

NOTAS SOBRE EL FORMALISMO JURÍDICO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UN COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL N° 591-06

Lucas Mac-Clure Brintrup*

INTRODUCCIÓN

En este artículo se comenta una sentencia del Tribunal Constitucional chileno (TC). Podemos empezar por aquello que no será objeto de las líneas que siguen. En el año 2008, el Tribunal Constitucional chileno decidió, en *Kast y otros con Presidenta*, que la Presidenta de la República había violado la Constitución Política de la República mediante las *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad* (en adelante, *Regulación de la Fertilidad*). Aprobada a fines del año 2007 mediante el Decreto Supremo N° 48 del Ministerio de Salud, que llevaba la firma de la Presidenta, la *Regulación de la Fertilidad* incluía, entre otras materias, un mandato dirigido a los funcionarios del sistema público de salud que exigía de estos la distribución, a las mujeres que la solicitaran, de la píldora del después (un fármaco compuesto total o parcialmente por Levonorgestrel y que la *Regulación de la Fertilidad* clasificó como un mecanismo anticonceptivo “de emergencia”).¹ Por ese y otros aspectos de la *Regulación de la Fertilidad*, un grupo de parlamentarios de la coalición de derecha Alianza por Chile solicitó al TC que hiciera uso de la competencia que la Constitución le reconoce para “[r]esolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos” (art. 93 N° 16). El TC, en una decisión dividida (seis ministros contra cuatro), sostuvo que la ingesta de la píldora, facilitada por su distribución gratuita en el sistema público de salud, ponía en riesgo la continuidad de la existencia de los embriones entre el momento de la concepción y su anidación en el endometrio. En opinión del voto de mayoría, la *Regulación de la Fertilidad* constituía por eso un atentado al “derecho a la vida del embrión” (asegurado según aquél en el art. 19 N° 1), razón suficiente para hacer imposible (en ese aspecto) su pertenencia al sistema jurídico chileno y la implementación de la política de distribución de la píldora del día después.² En términos generales, los anteriores son hechos conocidos y han dado lugar a intensas manifestaciones en la sociedad civil chilena en contra y (aunque con menos figuración pública) a favor de la decisión del TC.³

* Abogado, Universidad de Chile (2007). Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y asistente de investigación del Centro de Estudios Públicos (CEP). En la elaboración de este trabajo me beneficié de la ayuda de varios de los participantes del proyecto DI Derecho y Moral (Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad Derecho de la Universidad de Chile), especialmente de Diego Pardo y Ernesto Riffo. No he entregado una respuesta satisfactoria a varios de los comentarios críticos que recibí de ellos, pero entretanto he ampliado mi comprensión de los temas tratados en este trabajo y estoy agradecido por eso.

1. Sección C.3.3 de la *Regulación de la Fertilidad*.

2. TC, sentencia Rol N° 740-07, de 18 de abril de 2008, *Kast. c. Presidenta*.

3. Véase, e.g. *La Tercera*: “Más de 10 mil personas participaron en marcha a favor de la píldora del día después” (23 de abril de 2008) [http://www.latercera.cl/contenido/25_6162_9.shtml]; *Noticias Terra*: “Miles marcharon en Chile a favor de la ‘píldora del día después’” (23 de abril de 2008) [<http://noticias.terra.com/articulo/html/act1224539.htm>] (afirmando que “[e]ntre 12.000 y 15.000 personas se manifestaron la noche del martes en el

Lo que es menos sabido, y ha dado lugar a poco debate público, es que aproximadamente un año antes del fallo del año 2008, el TC ya se había pronunciado sobre la misma *Regulación de la Fertilidad*, con una salvedad importante: en esa ocasión el documento jurídico que la contenía no había sido firmado por la Presidenta de la República, sino solamente por la Ministra de Salud.⁴ En las páginas que siguen quiero sugerir que esa primera sentencia del 2007, *Kast y otros con Ministra*, merece atención por motivos distintos a los esperables. Dejando de lado por ahora las importantes cuestiones sobre límites a la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres (y de sus parejas) y acerca de los intereses del embrión que ambas sentencias plantean⁵, en este trabajo se sostendrá que la sentencia del TC del año 2007 es también interesante cuando se la observa a la luz de un tema tratado por la filosofía del derecho. Las siguientes líneas ofrecen un comentario de ella relacionándola con la noción de “formalismo jurídico”.⁶

