Decreto Supremo en todas sus aristas, acogiendo miradas científicas, sociales, jurídicas, éticas y morales para así comprender los efectos dañinos que pudiera tener. El Comité Permanente sostiene también que ese tipo de política pública no ayuda al crecimiento de Chile ni a los derechos de las mujeres. Los niños tienen derecho a nacer sin importar el nivel socioeconómico en que lo hagan, siendo esta política una herramienta equivocada al dar una libertad sin consecuencias a los adolescentes, imitando formas de gobierno característicos de los regímenes totalitarios al querer regular la fertilidad de las personas. En síntesis, relacionar la dignidad de la mujer con la anticoncepción a lo que lleva es al ocaso de la maternidad (CPCECH, 2006).

Por su parte, “Acoger y Promover la Vida” brinda primero un panorama general sobre la radical importancia de la defensa a la vida. Todo lo bueno es lo que promueve y defiende la vida, por su contraparte, todo malo lo que la pone en cuestión. De esta forma, considera gravísimo que el Estado, ante el argumento de la libertad individual, promueva prácticas que vayan en contra de este derecho. Después de un exhaustivo análisis de académicos y profesionales se puede seguir que las ‘Normas’ son ajenas a la promoción humana y de una cultura de valores basadas en ella. También acusa que están fundadas en una visión relativista del ser humano, no habiendo una acabada reflexión sobre el amor, la responsabilidad, la libertad y la familia. Para el Comité, la situación demográfica en Chile tiende al envejecimiento, existiendo estudios que demuestran la intención de las mujeres de tener mayor fecundidad. Por otra parte, lo que debería realizar el Estado es continuar con su política de disminuir la brecha socioeconómica y educativa que tiene directa relación con el comienzo sexual y que conspira hacia la maternidad adolescente. En la misma línea, la normativa prescribe un medicamento que es sospechoso de causar aborto y contiene una visión ideológica sobre la conformación de la familia, trastocando el rol del Estado hacia la familia y las personas (CPCECH, 2007).

El informe de la PUC, firmado por diferentes profesores, busca aclarar las diferencias sobre la discusión científica. Consideran que la PDD impide la ovulación cuando esta no ha ocurrido, anula la capacidad de los espermatozoides de llegar al óvulo, pero también tiene efectos abortivos al realizar consecuencias anti-anidatorias. Para sustentar su argumento, intentan desacreditar bajo argumentos metodológicos las diversas investigaciones que sostienen lo contrario. Su primer punto, es que las indagaciones realizadas en animales, especialmente en ratas, han concluido que no hay interrupción del óvulo fecundado en su tránsito cuando se administra el medicamento después, pero no es posible extrapolar los resultados al cuerpo de las mujeres. También se sostiene que antes del año 2001 se sabía muy poco sobre la operación del levonorgestrel en el cuerpo de las mujeres, especialmente

los problemas éticos a la hora de someter a estudio un medicamento de estas características, por ejemplo, al hacer biopsias sobre mujeres en estado fértil y que hayan tenido relaciones sexuales. Por su parte, los estudios *in vitro* lograron sostener que no había alteraciones del fármaco sobre el endometrio y la anidación, pero se cuestiona que sean extrapolables a mujeres pues las condiciones fisiológicas son distintas. En último término, se sostiene que no existen investigaciones metodológicamente bien diseñadas que puedan concluir que no hay efectos anti-implantatorios. Sustentan dicho enunciado en tres estudios estadísticos sobre ingesta del medicamento, período fértil y embarazos exitosos. Por último, critican a la política pública y su idea de que los anticonceptivos de emergencia disminuyen la cantidad de embarazos no deseados y abortos, pues la evidencia disponible demuestra que no existe una correlación entre ambas dimensiones (Ventura-Juncá *et al*, 2008).



Claramente todos los actores en mayor o menor medida se refieren a los derechos fundamentales a la vida y de los padres a educar a sus hijos, así como sus posibles derivados en la autodeterminación individual, la libertad de elección, la conformación de la personalidad, los derechos del niño en la figura de los adolescentes, la potestad de los padres sobre sus hijos, etc.

Para describir los tipos de argumentos esgrimidos por los actores, consideramos necesario acudir al esquema problema/posibles soluciones. Los actores identifican, por distintas lógicas, el problema en la violación de un derecho fundamental o sus derivados. Por ejemplo, la conexión de la posible lesión o destrucción del embrión con el derecho a la vida o el *nasciturus* como sujeto de ese derecho. Así, podemos agrupar sintéticamente las referencias en el siguiente cuadro:

Cuadro 5: Tipos de argumentos presentes en los actores involucrados en el proceso de la PDD.

Existe violación del derecho a la vida y de los padres a educar a sus hijos		
Argumento	Actor	Tipo
Nadie puede restringir un derecho fundamental, si se hace en alguna medida debe ser materia de ley, por tanto potestad del legislador.	-Diputados requirentes -Fundación Instituto Estudios Evangélicos	Legal
El TC es competente para revisar actos administrativos (ISP) y constatar hechos.	-Diputados Requirentes	Legal
El peso de la prueba recae en los defensores del Decreto Supremo.	-Diputados Requirentes	Legal
Las consejerías violan el derecho de los padres a educar a sus hijos.	-Diputados Requirentes -Fundación Instituto Estudios Evangélicos - Conferencia Episcopal	Legal
Existe una violación del derecho interno –Constitución y código civil– y del derecho internacional –Derechos del niño y Convención Americana de DDHH–.	-Diputados Requirentes -Fundación Instituto Estudios Evangélicos	Legal
Ante la duda prima el principio <i>pro homine</i> .	-Diputados Requirentes -Fundación Instituto Estudios Evangélicos	Legal Ético-moral
Primer derecho humano es el derecho a la vida.	-Diputados requirentes -Muévete Chile	Ético-moral

	-Conferencia Episcopal -PUC	
Vademécum de la Muerte.	- Red por la Vida	Ético-Moral
Desde la fecundación hay un ser humano distinto, por tanto sujeto de derechos.	-Diputados Requirentes -Patricio Mena (Bioética – UCHILE) -Conferencia Episcopal -PUC	Científico – Ético-Moral
El DIU y la píldora son abortivos. El DIU puede causar abortos alterando el endometrio, también y embarazos ectópicos. La píldora impide la anidación.	-Diputados Requirentes -Muévete Chile -Red por la Vida (y UCSC) -Universidad de los Andes -Conferencia Episcopal -PUC	Científico
Distintos laboratorios consideran a la píldora como abortiva.	-Requirentes -Fundación Instituto Estudios Evangélicos	Científico
Existe un cambio en la definición de aborto (semántica) por parte de algunos científicos.	-Diputados Requirentes -Patricio Mena (Bioética – UCHILE) -Muévete Chile	Científico
Al obligar a las farmacias a vender la píldora se violan la objeción de conciencia y el derecho a la libre empresa.	-SalcoBrand	Ético-moral Económico Legal

No existe violación del derecho a la vida y de los padres a educar a sus hijos		
Argumento	Actor	Tipo
Se cumple sentencia anterior del TC sobre forma de las `Normas`.	-Gobierno	Legal
Las consejerías no violan el derecho de los padres pues no buscan establecer <i>conductas</i> .	-Gobierno -ICMER	Legal
El peso de la prueba cae en los requirentes.	-Gobierno -Diputados PS-PPD-PRSD-DC(4)-RN(4)	Legal
TC no puede establecer hechos ni juicios de mérito: no es competente para resolver la temática. Existe <i>cosa juzgada</i> .	-Gobierno -Mujeres Usuarias -Diputados PS-PPD-PRSD-DC(4)-RN(4)	Legal
La Contraloría visó las “Normas”.	-Gobierno -Diputados PS-PPD-PRSD-DC(4)-RN(4)	Legal
No hay violación del derecho interno ni internacional.	-Gobierno -ADC-Argentina (CIDDDHH)	Legal
Hay antecedentes legales para sostener la política.	-Gobierno	Legal
El ISP autorizó la píldora bajo estándares científico-técnicos.	-Gobierno -ICMER -Diputados PS-PPD-PRSD-DC(4)-RN(4)	Legal Científico

<p>Historicidad de la política pública, derechos involucrados, mujeres usuarias de los métodos, pobreza, impacto de la inconstitucionalidad, rol del adolescente, etc.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Gobierno -Usuarias -Diputados PS-PPD-PRSD-DC(4)-RN(4) -APROFA -Ginecólogos y Obstetras -SOGIA -UCHILE -OMS (aunque no es considerado) 	<p>Político</p> <p>Ético-Moral</p>
<p>La evidencia científica sustenta que la píldora no es abortiva.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Gobierno -ICMER -UCHILE -OMS (aunque no es considerado) 	<p>Científico</p>
<p>Año 2011 y desconocimiento de los efectos de la píldora.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -ICMER -Universidad de Chile 	<p>Científico</p>
<p>No hay evidencia de que los embriones sean destruidos por la píldora.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -ICMER 	<p>Científico</p>
<p>Levonorgestrel no impide la anidación, sino que es beneficioso (progestina) cuando hay embarazo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -ICMER 	<p>Científico</p>
<p>Status ontológico del óvulo es como un pre-embrión mientras no se implante.</p>	<ul style="list-style-type: none"> -UCHILE 	<p>Ético-moral</p>

IV.IV Argumentos sobre la necesidad de inhabilidad de algunos ministros por parte de los defensores del Decreto Supremo.

Una característica relevante del caso fueron las variadas ocasiones en que los defensores del DS 48 argumentaron a favor de solicitar, por diferentes razones, la inhabilidad de algunos ministros.

El primer documento fue presentado por diputados de las bancadas PS-PPD-PRSD, un DC y un RN. En él sostienen que habría directa implicancia de inhabilidad de dos ministros del tribunal, pues firmaron en la causa AGES v. ISP del año 2003 un informe técnico de derecho constitucional donde sostenían que la píldora era abortiva, por tanto violaba el derecho a la vida. Los ministros en cuestión fueron Enrique Navarro y Raúl Bertelsen Repetto, quien fuera en su momento parte de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución o Comisión Ortúzar. La inhabilidad de ambos ministros sería necesaria pues habría una violación del derecho fundamental a un juicio justo y la necesaria e imperiosa imparcialidad del juez. Los parlamentarios acusan que por su actuar en el proceso mencionado, se sabría de antemano la forma que tomaría el voto de dichos ministros, por lo que no existirían las garantías mínimas aseguradas por el derecho para una sentencia imparcial (PDD, 2007:481-500).

La norma invocada sobre inhabilidad se encuentra contenida en el artículo 19 de la LOC del Tribunal Constitucional la que versa como causal: “Haber emitido opinión con publicidad o dictamen sobre el asunto concreto actualmente sometido a conocimiento del tribunal”.

Posteriormente, el académico Jorge Contesse presenta un informe técnico sobre la necesidad de resguardo de la legitimidad en las decisiones judiciales del TC. En el escrito el autor apela a los derechos fundamentales de un juicio justo y la necesaria imparcialidad del juez, dando cuenta que si el propio Tribunal Constitucional viola dicho derecho al desconocer causales de necesaria inhabilidad de algunos ministros, la crisis de legitimidad cae sobre la corte y la Constitución misma (PDD, 2007:782-797).

En respuesta a la denuncia el Ministro Bertelsen no consideró que estuviera en causal de inhabilidad por haber firmado dicho informe técnico. De diferente opinión fue el Ministro Navarro quien sostuvo que efectivamente se encontraba implicado, y por tanto, inhabilitado para conocer del juicio. No obstante, dejó la última palabra a votación del TC (PDD, 2007:747-748). En su respuesta el Tribunal acepta conocer de la implicancia de inhabilidad de Navarro, rechazando que el Ministro Bertelsen se encuentre en dicha posición. La resolución en fallo dividido –voto en contra: Cea, Fernández Baeza y Venegas-, concluye

aceptar la inhabilidad del primero, sin mayor argumentación sobre la materia (PPD, 2007:749)¹⁷.

Posterior a la primera denuncia, los defensores del DS consideraron que por diferentes causales varios ministros deberían inhabilitarse. Todas las peticiones fueron falladas como no ha lugar por improcedentes.

Cuando la sentencia estaba en fase de redacción, por medio de un comunicado, el Ministro José Luis Cea brindó un resumen del fallo a la prensa. Ante ello, por medio de Cristián Rosselot, los diputados Enrique Accorsi y Fulvio Rossi buscaron la inhabilidad de dicho ministro al considerar que había realizado opiniones con publicidad sobre una resolución judicial aún no emitida. La petición fue rechazada (PDD, 2007:897-902).

Posteriormente, los mismos diputados en conjunto con el también diputado Alberto Robles, vuelven a solicitar la inhabilidad de otro ministro del TC. Esta vez se intentó impugnar a Raul Bertelsen Repetto, pero no por la causal de haber firmado el informe técnico que mencionamos, sino porque aquel informe tenía párrafos completamente idénticos al requerimiento presentado por los diputados de la *Alianza* contra el DS. Es decir, para los diputados, Bertelsen no sólo estaba involucrado en el informe técnico, sino que se habían ocupado ideas completas del informe para redactar la impugnación (PDD, 2007:920-924). Por último, en otro escrito también se solicita la inhabilidad del Ministro Mario Fernández, pues declaró a la prensa que él en sus resoluciones se regía por los dictámenes de la Iglesia Católica. Al ser parte esta última organización en el proceso, el juez caería en la causal de falta de imparcialidad. Ambos razonamientos fueron también rechazados (PDD, 2007:925-926).

¹⁷ Necesario es mencionar que si se hubiera tomado el mismo criterio con Bertelsen, la votación final del fallo hubiera sido un empate, por lo que el Presidente del Tribunal debería haber dirimido. Como se verá más adelante, su voto fue contra la impugnación del DS.

IV.V Síntesis

En este capítulo dimos cuenta de los antecedentes judiciales sobre el caso de la PDD ante el Tribunal Constitucional, así como los argumentos a favor y en contra del Decreto Supremo 48. Entre ellos mencionamos la forma de hacerse parte de organizaciones de diverso tipo, desde instituciones científicas hasta sociedades de inspiración religiosa.

Sostuvimos que los argumentos centrales se relacionan sobre la discrepancia de si existe violación de los derechos fundamentales a la vida y de los padres a educar a sus hijos. De igual manera, se discutió la veracidad científica de la posibilidad de que la PDD, y más específicamente el levonorgestrel, pueda o no causar abortos; el peso de la prueba sobre quién tiene que dar cuenta de este hecho; la historia de las decisiones judiciales de las más altas magistraturas sobre la materia; el posible impacto sobre la política pública y, por último, el rol del poder ejecutivo al tomar decisiones sobre la administración de la salud que involucren derechos fundamentales. En base a esto, construimos desde nuestro esquema problema/posibles soluciones un cuadro dando cuenta de los principales argumentos, los actores que los sostenían y, a nuestro juicio, cómo podían ser observados.

Lo interesante es describir la complejidad de la decisión judicial ante los diferentes tipos de argumentos expuestos. Si se decide en base al derecho, se abre el horizonte sobre cómo interpretar los distintos argumentos, quién debe sostener el peso de la prueba sobre si los métodos impugnados causan aborto, qué derechos fundamentales están involucrados desde una interpretación constitucional y cuáles no, etc.

Las preguntas formuladas y su procesamiento desde la ejecución de la sentencia lo veremos en el capítulo siguiente.

Capítulo V

Procesamiento de riesgo del Tribunal Constitucional en el caso de la *Píldora del día después.*

V.I Introducción

Anteriormente expusimos los comienzos de la querrela sobre la PDD y los actores involucrados en los procesos. Organizaciones del más diverso tipo como centros de investigación, universidades, centros religiosos, partidos políticos, entre otros, se hicieron parte de una u otra forma argumentando sobre la licitud/ilicitud constitucional del Decreto Supremo 48 ante los derechos fundamentales a la vida y de los padres a educar a sus hijos. De igual manera, se expusieron distintos argumentos procesales como la necesidad de inhabilitación del TC como corte o de algunos ministros al conocerse previamente su opinión sobre el litigio.

Como hemos indicado previamente la decisión del Tribunal consta de dos formas. Primero, el voto de mayoría que establece la argumentación de la sentencia de la causa, además de servir como jurisprudencia para la posterior reflexión del tribunal. Segundo, el o los votos de minoría que agrupan a los ministros disidentes, quienes están obligados por la Ley Orgánica del Tribunal a dejar constancia del razonamiento de su decisión. Se puede sostener que esta manera de fallar resulta paradójica al sostener el voto de mayoría lo que puede negar el voto de minoría, ambos en base a derecho. En otras palabras, la forma de observar la querrela constitucional puede sostener diversas vías de interpretación, pero solamente una puede ser la sentencia definitiva.

Lo anterior abre interesantes perspectivas desde el análisis sociológico al exponerse de manera explícita las distintas posibilidades de observación y resolución de la querrela constitucional. Así, se puede describir cuáles fueron los énfasis en la argumentación, teniendo en consideración los diversos razonamientos expuestos por los diferentes actores involucrados. Emerge, por tanto, la pregunta sobre la posible preeminencia de ciertos tópicos por sobre otros, que pueden ser materia de reflexión del voto contrario. Para dar cuenta del problema consideramos necesario exponer de manera acabada los diferentes votos con el fin de distinguir las similitudes y diferencias (i). Posteriormente, retomar las tesis que se han sostenido al final de cada capítulo, enmarcando la observación de la sentencia dentro de un análisis de tipo organizacional (ii). Finalizando, con una detallada

descripción y análisis de la sentencia, considerando su procesamiento de riesgo, la forma de argumentación y hermenéutica jurídica, y los énfasis en los tipos de argumentos que fueron descritos en el capítulo anterior (iii).

V.II Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la *píldora del día después*: Votos de mayoría, concurrentes y disidentes.

La sentencia del Tribunal sobre la impugnación del Decreto Supremo 48 (rol 740-07) comienza resumiendo el requerimiento de los diputados, la respuesta del gobierno, así como una mención a las diferentes pruebas presentadas por ambas partes (TC, 2008:1-73)¹⁸. Argumentos que hemos dejado claros en el capítulo anterior.

Antes de dar cuenta de los diferentes votos, el dictamen expone los expedientes del ISP sobre la autorización de la PDD. En un primer informe (1990), la entidad sostiene que el medicamento puede interrumpir el tránsito del óvulo fecundado al útero, por lo que rechaza su inscripción. Misma sentencia tuvo el siguiente intento de registrar una píldora con las mismas características. En el año 2001, cuando se aprobó *Postinal*, los registros del ISP continúan sosteniendo que el medicamento impide la anidación, opinión compartida por la Corte Suprema al anular el registro de dicho medicamento. Posteriormente, como hemos señalado, se registró *Postinor 2* que no es más que un equivalente del medicamento prohibido por la Corte. Por último, el TC declara que el ISP entre sus diferentes informes técnicos no acompaña estudios científicos que avalen que la PDD no cause abortos, acusando a la entidad pública de ocultar información relevante a la población (TC, 2008:74).

V.II.I Voto de mayoría: *Ministros José Luis Cea, Raúl Bertelsen Repetto, Mario Fernández Baeza, Marcelo Venegas Palacios y Marisol Peña Torres.*

Antes de entrar en el fondo de la querrela constitucional, los ministros consideran relevante dejar claros algunos puntos. El primero se relaciona con la posibilidad de establecer hechos por parte del Tribunal, la respuesta es afirmativa citando los casos sobre trasplantes, donde se debía considerar la forma en que se declaraba científicamente muerta a una persona. También se consideró el juicio sobre vehículos con convertidor catalítico donde el conflicto se originaba en base al derecho a vivir en un ambiente sano. Por lo tanto, se considera que el Tribunal es completamente apto para dirimir sobre hechos. De igual manera, el voto de mayoría considera que la legalidad del registro de *Postinor 2* está más allá de las potestades de la magistratura, pero no entra a dirimir sobre la constitucionalidad de su distribución y su posible conflicto con el derecho a la vida (TC, 2008:75-81).

¹⁸ Nuevamente por criterios de estilo y fácil lectura consideramos convertir la sentencia en el formato de citación que se ha seguido en el texto. En las citas el autor será el Tribunal Constitucional.

Sobre la tesis que el TC no puede realizar juicios de mérito, la Corte responde que no es su misión, tampoco lo realizará en la sentencia. La potestad para entrar a conocer del asunto proviene de la existencia de un conflicto de derechos fundamentales, siendo necesario un pronunciamiento mandatado tanto por la Constitución como la Ley Orgánica del propio tribunal. Los ministros dejan constancia también de que no tomaran en cuenta el DIU en su análisis de constitucionalidad, al no haber claridad sobre si son parte de la impugnación todos los dispositivos o sólo los que utilizan levonorgestrel. Otro punto preliminar se relaciona con el derecho de los padres a educar a sus hijos, donde el voto de mayoría considera que no existe una lesión al derecho pues el DS no impide que elijan el dónde educar a sus hijos, transmitir valores o posturas sobre la vida sexual. En última instancia, el reclamo de violación al derecho a la igualdad ante la ley, al existir un trato diferenciado a los embriones posiblemente lesionados por la venta del medicamento en farmacias, se rechaza por poco claro (TC, 2008:82-86).

Después de las aclaraciones preliminares, el voto de mayoría esclarece que el Tribunal tiene la potestad de dirimir sobre conflictos constitucionales, la observación de la lógica y límites de la aplicación de un derecho fundamental cuando colisiona con otro y, si es necesario, ponderar pruebas científicas para iluminar la necesaria interpretación (TC, 2008:86-89).

Entre los métodos anticonceptivos de emergencia de los cuales el Tribunal puede conocer y son base de la argumentación del voto de mayoría, se cuenta el método basado en la ingesta de dos píldora de 0,75 mg. de levonorgestrel, lo que se conoce como método clásico o el *método yuzpe* en el que se mezclan 0,5 mg. de levonorgestrel con 0,1 mg. de etinilestradiol. La funcionalidad del medicamento depende del período menstrual de las mujeres al momento de ingerirlo. Los magistrados mantienen que los dos regímenes tienen como factores impedir: i) la ovulación, ii) la migración de espermatozoides para fecundar el óvulo y iii) la implantación (TC, 2008:89-98).

La evidencia científica, sostienen, es completamente contradictoria sobre si las pastillas pueden o no causar la no implantación del embrión. El Tribunal también considera necesario destacar que no hay una definición clara del producto de la unión del óvulo con el espermatozoide. Algunos argumentan que el individuo comienza en la fecundación pero es un ser humano tanto como un huevo puede ser una gallina o los que lo consideran que posterior a la unión entre los gametos existe un nuevo ser humano, siendo sólo cuestión de tiempo para que demuestre todas sus particularidades. Otra opción indica que a pesar de que las características humanas no estén completas, si hay un ser humano con todas sus potencialidades y con una constitución genética propia completamente diferente a la de sus padres (TC, 2008:98-103).

Ante la diferencia de opiniones de los especialistas, por ejemplo, sobre el proceso de implantación y el organismo implantado, si una célula, un grupo de ellas o derechamente un

ser humano en potencia, los ministros muestran la necesidad de un criterio hermenéutico para afrontar el problema. Esto no es nuevo, ha ocurrido en otros casos juicios relacionados con la PDD en que se han visto involucradas la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema. El problema en cuestión, es de qué manera contrastar y dar cuenta de la información científica ante la duda de cuándo comienza la vida. Si no se resuelve, difícilmente se puede entrar a discutir bajo qué condiciones el que está por nacer tiene titularidad de algún derecho fundamental. Más confuso se muestra el asunto ante otro tipo de evidencias como la descripción de los fabricantes y lo que ha ocurrido con la píldora en otros países. Así, las usuarias no saben que eventualmente el embrión que está dentro de sus cuerpos puede ser expulsado, pues las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad no consignan dicho peligro. En base a los antecedentes disponibles, el voto de mayoría considera que no se puede descartar que la ingesta de la píldora no tenga efectos sobre el embrión en su tránsito hacia el endometrio. (TC, 2008:103-111).

Ante el problema de observar al embrión como persona jurídica de derecho, el voto de mayoría se decanta por la visión humanista que considera a la persona como sujeto y no como objeto de derecho. Esto se sustenta desde el artículo primero de la Constitución que decreta que las personas nacen libres e iguales, como también el carácter de sociabilidad que cumple la familia en el desarrollo del individuo. De igual manera, se sostiene que los derechos provienen de la naturaleza humana y la Constitución sólo cumple el rol de constatar su existencia. La teoría del derecho chilena se inclina por sostener que la persona se inicia desde el momento de la concepción, siendo un ser completamente distinto de sus progenitores, único e irrepitible, que se constituye como sujeto propiamente tal. Además de sostener esta tesis, los magistrados citan jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y de Costa Rica, el cambio del término hombres por personas de la Constitución chilena (1999), donde se pidió expresamente que quedara en el acta que el *nasciturus* es persona. También se cita a la CADH en sus numerales sobre el derecho a la vida y el Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos. Nuevamente se recurre a la Comisión Ortúzar para observar la intención del constituyente, quien entregó la potestad sobre la custodia del derecho a la vida del que está por nacer al legislador, pudiéndose dar cuenta de ello en el Código Civil, el Código Orgánico de Tribunales, el Código Sanitario, la Ley sobre abandono de familia y pensiones alimenticias, la Ley de Impuesto a la Renta, y la ley sobre Investigación Científica en el Ser Humano, todas ellas mencionan la vida del que está por nacer y la necesidad imperiosa de su defensa. (TC, 2008:118-136).

La disparidad de juicios en el mundo científico no puede ser un criterio para que el tribunal no actúe. No hacerlo sería renunciar a sus atribuciones esenciales de cautelar los derechos fundamentales y de defender la supremacía constitucional. Si se entiende que existe una persona sólo desde la anidación, la PDD no caería en inconstitucionalidad alguna. Pero si se sigue la tesis que la vida comienza desde la concepción y el anticonceptivo puede impedir

la implantación, se transformaría en un aborto, que iría en contra de la protección constitucional de la vida del que está por nacer, violándose un derecho fundamental que el Estado por obligación debe respetar y promover. Así se presenta una duda razonable ante la incerteza de la ciencia médica sobre los efectos del medicamento (TC, 2008:136-139).

La duda para el voto de mayoría se puede representar bajo el principio *pro homine* que sostiene, según lo entendido por la CADH, que entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe menos el derecho protegido, es decir, la más favorable a la persona humana. Dada las exposiciones, es posible para los ministros sostener que la PDD puede ocasionar la interrupción de la vida del embrión, al impedir su implantación en el endometrio, generando una posible afectación en el derecho, la duda debe ir en el sentido de proteger el derecho posiblemente lesionado. Si se razona de otra manera, se pondría en peligro la dignidad sustancial de toda persona. De igual manera, si existiera esta posible lesión se desconocería el necesario límite constitucional de la autoridad política en la consecución del bien común, distorsionando la idea de Estado de derecho y su forma de operación (TC, 2008:139-142).

En base al razonamiento anterior, las evidencias científicas y la hermenéutica jurídica aplicada sobre el principio *pro homine*, se resuelve declarar inconstitucional las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad en sus apartados sobre Anticoncepción Hormonal de Emergencia. El Tribunal, en su voto de mayoría, tiene plena conciencia que su decisión impactará en ciertas connotaciones afectivas de las personas, pero se recuerda también que todas ellas están sujetas a la Constitución por lo que es imperativo acatar el dictamen de la magistratura (TC, 2008:142-143).

V.II.II Prevención del Ministro Raúl Bertelsen Repetto:

El ministro Bertelsen está en desacuerdo en dejar constancia del impacto emocional que puede ocasionar la sentencia del tribunal. Este solamente debe atenerse al examen de constitucionalidad del Decreto Supremo, para ello deja constancia a través de un comentario de prevención en el voto de mayoría (TC, 2008:143-144).

V.II.III Votos Concurrentes:

El fallo consta de tres votos concurrentes, los cuales buscan precisar puntos que no fueron incluidos en el voto de mayoría a pesar que los ministros votaron en esa dirección. Los votos son los siguientes:

V.II.III.I Ministro Mario Fernández Baeza:

Considera que lo importante no es la discusión sobre la persona sino la titularidad de derechos del individuo y su relación con la dignidad humana, esencia del derecho a la vida. La dignidad humana excede el significado del contenido jurídico pues es propiedad de la civilización, es decir, característica indiscutible del estadio civilizatorio cual ha llegado la humanidad. En ello radica la gravedad de que el Estado pueda violar dicha dignidad. El derecho a la vida ha sido materia de consenso político tanto por el Grupo de los 24, que se conformó como grupo de estudios constitucionales opositor al Régimen Militar, así como en los diputados y senadores que participaron en la reforma constitucional del año 2005 (TC, 2008:144-149).

Todo lo anterior, le sirve a Fernández Baeza para sostener que la redacción del artículo 19 en su primer numeral, incluye en el mismo rango la vida del que está por nacer y el derecho a la vida. Este último, cuyo carácter es de derecho negativo pues limita la acción de un tercero, buscar asegurar y proteger la esencia de la vida misma del embrión; lo único que el diminuto ser posee (TC, 2008:149-152).