1. SOBRE RESOLUCIONES EXENTAS, DECRETOS SUPREMOS Y LA TENSION ENTRE LA SUJECION A LAS REGLAS QUE FUNDAN LA COMPETENCIA DEL TC Y SU PROPÓSITO

Una manera de entender la cuestión abordada por el TC en *Kast*⁷ es la siguiente. A fines del año 2006 los parlamentarios requirentes señalaron que la *Regulación de la Fertilidad* tenía como vicio de inconstitucionalidad el que atentaba contra derechos constitucionales, incluido el derecho a la vida del embrión preimplantacional (según ellos, consagrado por el artículo 19 N° 1 de la Constitución). En esa oportunidad, la *Regulación de la Fertilidad* había sido dictada por la Ministra de Salud mediante una “resolución exenta”. ¿Qué tipo de regla es esa? Esta es una pregunta muy importante para el argumento desarrollado en este trabajo. He aquí una respuesta. Una “resolución”, de acuerdo a la legislación y la doctrina chilena más extendida, es una regla establecida por autoridades de la Administración con poder de dirección distintas al Presidente de la República (e.g. un ministro de Estado). Se diferencia de un “decreto supremo” porque éste es dictado por el Presidente de la República junto con el ministro respectivo (i.e. aquel cuyo ministerio atiende a las necesidades y asuntos en los cuales se enmarca la regulación), lo cual se expresa en que los decretos incluyen la firma, o simplemente “por orden”, del Presidente.⁸ Por otro lado, su calificación como “exenta” significa que, a diferencia de los otros actos de la Administración, esta resolución no está sometida al control de legalidad y constitucionalidad

centro de Santiago clamando por ‘la libertad de decidir’ frente a un dictamen judicial que prohibió el reparto en centros públicos de salud de la píldora del día después”).

4. TC, sentencia Rol N° 591-06, de 11 de enero de 2007, en adelante *Kast c. Ministra*.

5. Para un análisis de las sentencias con atención a esas cuestiones: Mac-Clure (inédito). Una aclaración es pertinente: la atención que recibieron ambas cuestiones fue muy desigual. El voto de mayoría de *Kast c. Presidenta* entendió que su decisión dependía exclusivamente de la cuestión de si la píldora pone o no en riesgo la vida del embrión implantacional, y si este es o no titular del derecho a la vida. No hizo alusión alguna en su fallo a los intereses de la mujer, que solo fueron abordados en uno de los votos disidentes (ver voto del ministro Vodanovic).

6. Debo aclarar que este trabajo tiene un propósito exploratorio. No pretendo que la interpretación de la sentencia o del formalismo jurídico que se desarrolla aquí sea la mejor que se pueda ofrecer. En cambio, mi intención es cooperar en la tarea de identificar cuáles son los aspectos valiosos y problemáticos de nuestra práctica constitucional, haciendo plausible, a la luz de un caso concreto, la intuición de que en dicha tarea la noción de formalismo jurídico es relevante.

7. En adelante, “*Kast*” se refiere a la sentencia del 2007, *Kast y otros con Ministra de Salud*.

8. Véase infra sección 3.

que realiza la Contraloría de la República. La potestad de los ministerios para calificar una resolución como "exenta", eximiéndola de dicho control, ha sido regulada por la misma Contraloría.⁹

En *Kast* el TC examinó la constitucionalidad de normas (las contenidas en la *Regulación de la Fertilidad*) que habían sido dictadas exclusivamente por la Ministra de Salud y con el carácter de exentas. Así, hasta el momento del requerimiento ante el TC, la *Regulación de la Fertilidad* no había sido sometida a un control de constitucionalidad (o al menos no a uno realizado por un órgano público externo al gobierno) y era reconocida como la *Resolución Exenta N° 584, Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006*. Los parlamentarios requirentes, sin embargo, creían que sus normas no eran capaces de pasar indemnes un control de constitucionalidad. Sin poder exigir de la Contraloría que lo realizara, por el carácter "exento" de la resolución que las contenía, miraron hacia el TC en búsqueda de una declaración de inconstitucionalidad de las mismas.