V.II.III.II Ministro Marcelo Venegas Palacios:

Para el ministro la Presidenta de la República cae en un error al sostener que la definición de embarazo sólo puede ser cierta después de la implantación y que, por lo tanto, los efectos de la PDD no constituiría práctica de aborto. Para él, la tesis se encuentra equivocada pues la vida que está por nacer comienza en el momento de la fecundación, misma noción se encuentra en el entendimiento del legislador y de la jurisprudencia administrativa y jurídica. Asimismo, cuestiona la interpretación del derecho penal que hace la Presidenta al dar cuenta de que sólo defiende y penaliza el delito de aborto sobre el embrión, pues sostiene que esa defensa se encuentra desde el momento mismo de la fecundación (TC, 2008:152-154).

En su voto, Venegas relata que examinó por sí mismo los expedientes administrativos del ISP de 1990, los que consideran que la PDD puede impedir la anidación del embrión en el endometrio. Lo mismo se dice en la información médica de *Postinor 2* que consta en los expedientes de su autorización por el ISP el año 2001. Dos años después se solicitó la autorización de otro medicamento con levonorgestrel (*Tace*), en su informe de toxicología reconocía la sugerencia de que podría influir en la alteración del endometrio, lo que impactaría en la implantación, mismo caso ocurrió ese año con el medicamento *Glanique* y el año 2006 con un medicamento auspiciado por el laboratorio *Bestpharma*. Con la evidencia de los propios fabricantes no habría duda de los efectos de las píldoras en base levonorgestrel (TC, 2008:155-158).

Considerando necesario dejar en claro la postura del Constituyente, el ministro Venegas recurre a la Comisión Ortúzar para observar cómo se discutió el tema de la defensa de la vida del que está por nacer. De su análisis concluye que la Comisión no tuvo una sola opinión sobre la materia, optándose finalmente por dejar a criterio del legislador la forma de dirimir sobre algunas circunstancias muy justificadas de aborto, como el terapéutico, pero siendo enfáticos en que no se toleraría un aborto completamente libre. Por tanto, aceptar el Decreto de la Presidenta de la República es ir en contra del derecho a la vida como lo ha entendido la Constitución, la jurisprudencia y el constituyente, del que es titular el ser que está por nacer. (TC, 2008:158-167).

V.II.IV Votos de minoría:

Los votos de minoría buscan argumentar su desacuerdo con el voto de mayoría. Cabe recordar esto es una obligación contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que si un magistrado vota en contra tiene que justificar su decisión posteriormente. En esta ocasión los votos fueron redactados por cada miembro en solitario, a excepción de los ministros Correa Sutil y Fernández Fredes que lo hicieron en conjunto.

V.II.IV.I Ministro Juan Colombo Campbell (presidente):

Primeramente aclara que su postura es rechazar el requerimiento en todas sus partes. Su argumentación comienza señalando que se referirá solamente a la PDD, dejando de lado el DIU en su argumentación pues se encuentra regulado por cuerpos normativos que no dependen del decreto impugnado (TC, 2008:168-169).

La protección constitucional opera sobre las personas nacidas, no estableciéndose cuándo comienza la defensa del que está por nacer. El Código Civil, por ejemplo, solamente reconoce como persona al individuo de la especie humana que ha nacido, comprendiendo 'nacer' como separarse completamente de la madre después del parto y continuar viviendo (artículo 74). La norma constitucional contempla que el legislador dicte normas para proteger al no nacido siempre y cuando se encuentre en peligro, como lo plantea el Código Sanitario en su artículo 119 al prohibir toda forma de aborto. Pero si se tiene en cuenta la dimensión penal del asunto, la discusión de cuándo se comete aborto aún no está zanjada, pues parte de la doctrina sostiene que solamente podría haber protección del embrión una vez implantado, esto es, catorce días después de la concepción (TC, 2008:170-173).

Si los requirentes sostienen que se está ante una práctica abortiva al autorizar medicamentos que contengan levonorgestrel, se estaría en presencia de un delito (aborto) contemplado en el Código Penal, el que sería auspiciado por autoridades gubernamentales, en este caso, la Presidenta de la República y la Ministra de Salud. Esto, en palabras del Presidente del TC, justifica aún más que el peso de la prueba caiga sobre los que buscan la impugnación del Decreto Supremo (TC, 2008:173).

No hay consenso claro sobre el comienzo y término de la vida en la ciencia ni en el derecho. Lo que se debe determinar en el proceso judicial del DS, es si se está frente a un conflicto de relevancia constitucional donde hay derechos fundamentales enfrentados o si ante una discusión médica con consecuencias ético-religiosas. El Tribunal sólo puede resolver conflictos de derecho, es decir, conflictos entre la Constitución y el decreto, no las consecuencias morales del posible establecimiento de un hecho científico. Si el conflicto es sobre la vida y la muerte, la ciencia médica es la llamada a dirimir el problema no el derecho. Incluso cuando se necesita dar constatación de que se ha terminado la vida de un individuo es necesario un juicio médico de carácter técnico (TC, 2008:174-176).

El Decreto Supremo emanado por la Presidenta de la República se ajusta a derecho, es una potestad de la administración para garantizar el derecho a la salud. Es más, en ningún momento se obliga a ninguna persona a utilizar los métodos anticonceptivos contenidos en la 'Norma' si es que no lo desea. De igual manera, el DS depende del DFL 1 del MINSAL, cuerpo legal-administrativo que determina los objetivos y potestades de la política de salud del Estado de Chile. Para Colombo, si existe un problema de constitucionalidad sobre la manera en que se despliega el derecho a la salud sexual y reproductiva la norma administrativa impugnada debería ser el DFL, pero dicha potestad no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional (TC, 2008:176-181).

Finaliza recordando que el peso de la prueba está del lado de los requirentes, los que no han sido capaces de demostrar que la píldora tenga efectos abortivos. Al no probarse este hecho, difícilmente puede existir una violación al derecho a la vida. Por lo tanto, lo que prima es el

principio de presunción de constitucionalidad de los actos emanados de los poderes públicos como órganos expresivos de la soberanía del pueblo (TC, 2008:182-183).

V.II.IV.II Ministro Hernán Vodanovic Shnake:

El ministro comienza resumiendo en dos puntos su rechazo a la impugnación al Decreto Supremo: i) sobre la existencia, rango y entidad de los derechos del embrión preimplantacional y ii) el eventual conflicto entre un interés constitucionalmente protegido y otros derechos fundamentales. En base a estos dos puntos se sostiene que el *nasciturus* no es titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que esta última no prohíbe el aborto, que los derechos reproductivos tienen reconocimiento constitucional y, por último, si hubiera un conflicto el interés preponderante cae en los derechos fundamentales de la mujer (TC, 2008:183).

Para Vodanovic, las constituciones hoy en día deben ser entendidas como instituciones abiertas donde el principio rector es la libertad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad. Toda imposición de regímenes morales o de pensamiento religioso está en contra de este mandato. El inicio de la vida es un tema fuertemente influido por este tipo de regímenes, donde el Estado no puede decantarse por uno u otro ni imponer a las personas ningún tipo de opción basado en estos intereses particulares (TC, 2008:184-185).

Los derechos fundamentales, a juicio del ministro, operan sobre una persona al reconocerle su dimensión de libertad y autonomía. Estas normas se contienen en el artículo primero de la Constitución chilena al decir que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, agregando el artículo 19 que los derechos se aseguran para “todas las personas”. Para que exista una violación de un derecho fundamental, primero se debe estar en frente de un ser humano catalogado como persona por el derecho, después sobre un conflicto que procesalmente puede ser materia del Tribunal Constitucional (TC, 2008:185)

El *nasciturus* no es titular del derecho fundamental a la vida pues no se lo incluye como persona en el artículo primero de la Constitución, único lugar donde se menciona a las personas. Si se extiende esta búsqueda a todo el conjunto normativo de la ley chilena se puede dar cuenta del Código Civil que diferencia a la persona humana de la jurídica y la punibilidad del aborto en el Código Penal, el que se encuentra en la sección de atentados contra la familia, no contra la persona. La “vida del que está por nacer” tiene un estatuto jurídico de protección pero no es reconocido como persona, por tanto, la titularidad de los derechos se condiciona hasta el momento del nacimiento. Nuevamente, la garantía de la vida no es un derecho del mismo rango que el derecho a la vida por no encontrarse como titular una persona. La vaga fórmula es un mandato al legislador (TC, 2008:185-189).

Desde lo anterior, Vodanovic sostiene que el argumento de que la vida comienza en la concepción es uno de tipo moral sin consenso científico. La distinción constitucional entre derecho a la vida y mandato al legislador para que proteja al que está por nacer, sugiere la conclusión de que el no nacido es materia de un interés constitucional pero no titular del derecho a la vida como tal. Los que apoyan la tesis contraria, se basan en la interpretación de las comisiones constituyentes –Comisión Ortúzar y Consejo de Estado–, conectando el derecho a la vida y el mandato al legislador con el fin de dar cuenta de un supuesto ilícito constitucional ante la violación de la garantía del que está por nacer. Para el ministro no es correcto recurrir a las comisiones en busca de la intención del constituyente en un orden democrático, pues estos organismos fueron asesores de la Junta Militar. Asimismo, argumenta que la Comisión Ortúzar nunca dejó claro qué era la protección de la vida del que está por nacer, más bien constatando en aquel mandato una orientación al legislador sobre su rango de acción. Por último, cuando se habla de la CADH se debe tener en cuenta que el derecho a la vida se entiende sobre la base de no ser privado arbitrariamente de ella, pero en ningún caso se reconoce como titular al no nacido. Así queda demostrado en las actas de la Convención y por la jurisprudencia posterior (TC, 2008:189-192).

La mujer, como persona, es titular de todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, como lo son el derecho al libre desarrollo de su personalidad, la integridad física y psíquica, la libertad personal, la libertad de creencias y el derecho a la vida privada. Más aún, Chile ratificó en 1979 la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* donde se expresa claramente que la discriminación contra el género femenino comienza con cualquier distinción, exclusión o restricción que resulte en menoscabo o anulamiento del completo goce de sus derechos humanos y de sus libertades individuales. Es por ello, que el mandato de protección de la vida del que está por nacer debe tener como límite el hecho de que la obligación irrestricta de aceptar el embarazo cae sobre la mujer. Cualquier norma que intente restringir estos derechos va en contra del derecho internacional, ratificado por Chile y considerado ley. Asimismo, dicha convención establece claramente en su normativa el imperativo de brindar el derecho al asesoramiento en la planificación familiar, acceso a servicios de atención médica y el decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo que se desea tener (TC, 2008:192-194).

Si el *nasciturus* no es titular de ningún derecho fundamental, no es posible hablar de conflicto constitucional. Si este tipo de derechos tienen por fin limitar el poder del Estado, este órgano no puede por medio de decisiones afectar los derechos a la vida privada y la libertad de conciencia de las mujeres. Las consecuencias del voto de mayoría son lesivas y perturban gravemente la formulación y ejecución de políticas públicas de salud, siendo incoherentes al atribuir riesgos abortivos a un medicamento que precisamente busca prevenir la ocurrencia efectiva de abortos en una etapa avanzada de embarazo. De igual

manera, que se restrinja la entrega gratuita por parte del Estado, pero que continúe en el mercado comercial es una muestra patente de una trasgresión al principio de igualdad de derechos. Así, la supresión de la `Norma` de salud provoca una situación más gravosa socialmente que su existencia y efectos contrarios a la Constitución (TC, 2008:195-199).

V.II.IV.III Ministros Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes:

El voto disidente de ambos ministros constata la existencia de una polémica en base a la evidencia científica o de los fabricantes sobre los posibles efectos antianidatorios de la PDD, pero argumentan que esta no es suficiente para sostener la existencia de una duda razonable. Concluyen que si el medicamento fue autorizado por la entidad pública competente, cualquier cuestionamiento debe ser sustentado en evidencia científica (TC, 2008:200-201).

Entre los expertos existe consenso sobre el carácter anticonceptivo de los medicamentos compuestos de levonorgestrel, como lo son impedir la ovulación y el libre tránsito de los espermatozoides. De igual manera, no hay diferencia de opiniones sobre que la PDD es incapaz de afectar al embrión después de su implantación en el endometrio (TC, 2008:201).

Los ministros discurren que previo a discutir si el *nasciturus* es persona y goza de la protección del derecho fundamental a la vida, si existe una lesión de ese derecho al interrumpir el proceso de anidación, si existe un conflicto de derechos fundamentales, si el Estado puede distribuir ese tipo de medicamentos, etc., se debe acreditar al menos la duda razonable sobre que la PDD es capaz de atentar contra el embrión en su tránsito hacia la anidación. Si no se comprueba esto no tiene sentido entrar a resolver sobre todo lo demás (PDD, 2008:202-206).

Antes de entrar a dirimir sobre el asunto, consideran necesario hacerse cargo de las otras imputaciones de los requirentes, esto es i) que el DS debería ser materia de ley y ii) la existencia de una restricción del derecho a la vida. Sobre el primero sostienen que hay un problema procesal, pues para exigir la revisión sobre un decreto que debiera ser materia de ley se necesitan de al menos la mitad de los parlamentarios de una de las dos cámaras, no solamente el tercio que apoyó la impugnación del DS 48. Asimismo, no se puede olvidar que el nacimiento del decreto que es materia de revisión, fue en el acate de una sentencia previa del TC que recomendaba el cambio de jerarquía de la norma. Sobre el segundo punto, primero se debe acreditar el hecho de la posible lesión o muerte del embrión, antes de entrar a dirimir si existe una restricción al derecho a la vida (TC, 2008:206-210).

Mismo ejercicio realizan los ministros sobre algunos de los argumentos del gobierno, en referencia a la competencia del TC para conocer del asunto. Estos son: i) existe *cosa*

juzgada sobre la autorización de la PDD por los dictámenes del ISP y las sentencias de la CA y la CS; ii) el TC no cuenta con la potestad de establecer hechos y iii) le está impedido realizar juicios de mérito sobre una política pública.

En el primer punto se argumenta que si existe un conflicto de constitucionalidad en el DS no importa que hayan existido dictámenes anteriores, el Tribunal no puede abstenerse de conocer dicho asunto. Aceptan el segundo punto pero consideran que necesita precisiones. El TC no puede establecer hechos, pero si puede operar desde la decisión judicial ante una duda científica, pues la discrepancia sobre un elemento fáctico no impide legal ni constitucionalmente a esa magistratura hacerse cargo del problema. Si se siguiera de manera completa lo que argumenta el gobierno, el TC debería aprobar la constitucionalidad de todos los Decretos Supremos que tuvieran relación con el establecimiento de hechos, como los relacionados con la salud o el medio ambiente. Es más, los tribunales todos los días deciden sobre hechos dudosos, basándose en las pruebas disponibles y desde una interpretación del derecho, ejemplos son la opción de dejar en prisión preventiva a una persona desde la probabilidad de que sea un peligro para la sociedad o sobre los posibles impactos para el medio ambiente si se permite la ocurrencia de un hecho. Para discutir el tercer punto se recurre al mismo argumento: ante un conflicto constitucional el Tribunal no puede abstenerse, por más bien que cause o busque la implantación de una política pública (TC, 2008:210-221).

Para los ministros antes de adentrarse a dirimir sobre la posible existencia de una lesión sobre el embrión, es necesario separar entre lo que se entiende por opiniones científicas por un lado y conocimiento científico por otro. Esto porque lo que busca dirimirse es una cuestión fáctica donde las meras opiniones, a pesar que las sostengan científicos de renombre, no pueden ser consideradas como evidencia para zanjar el problema. Lo que está en el centro de la discusión es si el levonorgestrel puede causar la muerte del embrión al impedir su anidación en el endometrio, la pregunta queda formulada como ¿puede matar al embrión la PDD? Pero nace otra sobre quién tiene el peso de la prueba. Para los ministros es claro que este se encuentra en el lado de los requirentes, pues la píldora cuenta con una autorización del ISP. Si se toma el camino contrario y se adjudica dicho peso al Gobierno, se caería en el absurdo de que todos los medicamentos son mortales antes de la aprobación del ISP, adjudicando el rol de organismo técnico sobre las consecuencias de tal o cual medicamento a los tribunales de justicia (TC, 2008:221-222).

El que un medicamento cause la muerte es un hecho extraordinario, que a criterio de los jueces, debe ser demostrado con evidencia contundente. Si esa duda razonable fuera probada, sería suficiente para derogar el decreto al acabar con la vida del supuesto titular de ella. Nuevamente, se entiende duda razonable como el sustento de una prueba que va más allá de conjeturas o discusión, pero se debe dilucidar para entrar a dirimir si se trata de la

muerte de una persona titular de un derecho fundamental, como sostienen unos, o de sólo una parte disponible del cuerpo de la mujer (TC, 2008:222-229).

En el voto de minoría los jueces consideran relevante ordenar toda la evidencia científica que llegó al TC, es decir, informes, opiniones, artículos, investigaciones, etc. Dejan constancia que el material científico reunido llega a cuarenta y cuatro documentos. De ellas, tres investigaciones no se encuentran concluidas, por lo que debe tenerse en cuenta su fuerza de convicción, dos nunca fueron publicadas en revistas científicas, por lo que no pueden ser consideradas como elementos decisivos. Nueve no son nueva evidencia científica sino solamente un recuento de la existente, i. e. reseñas bibliográficas o manuales de medicina. Por último, cuatro investigaciones fueron diseñadas para medir la eficacia del levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia, pero no para explicar el modo en que alcanza esa eficacia. Descartando la evidencia anterior, pasan a analizar las investigaciones restantes que pueden ser catalogadas como evidencia científica con el fin de dirimir el hecho en cuestión. (TC, 2008:230-238).

Recordando los ministros que hay un completo consenso entre los científicos partes del juicio de que la píldora impide la ovulación y el normal tránsito de los espermatozoides, entran a ponderar las pruebas sobre la posibilidad de que actúe después de la ovulación, dejando de lado las investigaciones que refieren a los dos primeros puntos. En una descripción de estudio por estudio van ponderando la forma metodológica de las investigaciones y las conclusiones que se pueden sacar de ellas a la luz de lo que los peritos afirman, encontrando muchas veces diferencias entre lo que presentaron como prueba en sus informes y lo que las investigaciones concluían. Nuevamente, recuerdan la fórmula de que la evidencia científica es distinta de la opinión para reafirmar su razonamiento hermenéutico de análisis. Posteriormente, aplican el mismo criterio a las investigaciones realizadas en animales, sosteniendo también que no hay evidencia que el levonorgestrel pueda impedir la anidación del óvulo fecundado en el endometrio. La única investigación que puede acercarse a sostener dicho enunciado y que fue presentada como prueba por los científicos que estaban en contra del Decreto Supremo, utilizó cuatro veces la cantidad de levonorgestrel administrado normalmente a una mujer que accede al tratamiento. Por ello, en opinión de los ministros, no podía ser considerada prueba confiable pues se administraron cantidades que nunca operarían en el cuerpo de una joven (TC, 2008:242-254).

Otro punto a considerar por ambos jueces fue la inexistencia de investigaciones que puedan dar cuenta de un impacto nocivo en la vida del embrión camino a la anidación. El argumento de algunos informes a favor de la impugnación sostenía que era nocivo para el embrión pues alcalinizaba el endometrio volviendo inviable su existencia. Los ministros sostienen que no es posible culpar al levonorgestrel de esto, pues en ninguna investigación se ha demostrado que el componente químico sea capaz de realizar aquello. De igual

manera, el estudio utilizado como base por los científicos para sostener la alcanización del endometrio contaba con treinta y cuatro años de antigüedad, lo que lo vuelve dudoso como prueba ante los avances investigativos de la ciencia biológica. Por último, otra investigación que era punto importante en los argumentos a favor del requerimiento señalaba que el consumo de levonorgestrel disminuía el diámetro del endometrio, causando poca movilidad en el transporte del embrión, impidiendo así la implantación. Si bien los ministros consideran que la evidencia sostiene dicha sentencia, que ese fenómeno impacte en la anidación del embrión no se encuentra en el estudio y es especulación de los informantes (TC, 2008:254-261).

Al referirse a los argumentos derivados de la información de organismos extranjeros y las rotulaciones de los medicamentos por parte de las farmacéuticas, los ministros recuerdan que los requirentes han sostenido la idea de que en otros países se ha cambiado la definición de embarazo, por lo que diversas organizaciones no han tenido problemas en reconocer las consecuencias anti-anidatorias de la PDD o los métodos basados en levonorgestrel. También suman a este tipo de pruebas las actas del ISP sobre la PDD, como la del año 1991 donde se rechazó el medicamento y se dejó constancia de que podía causar un efecto anti-implantatorio, mismo caso ocurrió cuando se aprobó *Postinal* y *Postinor 2* en las argumentaciones de los votos de minoría. En palabras de Correa Sutil y Fernández, ni las rotulaciones u opiniones de organismos extranjeros, como tampoco en las resoluciones del ISP se pudo pesquisar referencia a investigación científica alguna, sino más bien sugerencias, recomendaciones o advertencias ante la posibilidad de que la PDD fuera anti-anidatoria. Esto no puede superar el ámbito de la mera conjetura no alcanzando el rango de duda razonable (TC, 2008:262-268).

En sus conclusiones sostienen que no han caído en ponderar juicios morales, religiosos o éticos, sino que su motivación fue orientar su interpretación en base a derecho desde la evidencia confiable disponible, dejando en claro que posiblemente existen más pruebas sobre el tema pero que no fueron presentadas en el proceso. También se señala que se está en la misma línea del fallo de la CS del 2005, pues el efecto abortivo del levonorgestrel como compuesto de las PDD –en sus dos métodos de acción– y como componente de algunos DIU, no pudo ser enfáticamente demostrado. Si no hay evidencia de que esto pueda ocurrir, simplemente no tiene sentido entrar a dirimir si el embrión es persona, titular de derechos fundamentales o si se está frente de una querrela constitucional donde se deban ponderar derechos. Por último, la abrumadora mayoría de la evidencia científica demuestra lo contrario a lo presentado por los requirentes, es decir, que los métodos anticonceptivos agotan su eficacia antes de la concepción, no teniendo la capacidad de interferir en las etapas posteriores del desarrollo del embrión (TC, 2008:268-275).

V.III Procesamiento de riesgo por parte del Tribunal Constitucional en el caso de la píldora del día después.

Antes de comenzar el análisis del apartado consideramos relevante recordar algunos de los puntos sostenidos en esta investigación.

En primer lugar nuestra idea de procesamiento de riesgo, la que definimos en el primer capítulo como *la unidad de la diferencia entre la reversibilidad de las estructuras y la irreversibilidad de los eventos, en un tiempo irreversible al operar la distinción riesgo/peligro en un sistema social*. Pero para observar el procesamiento de riesgo en una organización fue necesario establecer las formas de observar la finalidad/entorno que esta produce (Baecker, 2012, 2013b) y su operacionalización en la producción de información, de entornos, de miembros y de estructuras (Arnold, 2012a), temas que fueron discutidos en el segundo capítulo. Para así, acercarnos a la observación de la forma de un evento –sentencia–, donde ocurre una irremediable jerarquización de derechos fundamentales que al operar pueden producir convertibilidad de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. Esto fue motivo del capítulo tercero.

El penúltimo apartado se centró en la manera en que los actores enfatizan sus posturas en relación a la PDD y el DIU, donde se incluyen desde argumentaciones científicas hasta morales. En este último capítulo expusimos de qué manera se compusieron los votos de la sentencia, teniendo siempre presente la manera en que se construye la argumentación jurídica. Por lo tanto, ahora estamos en condiciones de hacernos cargo de nuestra pregunta central: ¿cómo procesa riesgo el tribunal constitucional en un caso de alta connotación pública? Así nuestro objetivo en este apartado es describir en la propia argumentación de los ministros cómo se establecen acuerdos y tensiones en lo que se debe decidir. Siguiendo con nuestro esquema de procesamiento de riesgo, sobre donde hay acuerdo/desacuerdo de lo entendido por riesgos o peligros en el lado de los decidores.

Para el voto de mayoría como para los de minoría, los criterios sobre por qué y cómo es posible que el Tribunal se haga parte son prácticamente idénticos. Por ejemplo, se considera que la magistratura no es apta para establecer hechos pero sí para juzgarlos en base a derecho al existir un conflicto constitucional. Esto mismo se aplica ante una polémica científica, una política pública o incluso la decisión de otro tribunal de la República. Los jueces concuerdan en afirmar la independencia del TC tanto del Gobierno como de los tribunales superiores del Poder Judicial. Con esto se resuelven las querellas sobre la posibilidad de sentenciar problemas que involucren establecer hechos científicos, *cosas juzgadas* o decisiones del Ejecutivo que se relacionen con méritos.

En términos argumentativos se sostiene por todos los jueces que el criterio de decisión no puede ser moral ni religioso, pues la decisión debe ser conforme a derecho. Así, la postura de los magistrados es sostener que desde la argumentación jurídica se debe observar un hecho que tiene consecuencias morales o religiosas, pero ellas no pueden guiar la argumentación. En otras palabras, es la Constitución y las leyes las que deben mediar en la reflexión sobre la existencia de una lesión en un derecho fundamental no, por muy importantes que sean, los argumentos morales o religiosos.

Consideramos necesario tomar en cuenta también la acusación de que el Tribunal, al entrar a *conocer* sobre la causa, estaría haciendo un juicio de mérito a una política pública. Este argumento, que fue propuesto formalmente por el Gobierno, tiene variadas implicancias. En primer lugar, el posicionamiento del Tribunal en relación al legislador y al ejecutivo en su potestad de dictaminar la administración del Estado; en segundo, sobre la necesidad de abstenerse ante los impactos que podría causar su decisión en la salud de las mujeres, argumento esgrimido por las usuarias. Al sostener que no realizará juicios de mérito, sino que operará en base al derecho, suspende la posibilidad de que sea cuestionado su accionar en términos políticos, principalmente ante la eventualidad de que se moralice la discusión ante lo bueno/malo de la política pública. Siempre se podrán hacer juicios políticos del proceso, pero algo diferente es que esto conste en la sentencia. Si recordamos el último apartado del segundo capítulo, uno de los peligros es hacer juicios de mérito en las sentencias, fenómeno que a criterios de algunos investigadores ha sucedido como dejamos constancia.

De manera peculiar, los ministros también concordaron en que no habría una violación del derecho de los padres a educar a sus hijos. Mediante la definición de educación en la Constitución, las potestades del Presidente sobre la administración del MINEDUC y el rol de los padres en el goce del derecho, no cabría situar la práctica de las consejerías de los menores de edad como una lesión a dicho derecho. Decimos peculiar, porque confirma en este punto todas las decisiones judiciales previas en las que se había esgrimido dicho argumento y se había rechazado: el TC no tiene una opinión diferente a la de la Corte de Apelaciones o de la Corte Suprema.

El otro derecho fundamental en cuestión es el derecho a la vida. La discusión es en dos dimensiones, primero si la Constitución y las leyes defienden al embrión previamente a su anidación como sujeto del derecho fundamental, y segundo, si la PDD es capaz de lesionar, dañar, destruir o impedir su tránsito hacia el endometrio. Si precisamos aún más, la disputa no pone atención en si la píldora retrasa el tránsito de los espermatozoides, si impide la ovulación o la retarda. De hecho, todos los científicos concuerdan en que realiza estos efectos pero no existe una relación con el derecho fundamental a la vida: un gameto no es sujeto de derecho. Por lo tanto, el problema se encuentra en el derecho a la vida y la disputa científica sobre el levonorgestrel como componente posiblemente anti-anidatorio.

Para el voto de mayoría el peso de la prueba no es relevante, más bien se constata la imposibilidad de rescatar un juicio científico concreto sobre los efectos de la píldora. Existe un hecho y este es confuso a la luz de la ciencia pero la ponderación de derechos deja claramente establecido que dentro de esa difusividad, cabe la contingencia que impida la anidación del embrión. Lo interesante de mencionar es que está fuera de discusión el estatus de sujeto de derecho del *nasciturus*. La sentencia se orienta en constatar una polémica científica considerando que es el derecho el que debe posicionar el estatus del embrión, es decir, sin su constatación como sujeto de derecho sería imposible hablar de la violación o lesión del derecho a la vida. En la misma línea, el principio *pro homine* desarrolla esa manera de argumentación jurídica jerarquizando el derecho a la vida como el más trascendente, definiendo desde cuando se es sujeto de ese derecho y, por último, delimitando cómo debe decidirse ante una duda.

Los votos de Colombo y Vodanovic sostienen desde el derecho la no condición de persona del embrión. Reconocen la polémica científica y la dificultad de establecer un hecho, pero la consideran irrelevante cuando no hay un sujeto de derecho al cual custodiar. Más aún, ambas posturas explícita o implícitamente sostienen que el comienzo de la vida es una discusión de tipo moral o religiosa. El problema se resuelve por el lado del derecho y la no sujeción del derecho a la vida por parte del embrión. En otras palabras, si la píldora impidiera la anidación en un ciento por ciento tampoco sería inconstitucional.