Ahora bien, como cualquier órgano público, el TC solo puede actuar dentro del marco de sus competencias.¹⁰ Veamos las reglas constitucionales que definen sus competencias y que son relevantes para este caso:

Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: [...]

9° Resolver sobre la constitucionalidad *de un decreto o resolución* del Presidente de la República *que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional*, cuando sea requerido por el Presidente en conformidad al artículo 99 [énfasis añadido].

Esta disposición le reconoce al TC potestad para ejercer control de constitucionalidad respecto de resoluciones que hayan sido consideradas inconstitucionales por la Contraloría (más los otros supuestos de la disposición). Sin embargo, las resoluciones "exentas" no son objeto de control de ese órgano público, y por eso no son reglas que el TC puede revisar de acuerdo a la disposición anterior. Por eso, si el artículo 93 N° 9 de la Constitución fuera la única regla invocada para fundar la competencia del TC para controlar la *Regulación de la Fertilidad*, se seguiría que el TC no era competente en *Kast* para declarar inconstitucionales algunas de sus normas. En la medida que fue dictada mediante una resolución exenta, la *Regulación de la Fertilidad* no es del tipo de resoluciones a las cuales el artículo 93 N° 9 hace referencia para entregar competencia al TC. Pero la disposición que hemos analizado no es la única que le permite al TC controlar actos de la Administración.

Además, el artículo 93 contempla como potestad del TC:

16° Resolver sobre la constitucionalidad de los *decretos supremos*, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63 [énfasis añadido].

9. Véase la Resolución N° 520 de 1996, de la Contraloría General de la República.

10. Constitución, artículo 6° inciso primero, primera parte: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella". Artículo 7° inciso primero y segundo: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley". "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (énfasis añadido).

Sin embargo, al menos a primera vista, esta disposición permite arribar a la misma conclusión a la que llegamos con la anterior, e incluso con más rapidez. Resoluciones y decretos supremos son reglas distintas, y el N° 16 del artículo 93 de la Constitución solo contempla los decretos supremos como objeto de control constitucional, no a las resoluciones (exentas o no exentas). Tal como sucedía con el N° 9 del artículo 93, en tanto contenidas en una resolución exenta, la *Regulación de la Fertilidad* no estaba conformada por el tipo de normas respecto de las cuales la Constitución mediante su N° 16 instruye al TC ejercer control constitucional.

Las dos disposiciones examinadas (el N° 9 y el N° 16 del artículo 93) agotan las normas de la Constitución que, dentro del listado de competencias de control constitucional del TC, se refieren a reglas dictadas por la Administración del Estado. Por lo tanto, del análisis precedente parece seguirse, ahora sí de manera definitiva, que el TC no era competente en *Kast* para revisar la constitucionalidad de la *Regulación de la Fertilidad*. Incluso en el supuesto de que esta atentara contra derechos constitucionales, el TC no podía (actuando dentro del marco fijado por la Constitución) declararla contrarias a la Constitución.