Por último, el voto disímil de Correa Sutil y Fernandes Fredes cambia el punto de discusión sobre la inclusión del embrión como sujeto/persona de derecho hacia otro énfasis. Antes de considerar la existencia de una polémica científica se debe establecer qué se considera evidencia científica. Como describimos en el apartado previo, la forma casi deconstructiva de cada investigación, resultados y argumentos busca establecer si se está ante la posibilidad de sostener una duda razonable. Para ambos ministros la querrela es en primer término científica no jurídica: si no se comprueba que existe una duda razonable no tiene sentido entrar a discutir si el embrión es persona de derecho.

Se puede sostener que el voto de mayoría y los votos de minoría de Colombo y Vodanovic se relacionan con dirimir si el *nasciturus* es sujeto de derecho, siendo el punto fundamental de la construcción de su argumentación jurídica. En el segundo caso, tiene consecuencias importantes porque se considera la exclusión de las mujeres y sus derechos fundamentales, al incluir al embrión como sujeto del derecho fundamental a la vida. Así, la elección trágica se constituye cuando la inclusión/exclusión significa la oposición de derechos fundamentales, primando los del embrión por sobre los derechos de la mujer. El peligro se reintroduce en riesgo sobre la base del derecho y quién es sujeto de él. Por otro lado, el voto de Correa Sutil y Fernández Fredes no opta por la jerarquización de derechos que acopla la forma inclusión/exclusión desde el derecho, aunque si es materia de ella en sus consecuencias pues si el DS es constitucional se incluye a las mujeres. Sino que orienta su

observación hacia una deconstrucción de lo que sería una duda razonable en términos jurídicos y si la evidencia científica es capaz de sustentar esa duda.

Llegados a este punto, se puede sostener que el medio derecho en un lado de las decisiones articula criterios de inclusión/exclusión de forma absolutamente contradictoria, mientras que por otro no se considera relevante, sino más bien, accesorio al establecimiento de una duda. Esto muestra la complejidad del fallo pues la *legitimidad* de la sentencia no se ve puesta en cuestión, a pesar que se argumente de manera completamente contraria, se opera procedimentalmente en base a qué modelo de argumentación jurídica posee más votos, eso es lo que dirime quién posee el derecho y quién no. Por otro lado, el voto de Correa Sutil y Fernández Fredes al considerar que no existe una duda razonable, *ad consequentiam*, incluyen a las mujeres y sus derechos al declarar constitucional el DS. Esto también es interesante, porque no se refieren a las consecuencias de su razonamiento, lo que podría ser considerado una opinión sobre el mérito de la política pública misma.

Como hemos sostenido, el TC al observar las querellas constitucionales jerarquiza derechos y despliega una argumentación en las sentencias. En este caso, ante el hecho científico de una lesión al embrión camino a la implantación por medio de un componente químico, se discute desde el derecho cómo eso se relaciona con los derechos fundamentales. Se puede sostener sin temor a caer en errores que la distinción riesgo/peligro no siempre se realiza en base a lo que la verdad científica es capaz o no de establecer. El derecho puede suspender el 'establecimiento de un hecho' desde la duda razonable por la sola coherencia de la hermenéutica jurídica. Pero, de manera contradictoria, la propia hermenéutica puede operar en sentido contrario.

Otro punto a tomar en cuenta es la observación de la Comisión Ortúzar en el rol de constituyente y su consideración como argumento jurídico y no político. Para el voto de mayoría, es importante considerar el rol del Constituyente sobre la discusión del artículo primero y del décimo noveno de la Constitución. La interpretación debe ir en consonancia con la intención 'legítima y verdadera' impregnada en las actas constituyentes. Como deja constancia Vodanovic es problemático sostener el rol de constituyente de la Comisión Ortúzar dado su origen no democrático.

Desde nuestra perspectiva de observadores de segundo orden, la figura del constituyente inclina la balanza sobre quién tiene la legítima interpretación de un precepto legal al operar la jerarquización en la decisión. Si aplicamos el esquema problema/posibles soluciones, la apelación a la Comisión Ortúzar o al Consejo de Estado resuelven el problema del origen del precepto legal, obviando a la Junta Militar como decidor final. Las intenciones emanadas del texto son siempre contingentes, de allí que la búsqueda de una intención 'real', 'verdadera', etc., no puede ser más que una manera de sustentar la validez de la interpretación. Un ejemplo puede ilustrar nuestro punto. Si recordamos el capítulo tercero,

el Tribunal al reflexionar sobre la inconstitucionalidad del *Movimiento Patria Nueva Sociedad* consideró que no se podía continuar con las lógicas del fenecido artículo octavo, pues había un nuevo paradigma democrático en Chile. Los raciocinios de segregación de ideas políticas eran irrepetibles, por tanto, no era correcto utilizar la jurisprudencia ni las interpretaciones del constituyente en la materia.

Un punto importante desde el análisis organizacional es que el TC no considera los votos de minoría dentro de la jurisprudencia a tomar en cuenta para decisiones posteriores. En otras palabras, para el Tribunal lo que está fuera del voto de mayoría 'no es derecho'. Lo relevante para el análisis sociológico, refiere a la posibilidad de configurar los votos de minoría como lo contingente que finalmente no fue necesario, sobreponiendo a las distinciones del voto mayoritario las reflexiones que no fueron consideradas como sentencia. En otras palabras, a pesar que la idea ganadora se especifique como una premisa de decisión para el siguiente caso, las opciones que no fueron tomadas en cuenta permiten reflexionar sobre la contingencia de la decisión, incluso abriendo preguntas sobre cómo en un momento una idea que fue votada como minoritaria, eventualmente en la decisión siguiente, puede convertirse en el voto de mayoría.

El siguiente cuadro refleja lo anteriormente expuesto en los votos:

Cuadro 6: Votos del TC en relación al estatus de la PDD y su observación de la distinción riesgo/peligro.

Voto	Estatus de la <i>Píldora</i>	Distinción riesgo/peligro
Mayoría	Existe la imposibilidad de hacerse opinión sobre la evidencia científica, resolver si es abortiva o no se vuelve dudoso.	Ante el peligro de la violación del derecho a la vida y la duda sobre la evidencia científica, se opta por sobreponer el principio <i>pro homine</i> en la sentencia. Se considera al DS inconstitucional.
Minoría (Colombo)	Los requirentes no fueron capaces de demostrar que la PDD fuera abortiva. Asimismo, el <i>nasciturus</i> no posee el estatus de persona.	El peligro de la violación del derecho a la vida se descarta. El riesgo se constituye al sobrepasar las potestades de la Administración, primando la presunción de

		constitucionalidad.
Minoría (Vodanovic)	No tiene sentido discutir sobre la PDD pues la Constitución no prohíbe el aborto. Más aún, el embrión no es un ser humano catalogado.	El peligro se entiende en el impacto sobre los derechos de la mujer y las políticas públicas relacionadas. El riesgo de los efectos de la PDD debe ser observado primero sobre si existe el estatus de persona reconocida jurídicamente.
Minoría (Correa Sutil y Fernández Fredes)	La evidencia científica no es suficiente para considerar una duda razonable. De allí que no se puedan sacar conclusiones sobre si la PDD es abortiva.	El peligro, primeramente, es si la píldora es capaz de causar efectos anti-anidatorios; se transforma en riesgo en la medida en que es posible primero establecer un hecho que sea capaz de ser materia de un conflicto constitucional, lo que finalmente no ocurre.

El procesamiento de riesgo consideramos que opera en varios niveles. Sobre la capacidad de decidir sobre el asunto, existe un riesgo constitucional (conflicto) que debe ser materia de análisis. Ninguno de los votos considera que el TC deba inhabilitarse de conocer sobre el asunto (a). Sobre decidir si el embrión es sujeto de derechos lo que delimitaría el riesgo del levonorgestrel o, como lo hace el voto de minoría de Correa Sutil y Fernández Fredes, establecer un criterio de análisis que problematice la existencia de una duda razonable (b). En algunos votos la reflexión del impacto de excluir a las mujeres del acceso a la píldora al derribar la política pública (c) y, por último, la utilización de la Comisión Ortúzar como argumento de coherencia con el constituyente (d).

V.IV Síntesis

Este capítulo ha tenido el objetivo de describir la operación del procesamiento del riesgo en el caso de la PDD. Primero en la exposición de los distintos votos de los ministros sobre la materia, y segundo, en mostrar las tensiones que involucra decidir y las diferentes aristas comprometidas, tanto procesales, legales, hermenéuticas, como argumentales. Para ello dimos cuenta de los disímiles votos de los ministros del TC ante el caso de la PDD. Diferenciamos entre el voto de mayoría con sus aclaratorias, que formalmente se articula como la sentencia, y los de minoría que reflexionan y discuten sobre las razones expuestas en el primer voto. Con ello cumplimos nuestro objetivo de sintetizar los argumentos de cada voto con el fin de clarificar previamente el sustento empírico del análisis que se realizó en el siguiente apartado.

En la segunda sección, reflexionamos el tratamiento de los ministros al *nasciturus* desde el derecho y sobre las consecuencias de considerarlo sujeto del derecho a la vida. Con este problema resuelto, expusimos las consecuencias de incluir al embrión en el derecho a la vida para los derechos de las mujeres y cómo se vio reflejado esto en los diferentes votos. De esta manera, dimos cuenta de la vía distinta que llevaron a cabo Correa Sutil y Fernández Fredes, al considerar que no existía una duda razonable para entrar a conocer sobre si la PDD lesionaba algún tipo de derecho. Por último, las distintas opiniones del uso de la Comisión Ortúzar como figura representante del constituyente.

Finalizamos el capítulo construyendo un cuadro que muestra el estatus de la píldora y su relación con el derecho, así como la construcción de la dimensión riesgo/peligro, para finalmente resumir la forma en que opera el procesamiento de riesgo y sus distintos niveles.

Conclusiones

Consideramos pertinente articular nuestras conclusiones aunando dos dimensiones, por un lado exponer la forma en que fueron conseguidos los objetivos enunciados en esta investigación, y por otro, el cómo se fueron respondiendo las preguntas de cada capítulo en pos de conseguir nuestro objetivo general. Finalizando con una reflexión los posibles aportes y líneas futuras de investigación.

Si recordamos, los objetivos fueron los siguientes:

Objetivo General:

- *Caracterizar desde la teoría de sistemas sociales las construcciones de riesgo y su procesamiento en las sentencias del Tribunal Constitucional chileno, en casos de alta connotación pública en el Chile actual.*

Objetivos específicos:

- I) Especificar las características del TC chileno desde la teoría de sistemas sociales, así como su modelo de control constitucional.
- II) Identificar los criterios socio-organizacionales de toma de decisiones en el TC chileno.
- III) Caracterizar el proceso legal de la *píldora del día después* como caso de alta connotación pública representativo de procesamiento de riesgo.
- IV) Caracterizar construcciones de riesgo en el caso mencionado, identificando referencias al medio derecho o a prestaciones de otros sistemas sociales.

Esta investigación comenzó con la pregunta por la forma en que el derecho construía riesgo en base a los derechos fundamentales. Si las constituciones volvían operativa la relación entre derecho y política, construyendo una idea de ciudadano en vez de súbdito, consideramos necesario discutir este axioma a la luz de la teoría sociológica clásica y contemporánea. Al responder esta duda, se estaba ante la posibilidad de acercarse a cómo los tribunales constitucionales como adquisición evolutiva habían reintroducido dentro de sí mismos como organizaciones el problema de las constituciones, i. e. desde la enunciación en un texto y la difusividad de su control, a una organización especializada en la reflexión y defensa de la Constitución. Esto último completamente necesario como apronte para caracterizar teóricamente los tribunales constitucionales, acercándose así a la forma que adopta el TC chileno.

Nuevamente, volviendo a la idea entre política/derecho, el riesgo y su procesamiento se pueden entender como la relación entre decisores y afectados. Es decir, cómo los decisores observan un peligro y lo convierten en riesgo, no siempre tomando en cuenta las opiniones de los afectados (Luhmann, 2013a, 2013b). Pero nuestro apronte buscaba dar cuenta del Tribunal como organización, lo que consideramos absolutamente necesario para brindar una explicación más detallada de la forma de decidir. Por lo tanto construimos y aplicamos un modelo organizacional basado en Baecker (2006, 2012, 2013b) –finalidad/entorno– y Arnold (2012a) –comunicaciones organizacionales– al TC. Así consideramos que la producción de información se relaciona con la forma de la hermenéutica jurídica (a), de entornos con los criterios de admisibilidad (ii), de miembros como elección de los jueces (iii) y de estructuras al relacionar potestades, hermenéutica y acoplamiento con la Constitución (iv). Relacionados con la argumentación expuesta de los ministros esto se aplicaría como la forma de la hermenéutica justificatoria de la jerarquización de derechos (a), cómo el tribunal se posiciona en relación a las demandas del entorno en la manera de decidir (b), los miembros habilitados para votar ante una posible inhabilidad (c) y las potestades, forma de hermenéutica y acoplamiento con la constitución (d). Todo esto en conjunto con observar cuáles fueron los procesos legislativos en la figura del constituyente –Comisión Ortúzar y Consejo de Estado– y legislador –Reforma de 2005– y cómo se habían dado los énfasis de las discusiones. Concluimos que los derechos fundamentales no habían sido un temática de importancia en la discusión parlamentaria, enfocándose más bien en el equilibrio de poderes del Estado y, en tiempos de dictadura, principalmente sobre el peligro que significaban los ´enemigos de la democracia`. El mismo caso para la forma de las decisiones en la configuración de la hermenéutica jurídica.

Con lo anterior ya delineado, emprendimos la tarea de analizar la forma de la decisión del TC. Para esto, configuramos la idea de casos de alta connotación pública y la manera en que se articulan elecciones trágicas. Ejemplificamos este punto con juicios que lidiaron con derechos tan diversos como la autodeterminación individual o la libertad política. Así, al decidir se configuraba una jerarquización de derechos fundamentales en dicho evento, muchas veces articulando criterios de inclusión/exclusión muy relevantes de observar al poner a prueba la característica ´irrenunciable` de este tipo de derechos como norma. Por último, considerando las ideas de Hugo Cadenas (2012a), pudimos reflexionar sobre las consecuencias de las exclusiones y los criterios de convertibilidad que podían ocurrir en el TC, en su constante lidiar con argumentos de diverso tipo. *Summa summarum*, este capítulo sirvió de acople entre el segundo y tercer objetivo de esta investigación.

Por último, como hemos demostrado en las páginas previas, el cuarto y quinto capítulo se enfocaron de lleno en describir y caracterizar tanto los argumentos de los distintos actores involucrados en el caso de la PDD, como la tensión en el decidir de los jueces. Nos propusimos como tarea además, dar un cuadro general de las diferentes querellas legales que dieron vida a una de las discusiones constitucionales más importantes desde la última gran reforma constitucional. Volviendo a nuestra idea de decidores y afectados, el procesamiento de riesgo en la PDD tuvo que lidiar con argumentos políticos, ético-morales, científicos, legales e incluso religiosos. En otras palabras, los afectados expusieron sus puntos como...afectados, que podían esgrimir cualquier tipo de argumento mientras fuera relacionado con la posible lesión de uno o varios DDDFF. Por el lado de los ministros como decidores la reflexión fue contradictoria en su interpretación del embrión como sujeto del derecho a la vida y de las evidencias científicas para establecer el hecho de una característica abortiva del levonorgestrel. Su relación por tanto fue en base a dirimir desde el derecho los criterios de convertibilidad del medio verdad, por tanto, sobre la relación entre realidad (jurídica) y verdad en la observación de un lado re-entrando en el otro (Luhmann, 1996a; Breuer & Springer, 2009).

En Chile al día de hoy, la PDD y las consejerías objetadas en su momento se encuentran reguladas por la Ley 20.418 sobre Información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad del año 2010. En cinco artículos esta norma entrega lineamientos sobre educación sexual, libertad de elección de anticoncepción y los deberes del Estado en su distribución. Tres años debieron pasar hasta que en mayo de 2013 el gobierno de Sebastián Piñera sancionara el Decreto Supremo 49, sucesor directo del impugnado por inconstitucionalidad, asegurando el despliegue de la ley como política pública por parte del Estado.

La inconstitucionalidad del DS 48 rigió solamente para la forma de distribución del Estado y no para los privados, siendo hipotéticamente posible comprar la píldora en cualquier farmacia del país. El TC así, resolvió una disputa entre dos poderes del Estado sobre una política pública, estando la venta en el mercado fuera del proceso judicial. Las potestades del TC le impedían incluir dentro de la inconstitucionalidad de la PDD al sistema privado, pues existían decisiones legales previas que confirmaban la autorización del registro sanitario –*Postinor 2*.

Si elevamos la observación fuera del TC y aplicamos la misma lógica que el voto de mayoría, solamente algunos *nasciturus* eran protegidos por la constitución pues los que, eventualmente, fueran afectados dentro del cuerpo de mujeres por PDD adquiridas en farmacias no eran sujeto de derecho constitucional. Más todavía, recordando el voto del ministro Colombo Campbell, al tomar en toda su dimensión la argumentación del voto de mayoría se estaría en presencia de la posibilidad de un aborto autorizado por una entidad del Estado (ISP) y llevado a cabo por la venta del producto en las farmacias. Podemos ir un poco más lejos al sostener que dentro de las lógicas penales estas últimas estarían en la misma calidad que los médicos que realizan intervenciones quirúrgicas con el fin de interrumpir un embarazo, así opera la duda razonable sobre lo abortivo. Repetimos, siempre bajo las propias lógicas expuestas por los ministros, podemos sostener que si las farmacias no vendían el producto podían ser multadas por el MINSAL, como acuso *SalcoBrand* al apelar a sus derechos de objeción de conciencia y libertad de empresa, en un marco de una 'ética económica'. Teniendo en consideración la dudosa posibilidad de brindar un marco ético de acción al mercado (Luhmann, 2013c).

Todo lo anterior reforzaría nuestro punto que centra la Constitución como horizonte de operación del TC más que una simple correspondencia punto por punto entre ambos. También sobre las limitaciones de sus dictámenes, como podemos observar en el caso que

analizamos en profundidad. Por último, la casi obvia incertidumbre de si una ley acaba con la duda de constitucionalidad de un medicamento que puede causar abortos, ya que para la aprobación de la ley 20.418 no hubo reformas constitucionales ni al primer artículo ni al número diecinueve. Esto claramente nos habla de la discrecionalidad que puede tener la idea de individuo para los sistemas sociales y su inclusión/exclusión (Luhmann, 1995; Dockendorff, 2011, 2012).

Desde las consecuencias investigativas de este trabajo consideramos se pueden aportar algunos puntos al polémico debate sobre un cambio de la actual Constitución. Antes de entrar a ponderar si es legítima, neoliberal, autoritaria, pseudo-democrática, etc., consideramos relevante volver a nuestro esquema problema/posibles soluciones. Ante el problema de si existe la necesidad de cambiar la Constitución y de qué manera hacerlo, tema actualmente de enconado debate, podemos decir poco desde esta investigación (Correa Sutil, 2013; Parada, 2013, Szczaranski, 2013). Entre nuestros objetivos no buscamos dirimir las consecuencias históricas que ha tenido realizar una asamblea constituyente o una comisión redactora. Aun así, podemos aplicar las preguntas que realizamos en esta investigación, desde el TC hacia la idea del cambio de Constitución.

Como sostuvimos, los derechos fundamentales se observan como el pilar de protección del individuo frente al Estado en la conformación de su rol de ciudadano. Si consideramos correcto lo que dice la teoría del derecho, el TC sería el encargado de velar porque se respete la norma primera y los derechos fundamentales contenidos en ella. Como señalamos, en las discusiones del constituyente y el legislador este punto no fue materia de debate, pues implícitamente se reconoce los recursos de protección y amparo como suficientes. La pregunta que emerge es sobre qué rol se le asignaría al TC, si se mantuviera como organización, en relación a los derechos fundamentales en una nueva constitución. Podemos argumentar en base a nuestro análisis de la PDD que nada asegura que una nueva Constitución cerciore un rol preponderante al TC en la defensa de los derechos fundamentales, así como tampoco que sus decisiones sean completamente vinculantes. Si se nos permite el absurdo, en nuestro caso un embrión afectado por una píldora proveniente del Estado violaba el derecho a la vida, si provenía del sistema privado no, en otras palabras, lo irrenunciable de un derecho fundamental se sostenía hasta encontrar la farmacia más cercana.

También podemos volver al tema sobre la intención única y verdadera del constituyente que cumple en los análisis hermenéuticos la Comisión Ortúzar. Si la Constitución cambiara, un tema que no ha sido debatido es quién ocupará dicho lugar. Siguiendo la lógica de realizar el cambio vía asamblea constituyente o por medio del parlamento, la forma del problema no cambia. Si entendemos los criterios hermenéuticos como la relación paradójal entre intérprete y texto de manera contingente (Esposito, 1996), nada indica que treinta y tres años después del cambio de la Constitución, no se considere dudoso utilizar como intención verdadera a los comisionados que discutieron el cambio, por muy democráticas que se consideren las discusiones que lleven a cabo. Contradicción latente cuando la actual presidenta del TC sostiene en la prensa la independencia jurídica de un Tribunal que toma

en cuenta las demandas ciudadanas y la defensa de sus derechos fundamentales (Peña, 2013a, 2013b).....pero, como algunos ministros han mencionado, utiliza en la hermenéutica de su argumentación jurídica las intenciones de un constituyente no democrático.

Por último, consideramos que todo lo anterior puede servir en las investigaciones de al menos tres campos teórico-empíricos: (i) la diferenciación del derecho, a la luz de una organización (TC) que está en una situación paradójica al no ser formalmente parte del Poder Judicial pero si estar dentro del sistema jurídico. Investigaciones en este ámbito ya han configurado preguntas sobre qué tipo de diferenciación es la del derecho en América Latina (Mascareño, 2004, 2011; Cadenas, 2012b; Calise, 2012); (ii) la relación que se ha establecido entre política y derecho desde la década de los ochenta hasta ahora, procesando el TC diferentes tipos de demandas. Esto puede dar luces tanto de la posibilidad vinculante de la política sobre derechos fundamentales como la manera en que el legislador ha tomado en cuenta las peticiones por cambios en la ley sobre derechos socialmente demandados –v. gr. salud, educación, igualdad de género, transparencia, etc.–. Más todavía, sobre las posibilidades de orientación de la democracia y la sociedad por parte de la política, lo que ha sido materia de amplio debate (Habermas, 1998, 2005, 2011; Willke, 2006; Mascareño, 2003b; Mancilla, 2012; Luhmann, 2013d); por último (iii), las discusiones previas nos podrían acercar también a preguntarnos cuál es la forma que adopta la diferenciación en América Latina y sus consecuencias, explicaciones que en general han sido guiadas bajo la idea de una diferenciación concéntrica con rasgos de desdiferenciación (Mascareño, 2003a; Torres Nafarrate, 2013).

Bibliografía

- Åkerstrøm Andersen, N. (2003). *Discursive analytical strategies: understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: Policy Press.
- Andrade Geywitz, C. (1991). *Reforma de la Constitución Política de la República de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Arellano, C. (2012). Las Isapres ante el Tribunal Constitucional: Urgen reglas claras. *Ciper*.
- Arnold, M. (1997). *Introducción a las epistemologías sistémico/constructivistas*. Cinta de Moebio(2).
- Arnold, M. (1998). Recursos para la investigación Sistémico/Constructivista. *Cinta de Moebio*(3).
- Arnold, M. (2003). Fundamentos del Constructivismo Sociopoiético. *Cinta de Moebio*, 1-14.
- Arnold, M. (2006). Lineamientos para un programa sociopoiético de investigación. En I. Farías & J. Ossandón (Eds.), *Observando Sistemas: Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann* (pp. 219-241). Chile: RIL.
- Arnold, M. (2008). Las organizaciones desde la teoría de los sistemas sociopoiéticos. *Cinta de Moebio*, 32, 90-108.
- Arnold, M. (2012a). Las organizaciones como sistemas sociopoiéticos: Metodología y práctica. *Século XXI – Revista de Ciências Sociais*, 2(1), 9-42.
- Arnold, M. (2012b). El debate sobre las desigualdades contemporáneas: ¿puede excluirse la exclusión social? *Mad*(27), 34-43.
- Arnold, M. (2012c). Imágenes de la Complejidad. Diferenciación, integración y exclusión social. En H. Cadenas, A. Mascareño & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 49-57). Santiago: RIL.
- Arnold, M., & Robles, F. (2000). Explorando caminos transilustrados más allá del neopositivismo: Epistemologías para el siglo XXI. *Cinta de Moebio*(7).
- Ashby, W. R. (1958). Requisite variety and its implications for the control in complex systems. *Cybernetica*, 1-2, 83-99.
- Augst, C. (2000). Regulating Dangerous Futures: The German Embryo Protection Act of 1990 - Legislation in Risk Society. *Social & Legal Studies*, 9(2), 205-226.

- Baecker, D. (1997). Meaning of Culture. *Thesis Eleven*, 37-51.
- Baecker, D. (2001). Why Systems? *Theory, Culture & Society*, 18(1), 59-74.
- Baecker, D. (2006). The Form of the Firm. *Organization*, 13(1), 109-142.
- Baecker, D. (2012). El giro de Lenin o el Factor-R de la comunicación. *Revista Mad*(27), 1-14.
- Baecker, D. (2013a). The Hitler Swarm. *Thesis Eleven*, 117(1), 68-88.
- Baecker, D. (2013b). El vacío de Lenin: hacia un kenograma del management. *Revista Mad*(28), 23-33.
- Barría, P. (2012, Abril 5). Alza de precios en los planes de Isapres: seis verdades ocultas. *Ciper*.
- Bascuñan, A. (2011). La prohibición penal de la homosexualidad masculina juvenil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010). *Estudios Públicos*(124), 113-137.
- Bateson, G. (1985). La explicación cibernética. En G. Bateson (Ed.), *Pasos hacia una ecología de la mente* (pp. 429-440). Argentina: Ediciones Carlos Lohlé.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós.
- Berman, M. (2001). *El reencantamiento del mundo* (7. ed.). Santiago de Chile: Cuatro Vientos.
- Besio, C., & Pronzini, A. (2008). Niklas Luhmann as an Empirical Sociologist: Methodological Implications of the System Theory of Society. *Cybernetics and Human Knowing*, 15(2), 9-31.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2010). *Historia de la Constitución Política, ART. 93*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Borges, J. L. (2000). *El hogar*. Buenos Aires.
- Borowski, M. (2003). The Beginnings of Germany's Federal Constitutional Court. *Ratio Juris*, 16(2), 155-186.
- Bourdieu, P. (1987). The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *The Hastings Law Journal*, 38, 805-853.
- Bravo Lira, B. (1980). La Constitución de 1980 y la crisis del Estado constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1920-1980). *Ciencia Política*, 5-19.

- Bravo Lira, B. (1988). Crisis institucional en Chile: Precedentes y Perspectiva. *Revista de Ciencia Política*, 71-79.
- Breuer, R., & Springer, M. (2009). The truth in science. *General Relativity and Gravitation*, 41(9), 2159-2167.
- Bunge, M. (1998). *La ciencia, su método y su filosofía* (3a. ed.). Buenos Aires: Sudamericana.
- Bustamante, M. (2013). *Pluralismo Jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT*. Tesis para optar al grado de Magíster en Análisis Sistémico aplicado a la Sociedad. Santiago de Chile: Universidad de Chile - FACSO.
- Cadenas, H. (2006). Derecho y Sociedad: ¿Es posible la integración social mediante el derecho? En I. Farías & J. Ossandón (Eds.), *Observando Sistemas: Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann* (pp. 263-281). Santiago de Chile: RIL.
- Cadenas, H. (2008). *Autonomía del sistema legal chileno y expectativas sociales frente a su diferenciación: Un análisis a través de los derechos humanos y la corrupción*. Memoria para optar al grado de Antropólogo Social. Santiago de Chile: Universidad de Chile - FACSO.
- Cadenas, H. (2012a). La desigualdad de la sociedad. Diferenciación y desigualdad en la sociedad moderna. *Persona y Sociedad*, 51-77.
- Cadenas, H. (2012b). Paradojas de la diferenciación del derecho. Una perspectiva regional. En H. Cadenas, A. Mascareño & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 265-295). Santiago de Chile: RIL.
- Calabresi, G., & Bobbitt, P. (1978). *Tragic Choices*. New York: Norton & Co.
- Calise, S. (2012). El lugar del derecho en la diferenciación funcional: dos modelos latinoamericanos. *Persona y Sociedad*(3), 109-137.
- Cañas Kirby, E. (1997). *Proceso político en Chile: 1973-1990*. Santiago: Andrés Bello.
- Casas, L. (2008). La saga de la anticoncepción de emergencia en Chile. *Serie Documentos Electrónicos - Programa Género y Equidad FLACSO-Chile*(2), 1-23.
- Cevolini, A. (2011). Erynnerung. Evolution and semantics of primitive law. En I. Farías & J. Ossandón (Eds.), *Comunicaciones, semánticas y redes: Usos y desviaciones de la sociología de Niklas Luhmann* (pp. 63-84). México: Universidad Iberoamericana.
- Chamie, J. & Mirkin, M. B. (2011). Same-Sex Marriage: A New Social Phenomenon. *Population and Development Review*, 37(3), 529-551.