Lo que hace interesante a *Kast* es que el TC, pese a la existencia de las reglas de la Constitución recién consideradas, se declaró competente para examinar si la *Regulación de la Fertilidad* era inconstitucional y afirmó, en efecto, que adolecía de un vicio de ese tipo. Necesitaremos detenernos en la argumentación que desarrolló el TC, pero antes de hacer esto vale la pena tener en cuenta que al declararse competente el TC hizo algo que puede parecer sensato. Después de todo, es razonable que, al menos para algunos, el análisis de los últimos párrafos produzca una sensación de desazón. El TC ha sido establecido en nuestro sistema político con el objetivo de poner límites al poder público. La Administración puede actuar de muchas maneras, pero es claro que le está vedado invadir los derechos individuales establecidos en la Constitución. El TC, como se suele decir, es el guardián de la Constitución. ¿Cómo podría ser aceptable que el TC sea competente para ejercer su función cuando la Presidenta dicta decretos supremos que afecten derechos constitucionales, y no respecto de aquellas reglas dictadas exclusivamente por un ministro de Estado, pese a que puedan violar esos derechos, y todo ello porque el mismo ministro las ha excluido del control de la Contraloría? El TC, al someter a control la *Regulación de la Fertilidad* actuó, por lo tanto, evitando la incomodidad que se seguiría si una conducta de la Administración que pudiera violar los derechos individuales establecidos en la Constitución, no fuera al menos revisada (y eventualmente frenada). Podría decirse que el TC así disolvió la desazón que nuestro análisis anterior producía.

Ahora bien, evitar la incomodidad de una Administración que actúa sin estar sujeta a control externo no equivale a disolver la tensión implícita en la decisión del TC ni hace que esta no sea problemática. Explicar esa tensión y algunas de las consecuencias de la manera en que la encaró el TC es el propósito de este artículo, por lo que en esta sección basta con realizar una explicación preliminar. A la luz de lo que *hasta ahora* se ha dicho (el sentido del "hasta ahora" será evidente en la sección 3, cuando examinemos con más detalle la argumentación del TC), la tensión a la que se hace referencia es lo que podríamos llamar un problema de incoherencia entre las reglas que establecen la competencia del TC (como el N° 9 y el N° 16 del artículo 93 de la Constitución) y el propósito de esas reglas de competencia. Estas reglas han sido establecidas con el propósito de hacer posible el control de la Administración. Y sin embargo, bajo la interpretación de más arriba, ellas no le entregan al TC la potestad para ejercer control sobre algunos actos de la Administración (i.e. el ejercicio de potestades normativas para dictar resoluciones exentas, como la *Regulación de la Fertilidad*). Las mismas reglas que intentan hacer posible un estado de cosas (limitar el poder público), al ser aplicadas frustran (porque su campo de aplicación son

los decretos supremos y las resoluciones comunes pero no las exentas) ese propósito (haciendo imposible la limitación del poder público si este ha actuado mediante una resolución exenta). Así, en *Kast* el propósito de las reglas de competencia del TC y la aplicación estricta de ellas se encontraban en una relación de tensión.

La tesis sugerida en este artículo es que al declararse competente para revisar la *Regulación de la Fertilidad* el TC encaró la tensión entre propósito y campo de aplicación de las reglas que le entregan competencia de manera no formalista. Varios pasos son necesarios para justificar dicha tesis. Mientras en esta sección anterior se ha mostrado una comprensión de las reglas de competencia del TC contenidas en el artículo 93 de la Constitución y de las *Regulación de la Fertilidad* bajo la cual surge la tensión, en la siguiente sección me detendré en la idea de formalismo jurídico y en argumentos que justifican su importancia como herramienta de análisis de prácticas jurídicas. Esto pavimentará el camino para un análisis más detallado de la decisión del TC, en las dos últimas secciones.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FORMALISMO JURÍDICO

El formalismo jurídico es una noción que en la filosofía del derecho ha sido objeto de renovado interés en las últimas décadas.¹¹ En este artículo, sin embargo, me limitaré a exponer una manera de entenderlo, una que me parece vale la pena tener en cuenta para un diagnóstico fructífero del estado de la práctica constitucional chilena. Dicho en términos muy simples, por formalismo jurídico entenderé una actitud del juez, o más bien, de una práctica jurídica, hacia las reglas y al grado de relevancia de estas para la adjudicación de un caso. En una práctica jurídica predominantemente formalista los jueces, por lo general, deciden los casos de acuerdo a las reglas que se refieren de manera específica a la situación respecto de la cual deben tomar una decisión. Cuando un juez examina una situación de hecho respecto de la cual debe decidir, puede encontrar que hay un conjunto de consideraciones a primera vista relevantes. Y es posible que se produzca el siguiente conflicto: una divergencia entre lo que, todas las cosas consideradas, le parece el resultado correcto (deseable, conveniente, etc.) y aquello que la regla jurídica más localmente aplicable ordena. Una adjudicación formalista preferirá lo ordenado por la regla jurídica. Una actitud formalista exige tomarse las reglas seriamente, *i.e.* "envuelve tomar sus mandatos como razones para la decisión con independencia de la razones para la decisión que descansan *detrás* de la regla".¹²