Cisternas, L. (2011). Comentario al fallo del Tribunal Constitucional Rol N° 1683-10, sobre el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Art. 365 del Código Penal chileno. *Revista de Derechos Fundamentales*(5), 181-188.

Collingwood, R. G. (2004). *Idea de la Historia*. México: FCE.

Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile (CPCECH). (2006). ¿Hacia dónde camina Chile? *Conferencia Episcopal de Chile*, 1-3.

Comité Permanente de la Conferencia Episcopal de Chile (CPCECH). (2007). Acoger y Promover la Vida. *Conferencia Episcopal de Chile*, 1-7.

Corral, H. (2011). Tribunal Constitucional y Matrimonio Homosexual. Comentario a la sentencia Rol N° 1881-2010, de 3 de noviembre de 2011. *Revista de Derecho - Escuela de Posgrado*(1), 251-256.

Correa Sutil, J. (2013, 28 de diciembre). Nueva Constitución, *El Mercurio*. Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/2013/12/28/nacional/nacional/noticias/ceb534fe-a4e7-481f-af25-731d850c1ecd.htm> [Consultado 28 de diciembre 2013]

Corsi, G. (2012). 'Hacer lo mismo de otro modo'. Problemas de la distinción directriz medio/forma. En H. Cadenas, A. Mascareño & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 81-106). Santiago de Chile: RIL.

Cruz, A. (2011). *Incidencia del Tribunal Constitucional chileno en políticas públicas: Aproximación desde los casos de la píldora del día después y de la tabla de factores de riesgos de las isapres*. Tesis para optar al grado de Magíster en gestión y políticas públicas. Santiago de Chile: Universidad de Chile – FCFM

de Giorgi, R. (2000). Estado y derecho a finales de siglo. *Revista Crítica Jurídica*(17), 91-100.

de Giorgi, R. (2009). El desafío del juez constitucional. En M. Ferrer & C. Molina (Eds.), *El juez constitucional en el Siglo XXI* (Tomo I, pp. 207-220). México: UNAM.

de Giorgi, R. (2011). Sobre el derecho: Kafka, Dürrenmatt y la idea de Luhmann sobre el camello. En J. Torres Nafarrate & D. Rodríguez (Eds.), *La sociedad como pasión: Aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (pp. 151-166). México: Herder.

Deflem, M. (1998). The Boundaries of Abortion Law: Systems Theory from Parsons to Luhmann and Habermas. *Social Forces*, 76(3), 775-818.

Descartes, R. (2005). *Discurso del método* (3a. ed.). Madrid: Mestas.

Díaz Revorio, F. (2009). Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007. *Estudios Constitucionales*, 7(2), 81-108.

Díaz, J. M. (2009). La Píldora del día después: Principales aspectos de un fallo polémico e incómodo. En A. Fermeandois & R. Delaveau (Eds.), *Sentencias Destacadas (2008): Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (pp. 69-121). Santiago de Chile: Instituto Libertad y Desarrollo.

Dockendorff, C. (2011). *La semántica de la individualidad en la relación sistémica individuo-sociedad: Un aporte desde la perspectiva semántica a la teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados*. Tesis para optar al grado de Doctora en Sociología. Santiago de Chile: UAH.

Dockendorff, C. (2012). Sociología del entorno: Una observación de la relación individuo - sociedad desde la referencia sistémica de los individuos. En H. Cadenas, A. Mascareño & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 405-433). Santiago: RIL.

Durkheim, E. (2001). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.

Engels, F. (1977). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del estado*. España: Fundamentos.

Eskridge, W., Spedale, D., & Ytterberg, H. (2005). Nordic Bliss? Scandinavian Registered Partnerships and the Same-Sex Marriage Debate. *Issues in Legal Scholarship*, 4(1), 1-49.

Esposito, E. (1996). Observing Interpretation: A Sociological View of Hermeneutics. *MLN*, 111(3), 593-619.

Etchepare, J. (2006). *Surgimiento y evolución de los partidos políticos en Chile, 1857-2003*. Santiago: UCSC.

Ferrajoli, L., de Cabo, A., Pisarello, G., & Baccelli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4 ed.). Madrid: Trotta.

Feyerabend, P. (1982). *La ciencia en una sociedad libre*. España: Siglo XXI.

Feyerabend, P. (1986). *Tratado contra el método*. España: Tecnos.

Francot-Timmermans, L. (2008). *Normativity's Re-Entry Niklas Luhmann's Social Systems Theory: Society and Law*. Utrecht: WLP.

Freund, J. (1973). *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Península.

García, F. J., & Verdugo, S. (2013). *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago de Chile: Instituto Libertad y Desarrollo.

- Gardiner, P. L. (1961). *La naturaleza de la explicación histórica*. México: UNAM.
- Gargantilla, P. (2009). *Manual de Historia de la Medicina* (2 ed.). España: Grupo Editorial 33.
- Garretón, M. A. (1983). Modelo y proyecto político del régimen militar chileno. En Garretón y otros (eds.), *Chile 1973-198?* (pp. 7-24). Santiago: FLACSO.
- Garretón, M. A. (1993). Aprendizaje y gobernabilidad en la redemocratización chilena. *Nueva Sociedad*(128), 148-157.
- Garretón, M. A. (2003). *Incomplete Democracy: Political democratization in Chile and Latin America*. United States: University of North Carolina Press.
- Garretón, M. A. (2011). Problemas heredados y nuevos problemas en la democracia chilena ¿Hacia un nuevo ciclo? *Observatorio, Género y Equidad*, pp. 101-111.
- Garretón, M. A., & Garretón, R. (2010). La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales. *Revista de Ciencia Política*, 115-148.
- Giddens, A. (1999). Risk and Responsibility. *The Modern Law Review*, 62(1), 1-10.
- Goldthorpe, J. (1991). The Uses of History in Sociology: Reflections on Some Recent Tendencies. *The British Journal of Sociology*, 42(2), 211-230.
- Goldthorpe, J. (1994). The Uses of History in Sociology: A Reply. *The British Journal of Sociology*, 45(1), 55-77.
- Habermas, J. (1998). Learning by Disaster? A Diagnostic Look Back on the Short XX Century. *Constellations*, 5(3).
- Habermas, J. (2001). Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, 29(6), 766-781.
- Habermas, J. (2003). *Teoría de la acción comunicativa* (3a. ed.). Colombia: Taurus Humanidades.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez: Sobre el derecho en el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (4 ed.). España: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Ciencia y técnica como ideología* (7a. ed.). Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (2011). Lo político: El sentido racional de una cuestionable herencia de la teología política. En J. Van Antwerpen (Ed.), *El poder de la religión en la esfera pública* (pp. 23-38). España: Trotta.
- Hardt, M., & Negri, A. (2002). *Imperio*. Barcelona: Paidós Ibérica.

Helmke, G., & Ríos Figueroa, J. (2010). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Herrera, C. (1994). La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución. *Revista de Estudios Políticos*(86), 195-228.

Hobbes, T. (1996). *Leviatán: La materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial.

Hobsbawm, E. J. (2001). *La era de la Revolución, 1789-1848*. Barcelona: Crítica.

Huneus, C. (2005). *El régimen de Pinochet*. Santiago: Sudamericana.

Japp, K. P. (2011). Actores políticos. En J. Torres Nafarrate & D. Rodríguez (Eds.), *Niklas Luhmann: La sociedad como pasión, aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann* (pp. 169-200). México: Universidad Iberoamericana.

Kellogg, F. (2013). What Precisely is a 'Hard' Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle. *Working Paper*, 1-33.

Kelsen, H. (2008). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(10), 3-46.

King, M., & Thornhill, C. (2003). *Niklas Luhmanns Theory of Politics and Law*. United Kingdom: Palgrave Mcmillan.

Knudsen, M. (2007). Structural Couplings Between Organisations and Function Systems - Looking at Standars in Health Care. *Cybernetics & Human Knowing*, 14(2-3), 111-131.

Knudsen, M. (2010). Surprised by Method—Functional Method and Systems Theory. *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 11(3).

Knudsen, M. (2011). Methods for Qualitative Management Research in the Context of Social Systems Thinking. *Historical Social Research / Historische Sozialforschung*, 36(1), 124-142.

Kocka, J. (1989). *Historia Social: Concepto, Desarrollo y Problemas*. Barcelona: Alfa.

Koselleck, R. (1993). *Futuro pasado: Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós.

Kuhn, T. (2010). *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.

Labra, W. (2013, 6 de noviembre). Gobierno alista rechazo a demanda por matrimonio homosexual ante la CIDH, *La Tercera*, Versión Online: <http://www.latercera.com/noticia/politica/2013/2011/2674-550380-550389-gobierno-alista-rechazo-a-demanda-por-matrimonio-homosexual-ante-la-cidh.shtml>., [Consultado: 7 de noviembre de 2013]

Lakatos, I. (1989). *La metodología de los programas de investigación científica*. España: Alianza.

Latorre, M. (2010). Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y «estado de excepción». *Res Publica*, (23), 17-35.

Laubach, B. (2010). Experiencia comparada sobre debate constitucional: el caso alemán post 1989. En C. Fuentes (Ed.), *En el nombre del pueblo: Debate sobre el cambio constitucional en Chile*. (pp. 35-44). Chile: Cono Sur - ICSO.

Le Goff, J. (1996). *La bolsa y la vida: Economía y Religión en la Edad Media*. España: Gedisa.

Le Goff, J. (2004). *Mercaderes y Banqueros en la Edad Media*. Madrid: Alianza.

Luhmann, N. (1973). Función y causalidad. En N. Luhmann (Ed.), *Ilustración Sociológica y otros ensayos* (pp. 9-47). Argentina: Sur.

Luhmann, N. (1976). The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society. *Social Research*, 43(1).

Luhmann, N. (1982). Interaction, Organization and Society. En N. Luhmann (Ed.), *The differentiation of Society* (pp. 69-89). USA: Columbia University Press.

Luhmann, N. (1989). *Ecological communication*. Chicago: University of Chicago Press.

Luhmann, N. (1990). The Self-Reproduction of Law and Its Limits. En N. Luhmann (Ed.), *Essays on Self-Reference* (pp. 227-245). New York: Columbia University Press.

Luhmann, N. (1992a). Direction of Evolution. En H. Haferkamp & N. Smelser (Eds.), *Social Change and Modernity*. Berkeley: University of California Press.

Luhmann, N. (1992b). What is Communication? *Communication Theory*, 2(3), 251-259.

Luhmann, N. (1993). Deconstruction as Second-Order Observing. *New Literary History*, 24(4), 763-782.

Luhmann, N. (1994a). Politicians, Honesty and the Higher Amoralidad of Politics. *Theory, Culture & Society*, 11, 25-36.

Luhmann, N. (1994b). "What is the Case?" and "What Lies behind It?" The Two Sociologies and the Theory of Society. *Sociological Theory*, 12(2), 126-139.

Luhmann, N. (1995). Individuo, individualidad, individualismo. *Zona Abierta*, 70-71, 53-157.

Luhmann, N. (1996a). *La Ciencia de la sociedad*. México D.F.: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1996b). Modern Society Shocked by Its Risks. *Social Sciences Research Centre* (17), 1-17.

Luhmann, N. (1996c). *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Brasil.

Luhmann, N. (1997). Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society? *International Review of Sociology*, 7(1), 57-79.

Luhmann, N. (1998a). *Sistemas Sociales*. Barcelona: Anthropos.

Luhmann, N. (1998b). La argumentación jurídica. Un análisis de su forma. En N. Luhmann (Ed.), *Teoría de los Sistemas Sociales: Artículos* (pp. 173-191). México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1998c). La validez del derecho. En N. Luhmann (Ed.), *Teoría de los Sistemas Sociales: Artículos* (pp. 155-171). México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1998d). Los medios de comunicación generalizados y el problema de la contingencia. En N. Luhmann (Ed.), *Teoría de los Sistemas Sociales: Artículos*, (pp. 7-73). México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1998e). Consideraciones introductorias a una teoría de los medios de comunicación simbólicamente generalizados. En N. Luhmann (Ed.), *Complejidad y Modernidad: De la Unidad a la Diferencia*. (pp. 99-130). Madrid: Trotta.

Luhmann, N. (1998f). ¿Cómo se pueden observar las estructuras latentes? En P. Watzlawick & P. Krieg (Eds.), *El ojo del Observados: Contribuciones al constructivismo* (pp. 60-72). Barcelona: Gedisa.

Luhmann, N. (1998g). Inclusión y Exclusión. En N. Luhmann (Ed.), *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia* (pp. 167-197). Madrid: Trotta.

Luhmann, N. (1998h). La forma "persona". En N. Luhmann (Ed.), *Complejidad y Modernidad: De la unidad a la diferencia* (pp. 231-245). Madrid: Trotta.

Luhmann, N. (1999a). La cultura como concepto histórico. En N. Luhmann (Ed.), *Teoría de los Sistemas Sociales II (artículos)* (pp. 189-214). Chile: Universidad de los Lagos/Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (1999b). The Paradox of Form. En D. Baecker (Ed.), *Problems of Form* (pp. 15-27). California: Stanford University Press.

Luhmann, N. (2000). La paradoja de los derechos humanos y sus tres formas de desarrollo. En V. Arrendondo Ramírez (Ed.), *Ciudadanía en Movimiento* (pp. 27-38). México: Universidad Iberoamericana.

Luhmann, N. (2002a). *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana.