Esta renuncia a decidir de acuerdo a todas las consideraciones que podrían ser relevantes para una decisión (*i.e.* una renuncia a desplegar un razonamiento práctico general), incluidos los propósitos tras la regla legal, puede ser ilustrado con el ejemplo que discute Lon Fuller en su crítica a Hart. Imaginemos una regla según la cual "será una falta dormir en una estación de trenes". Por la noche, la policía encuentra dos personas en una estación. Una se ha quedado dormida mientras esperaba sentada en una banca un tren que se ha atrasado. La otra está despierta, pero tendida en el suelo, cubierta con una manta y en evidente disposición a, tarde o temprano, quedarse dormida. ¿Cuál debe ser castigada?¹³ Si la práctica jurídica donde esta pregunta se formula es formalista, *i.e.* si este tipo de casos se resuelven por lo general tomando exclusivamente a la

11. Véase, *e.g.* Atiyah y Summers (1987), Schauer (1988), Michelman (1999), Pildes (1999), Sunstein (1999), Atria (2002), Stone (2002), Solum (2006).

12. Schauer (1988), p. 537.

13. Fuller (1958), p. 664.

regla como razón para la decisión, entonces se deberá castigar al la primera persona (por dormir en la estación de trenes) y liberar (o solo castigar por tentativa, si otras reglas del sistema jurídico contemplan una sanción por ella) a la segunda (por no haber sido sorprendido durmiendo en la estación de trenes). Una decisión no formalista, en cambio, podría atender al propósito de la regla, determinando que consiste en evitar que algunas personas ocupen las estaciones de trenes con un objetivo distinto a abandonar trenes o esperar para abordarlos, y especialmente, que sean utilizados como dormitorios. Bajo ese supuesto, podría decidir no aplicar la regla a este caso, pero sí sus propósitos, y de esa manera liberaría a la persona que solo se quedó dormida esperando un tren y castigaría a la que había empezado a pernoctar en la estación. O tal vez liberaría también al segundo, aduciendo razones humanitarias. En cualquiera de estos casos, el juez no formalista deja de hacer aplicación de la regla para adjudicar el caso y toma su decisión atendiendo a razones tras o fuera de esta.

Las prácticas jurídicas presentan distintos grados de formalidad. El discurso jurídico de una determinada comunidad puede ser más o menos formal, *i.e.* depender más o menos en las reglas existentes para la adjudicación de los casos que los jueces resuelven. ¿Qué explica el grado de formalidad del discurso jurídico? Algunos autores han examinado la existencia de una relación directa entre la formalidad del discurso jurídico y la visión o imagen del Derecho que tengan los operadores del sistema jurídico.¹⁴ En otras palabras, no basta considerar la existencia de reglas, sino que es necesario atender a la actitud que tienen quienes están encargados de resolver casos frente a la cuestión de qué es el Derecho o qué argumento cuenta como "jurídico". El Derecho romano provee un ejemplo interesante a este respecto.¹⁵ Al menos en su periodo antiguo, fue dominante la idea de que seguir las reglas (*e.g.* para crear una relación contractual) equivalía a invocar un orden cósmico o mágico (*e.g.*, en virtud del cual las partes en un contrato de compraventa quedaban, efectivamente, "atados"). Por eso, desarrollaron una actitud radicalmente formalista hacia las reglas: cualquier desviación de lo prescrito por ellas, aunque fuera mínima y a ojos modernos pareciera irrelevante a la luz de lo que hoy identificaríamos como el propósito de las reglas que, *e.g.* regulan la creación de los contratos, invalidaba los efectos jurídicos que se seguían de ellas, *e.g.* anulando el contrato. Tal como pronunciar mal las palabras adecuadas o no contar con los implementos necesarios hace imposible crear un hechizo, no realizar cualquier de las conductas exigidas por las reglas para crear contratos equivalía, en cualquier circunstancia, a la inexistencia de contratos. Más cerca en el tiempo podemos considerar el caso de los sistemas jurídicos norteamericano e inglés.¹⁶ Aunque operan con materiales jurídicos similares, varias de sus diferencias, como han sugerido Atiyah y Summers, se derivan de la diferente actitud que abogados y jueces adoptan respecto de ellos (menos formalista en un sistema y más en el otro) y la visión que respecto del mismo tienen. Esto es parte de la idea de que el formalismo se asocia a una actitud hacia las reglas (y no solo a la existencia de reglas), y nos provee de una importante lección para el examen de las prácticas jurídicas de una comunidad. Si dedicamos nuestros esfuerzos a estudiar el carácter más o menos formal de una o varias de sus decisiones judiciales, a la vez hemos comenzado a examinar la imagen del Derecho que tienen quienes las han tomado. O en otras palabras, una explicación completa del grado de formalidad que esas decisiones muestran debería incluir una referencia a la naturaleza de dicha imagen.

14. Atiyah y Summers (1987), Atria (2002).

15. Atria (2002).

16. Atiyah y Summers (1987).

Pero más allá de lo anterior, ¿hay otras razones para prestar atención al fenómeno? En la actualidad en Chile lo más común es que se reconozcan las ventajas de prácticas jurídicas no formalistas, e.g. la búsqueda de la "justicia" del caso concreto o, bajo influencia del análisis económico del derecho, de la eficiencia. No pasa lo mismo con los peligros de dicho tipo de práctica y los valores promovidos por un discurso jurídico formalista, a los que se le presta menor atención. Por eso quiero resaltar aquí dos. El primero es la certeza jurídica y la libertad que se sigue de ella. Dado el "hecho del pluralismo",¹⁷ una práctica radicalmente no formalista, en la cual los jueces deciden atendiendo a razones sustantivas, sin limitarse a seguir las reglas aplicables, es una práctica sin respeto por los valores de estabilidad, certeza y predictibilidad propios del Estado de Derecho. Distintos jueces tienen distintas visiones sobre la moral y la política y también las tendrán, en el marco de una práctica no formalista, respecto de los propósitos que adscriben a las reglas y en general en relación a cuáles son las razones sustantivas que deben considerar para resolver un caso. Esto hace difícil para los ciudadanos anticipar el resultado de las decisiones judiciales, incluso cuando a primera vista pareciera que existen "reglas claras". Y esa anticipación es, precisamente, uno de los presupuestos del ejercicio de la autonomía –un bien valioso para la sociedad moderna. El segundo es el ideal del autogobierno democrático. Hoy la producción del Derecho es realizada en gran parte por órganos que son elegidos por ciudadanos y responsables ante ellos, y que toman decisiones mediante procedimientos que les permiten a estos informarse de cómo realizan sus funciones. Así, las leyes son un instrumento mediante el cual nosotros, como comunidad política, nos gobernamos. Por eso, la sujeción a la ley por parte de los jueces hace más probable que la voluntad popular, y no el juez con sus creencias morales y políticas, sea quien decide las controversias particulares. En consecuencia, un juez no formalista es un juez que reemplaza a esa voluntad popular, mientras que uno formalista es respetuoso de la democracia entendida como el gobierno de la mayoría, i.e. en aquel sistema político donde cada persona vale por igual en la configuración de nuestras decisiones colectivas.