- Luhmann, N. (2002b). La forma de la escritura. *Estudios Sociológicos*, 20(1), 3-21.
- Luhmann, N. (2002c). I see Something You Don't See. En N. Luhmann (Ed.), *Theories of Distinction: Redescribing the Descriptions of Modernity* (pp. 187-196). Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann, N. (2005a). The Paradox of Decision Making. En D. Seidl & K. G. Becker (Eds.), *Niklas Luhmann and Organization Studies*. Copenhagen: CBS Press and Liber.
- Luhmann, N. (2005b). *Confianza*. Barcelona: Anthropos.
- Luhmann, N. (2006). *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2007). *La sociedad de la sociedad*. México D.F.: Universidad Iberoamericana - Herder.
- Luhmann, N. (2008a). Are There Still Indispensable Norms in Our Society? *Soziale Systeme*, 14(1), 20-37.
- Luhmann, N. (2008b). Beyond Barbarism. *Soziale Systeme*, 14(1), 38-46.
- Luhmann, N. (2009). Causalidad en el sur. *Estudios Sociológicos*, XXVII(79), 3-29.
- Luhmann, N. (2010a). *Los derechos fundamentales como institución: Aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana.
- Luhmann, N. (2010b). *Organización y decisión*. México: Herder.
- Luhmann, N. (2013a). Acuerdo sobre riesgos y peligros. En N. Luhmann, *La moral de la sociedad* (pp. 321-332). España: Trotta.
- Luhmann, N. (2013b). La moral del riesgo y el riesgo de la moral. En N. Luhmann (Ed.), *La moral de la sociedad* (pp. 321-332). España: Trotta.
- Luhmann, N. (2013c). La ética económica, ¿es una ética? En N. Luhmann (Ed.), *La moral de la sociedad* (pp. 185-196). España: Trotta.
- Luhmann, N. (2013d). Política, democracia y moral. En N. Luhmann (Ed.), *La moral de la sociedad* (pp. 165-184). España: Trotta.
- Machiavelli, N. (1964). *El príncipe*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Maira, L. (1988). *La constitución de 1980 y la ruptura democrática*. Santiago: Emisión.
- Mancilla, N. (2012). La constitución (chilena) y los derechos fundamentales ante los intentos desdiferenciadores de la política. En H. Cadenas, A. Urquiza & A. Mascareño (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 317-335). Santiago de Chile: RIL.

- Mariñez, C. (2012). La confianza: aproximaciones teóricas y propuesta sistémica para su abordaje en las ciencias sociales. *Século XXI – Revista de Ciências Sociais*, 2(1), 168-199.
- Marx, C., & Engels, F. (1974). *La ideología alemana* (5a ed.). Barcelona-Montevideo: Grijalbo-Pueblos unidos.
- Mascareño, A. (2000). Diferenciación funcional en América Latina: los contornos de una sociedad concéntrica y los dilemas de su transformación. *Persona y Sociedad*, XV(1), 187-207.
- Mascareño, A. (2003a). Teoría de sistemas de América Latina. Conceptos fundamentales para la descripción de una diferenciación funcional concéntrica. *Persona y Sociedad*, 9-26.
- Mascareño, A. (2003b). Sociología del Golpe. *Persona y Sociedad*, XVII(3), 117-142.
- Mascareño, A. (2004). Sociología del derecho (chileno y latinoamericano). *Persona y Sociedad*, XVIII(2), 63-94.
- Mascareño, A. (2006a). Sociología del Método: La forma de investigación sistémica. *Cinta de Moebio*(26).
- Mascareño, A. (2006b). Die ALT - UND Junglummanianer. La autopoiesis de la comunicación acerca de la comunicación sistémica. En I. Farías & J. Ossandón (Eds.), *Observando sistemas: Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann* (pp. 365-391). Santiago de Chile: RIL.
- Mascareño, A. (2010). Construct this! O por qué el constructivismo sistémico es real. *Revista Mad*(27).
- Mascareño, A. (2011). Entre la diferenciación y los individuos: Derechos fundamentales y las redes de la infamia. *Estudios Públicos*(124), 43-82.
- Maturana, H. (1995). La ciencia y la vida cotidiana: la ontología de las explicaciones científicas. En P. Watzlawick & P. Krieg (Eds.), *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo*. (pp. 157-194). Barcelona: Gedisa.
- Maturana, H., & Varela, F. (2008). *De Máquinas y Seres Vivos. Autopoiesis: la organización de lo vivo*. Santiago: Universitaria.
- Merton, R. (1984). *Ciencia, tecnología y sociedad en la Inglaterra del Siglo XVII*. Madrid: Alianza.
- Monares, A. (2005). *Reforma e ilustración: los teólogos que construyeron la modernidad*. Santiago de Chile: Universidad Bolivariana.
- Moore, B. (2002). *Los orígenes sociales de la dictadura y de la democracia: El señor y el campesino en la formación del mundo moderno*. España: Península.

- Moulian, T. (1997). *Chile Actual: Anatomía de un Mito*. Santiago: LOM.
- Nash, C., & Irrazábal, P. (2009). Justicia Constitucional en Chile y protección de los Derechos Fundamentales. En V. Bazán & C. Nash (Eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*. (pp. 55-68). Uruguay: Centro de Derechos Humanos (Universidad de Chile) - Fundación Konrad Adenauer.
- Nash, C., & Irrazábal, P. (2011). Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011). En V. Bazán & C. Nash (Eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad* (pp. 123-133): Centro de Derechos Humanos (Universidad de Chile) - Fundación Konrad Adenauer.
- Nassehi, A. (2002). Exclusion Individuality or Individualization by Inclusion. *Soziale Systeme*, 8(1), 124-135.
- Nassehi, A. (2005). Organizations as decision machines: Niklas Luhmann's theory of organized social systems. *The Sociological Review*, 53, 178-191.
- Neves, M. (2004). La fuerza simbólica de los derechos humanos. *Doxa*(27), 143-180.
- Neves, M. (2009). *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo: WMF Martin Fondes.
- Neves, M. (2010). Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia Latinoamericana. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer & M. Morales (Eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo I. pp. 717-758). México: UNAM.
- Nogueira, H. (2002). Las competencias de los tribunales constitucionales en América del Sur. *Ius et Praxis*, 8, 71-92.
- Nogueira, H. (2008a). La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005. *Estudios Constitucionales*, 6(2), 325-370.
- Nogueira, H. (2008b). Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la Píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 MG). *Estudios Constitucionales*, 6(1), 361-371.
- Nogueira, H. (2009). El Tribunal Constitucional Chileno reformado en 2005: Sus competencias y algunos hitos jurisprudenciales trascendentes. En M. Carbonell, J. Carpizo & D. Zovatto (Eds.), *Tendencias del constitucionalismo Iberoamericano* (pp. 433-517). México: UNAM.
- Nohlen, D. (1994). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: FCE.
- Palomino Manchego, J. (2003). *Los orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica (1931-1979)*. Lima: Editorial Jurídica Gijley.

Parada, J. (2013, 30 diciembre). Ni Von Baer ni Andrade (fueron elegidos para ser constituyentes), *El Dínamo*. Disponible en: <http://www.eldinamo.cl/blog/ni-von-baer-ni-andrade-fueron-elegidos-para-ser-constituyentes/> [Consultado 30 de diciembre 2013]

Parsons, T. (1963a). On the Concept of Political Power. *Proceedings of the American Philosophical Society*, 107(3), 232-262.

Parsons, T. (1963b). On the Concept of Influence. *The Public Opinion Quarterly*, 27(1), 37-62.

Peña, M. (2007). Desafíos para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(7), 199-212.

Peña, M. (2013a, 21 de diciembre). "Cada vez que una decisión no coincide con un gobierno, arrecian críticas y reformas al TC", *La Tercera*, Edición Impresa, Reportajes, p. 6.

Peña, M. (2013b, 15 de noviembre). Ciudadanos y tribunales, *El Mercurio*, Edición Impresa, Cuerpo Ap.4.

Pérez-Solari, F., & Labraña, J. (2013). Hacia la observación de una sociedad venidera: Una entrevista con Dirk Baecker. *Revista Mad*(29), 82-91.

Philippopoulos-Mihalopoulos, A. (2009). Moment of Stasis: The Successful Failure of a Constitution for Europe. *European Law Journal*, 15(3), 309--323.

Pinilla, J. P. (2012). Think Tanks, saber experto y formación de agenda política en el Chile actual. *Polis*(32), 1-15.

Platón. (2000). *Gorgias*. CSIC: España.

Quinaud Pedron, F. (2005). A função dos tribunais constitucionais para a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *JUS Navigandi*, 10(591), 1-5.

Rasch, W. (2008). Introduction: The form of the Problem. *Soziale Systeme*, 14(1), 3-17.

Ribera, T. (1989). El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho: Aspectos relevantes de sus primeros 59 fallos. *Estudios Públicos*(34), 195-228.

Ríos Álvarez, L. (2004). La generación del Tribunal Constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10(Tomo I), 75-84.

Robles, F. (2005). Contramodernidad y Desigualdad Social: Individualización e individuación, inclusión/exclusión y construcción de identidad. La necesidad de una sociología de la exclusión. *Revista Mad*(12), 7-37.

Robles, F. (2006a). *Hablo contigo si tú hablas conmigo: Metódica y análisis de los sistemas de interacción*. Concepción: Escaparate.

Robles, F. (2006b). Autopoiesis, inclusión y tiempo: La indolencia ante la exclusión social. *Revista de la Academia*, 91-106.

Robles, F. (2011). *Los Ecos de la Vergüenza: Pasado y Presente de la Exclusión Social en Chile*: Inédito.

Robles, F. (2012). Dificultades y paradojas de la observación de segundo orden: Reflexiones en torno al cálculo de la forma. *Revista Mad*(27), 15-33.

Rodríguez, D. (2004). *Organizaciones para la modernización*. México: Universidad Iberoamericana.

Rodríguez, E. (2011). El reconocimiento de las uniones homosexuales una perspectiva de derecho comparado en América Latina. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(130), 207-235.

Rousseau, J. J. (1982). *El contrato social*. España: Edaf.

Ruiz-Tagle, P. (2002). *Derecho, Justicia y Libertad: Ensayos de derecho chileno y comparado*. México: Distribuciones Fontamara.

Saña, H. (1980). *El Tribunal Constitucional alemán ¿modelo para España?* : Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Schiltz, M. (2003). Form and Medium: A Mathematical Reconstruction. *Image and Narrative*(6).

Schwabe, J. (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. México: Konrad- Adenauer-Stiftung.

Scribner, D. (2010). The judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile. *Journal of Politics in Latin America*, 71-97.

Soto, S. (2009). Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces. En A. Ferandois & R. Delaveau (Eds.), *Sentencias Destacadas (2008): Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (pp. 171-213). Santiago de Chile: Instituto Libertad y Desarrollo.

Spencer-Brown, G. (1972). *Laws of Form*. New York: The Julian Press.

Stamford, A. (2012). Decisión judicial y cambios sociales en la óptica de la teoría de sistemas de sentido social. En H. Cadenas, A. Mascareño & A. Urquiza (Eds.), *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría: Aportes para el análisis de la complejidad social contemporánea* (pp. 297-316). Santiago de Chile: RIL.

Stichweh, R. (2007). The Eigenstructures of World Society and the Regional Cultures of the World. En I. Rossi (Ed.), *Frontiers of Globalization Research. Theoretical and Methodological Approaches*. (pp. 133-149). New York: Springer.

Szczaranski, C. (2013, 30 de diciembre). Asamblea Constitucional: parto de los montes, *El Mercurio*. Disponible en: <http://diario.elmercurio.com/2013/12/28/nacional/nacional/noticias/ceb534fe-a4e7-481f-af25-731d850c1ecd.htm> [Consultado 31 de diciembre 2013]

Thornhill, C. (2008). On Norms as Social Facts: A View from Historical Political Science. *Soziale Systeme*, 14(1), 47-67.

Thornhill, C. (2010). Niklas Luhmann and the sociology of the constitution. *Journal of Classical Sociology*, 10(4), 315-337.

Thornhill, C. (2011). *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical- Sociological Perspective*. United Kingdom: Cambridge University Press.

Tironi, E. (1983). Consenso, crisis y reedificación democrática. *Proposiciones*, X, 1-14.

Tironi, E. (1998). *El Régimen Autoritario: Para una sociología de Pinochet*. Santiago: Dolmen.

Torres Nafarrate, J. (2000). Comunicación moral y derechos humanos. En V. Arrendondo Ramírez (Ed.), *Ciudadanía en Movimiento* (pp. 19-26). México: Universidad Iberoamericana.

Torres Nafarrate, J. (2004). *Luhmann: La política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana.

Torres Nafarrate, J. (2013). La des-diferenciación como consecuencia de la diferenciación por funciones de la sociedad de la teoría de Luhmann. *Campo Jurídico*, 1(2), 127-156.

Tovar Mendoza, J. (1999). La negociación de la Transición a la Democracia en Chile (1983-1989). *Estudios de Casos: Magíster en Gestión y Políticas Públicas Universidad de Chile* (42).

Tribunal Constitucional de la República de Chile. (2007). Píldora del Día Después: Causa rol 740-07. Santiago de Chile: Tribunal Constitucional de la República de Chile

Ventura-Juncá, T., *et al.* (2008). Informe para el Tribunal Constitucional sobre los aspectos científicos y éticos del uso del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia. *ARS Médica*, 17(17), 17-39.

Vivanco, A. (2008). La píldora del día después. *Revista Chilena de Derecho*, 35(3), 543-577.

von Foerster, H. (1967). Time and Memory. *Annales of the New York Academy of Sciences*, 138(2), 866-873.

von Foerster, H. (2003a). On Constructing a Reality. En H. von Foerster (Ed.), *Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition* (pp. 211-228). New York: Springer-Verlag.

von Foerster, H. (2003b). What is Memory that It May Have Hindsight and Foresight as well? En H. von Foerster (Ed.), *Understanding Understanding: Essays on Cybernetics and Cognition* (pp. 101-132). New York: Springer-Verlag.

von Glasersfeld, E. (1993b). Introducción al constructivismo radical. En P. Watzlawick (Ed.), *La realidad inventada* (pp. 20-36). Barcelona: Gedisa.

Weber, M. (1996). *Economía y Sociedad*. México: FCE.

Willke, H. (2006). La transformación de la Democracia como modelo de orientación de las Sociedades Complejas. *Estudios Públicos*(102).

Zapata Larraín, P. (2006). Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno (TCCH). *Estudios Constitucionales*, 4(2), 175-187.

Ziemann, B. (2007). The theory of Functional Differentiation and the History Modern Society. Reflections on the reception os Systems Theory in Recent Historiography. *Soziale Systeme*, 220-229.

Zuñiga, A. (2013). *Civilización y derechos humanos*. Santiago: Perro Negro.

Zúñiga, F. (1998). Corte Suprema y sus Competencias. Notas acerca de su potestad normativa (Auto Acordados). *Ius et Praxis*, 4(1), 221-234.

Zuñiga, F. (2012). Principios jurídicos y democracia de vueltas a la "democracia militante". *Estudios Constitucionales*, 10(2), 17-56.