3. LA DECISIÓN DEL TC COMO DECISIÓN NO FORMALISTA

Ahora es el momento de volver a *Kast*. El TC decidió la cuestión afirmando que sí era competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las *Regulación de la Fertilidad*. (Habiéndose declarado competente las revisó, y concluyó que en su dictación se había violado la Constitución en un sentido procedimental: las materias reguladas por las *Regulación de la Fertilidad* debían ser objeto de un decreto supremo, y no una resolución, según el TC).¹⁸ Es en la argumentación que desarrolló para declararse competente donde se observan los impulsos no formalistas del TC, a costa de las reglas constitucionales que definen su competencia. Como veremos, el TC hizo explícito el carácter no formalista de su decisión.

Dos estrategias argumentativas relacionadas, ambas no formalistas, estaban disponibles para el TC. La primera consiste en negarse abiertamente a aplicar el texto de la Constitución al caso invocando el propósito de esta. Por un lado, el TC podría haber reconocido que la interpretación del artículo 93 de la Constitución expuesta en la sección 1 es válida y que la *Regulación de la Fertilidad*, en en tanto dictada mediante resolución exenta, estaba fuera de la competencia de

17. Rawls (1996).

18. Por eso es que más tarde las *Regulación de la Fertilidad* fueron dictadas mediante decreto supremo por la Presidenta Bachelet, lo cual a su vez permitió que en *Kast c. Presidenta* el TC –luego de que los mismos parlamentarios de *Kast c. Ministra* presentaran un nuevo requerimiento– hiciera uso sin problemas de la competencia establecida por artículo 93 N° 16 para revisar decretos supremos.

acuerdo al texto de aquella disposición, y por otro, afirmado que si el propósito del artículo 93 (o de la Constitución en general) es el control del poder público, ese solo propósito justificaba su competencia y la no aplicación de la regla del artículo 93 al caso (o su aplicación extensiva, para fundar una competencia de control constitucional más allá de los casos que contempla). Este es, de hecho, el argumento que parte del escrito de los parlamentarios requirentes parece sugerir. Estos sostuvieron que, de acuerdo a un “principio de realidad jurídica”,

el verdadero propósito y finalidad del artículo 93 inciso primero N° 16 de la Constitución radica en el control efectivo de la potestad reglamentaria del Presidente de la República por este Tribunal, prescindiendo de elementos adjetivos que lo califiquen, restrinjan o dejen sin aplicación (p. 15).

Esa estrategia es claramente no formalista, pero el TC prefirió seguir una distinta. Según el TC, la *Regulación de la Fertilidad* no había sido dictada mediante una resolución, sino que mediante un decreto supremo, i.e. recalificó la naturaleza jurídica de la *Regulación de la Fertilidad* para mostrar que sí pertenecía a la categoría de reglas de la Administración respecto de las cuales el artículo 93 N° 16 entrega competencia de control constitucional al TC. ¿Cómo justificó esto? De una manera que desconoce totalmente las definiciones legales y doctrinarias de resolución y decreto supremo. Como se ha visto arriba, el criterio que distingue ambos tipos de reglas es procedimental: depende del órgano que dicta la regla. Esta es la definición legal de las resoluciones: “[L]os actos de análoga naturaleza [a los decretos supremos] que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”. Un decreto supremo, en cambio, es “la orden escrita que el Presidente de la República o un Ministro ‘por orden del Presidente de la República’ sobre asuntos propios de su competencia” (artículo 3 de la Ley 19.880). Lo mismo se encuentra en las definiciones doctrinarias que el mismo TC citó (véase c. 21). La *Regulación de la Fertilidad*, como se dijo arriba, no fue dictada por la Presidenta ni por orden de ella, sino que exclusivamente por la Ministra de Salud. De acuerdo al criterio de la ley y la doctrina, estaba contenida en una resolución. Pero al TC le pareció suficiente decir que sus normas eran “prescripciones de conducta, reunidas metódicamente y para otorgarles aplicación general, permanente y vinculante en las materias o asuntos regulados por ellas” (c. 29) para otorgarles el carácter de “decreto supremo reglamentario”. El TC se ahorró cualquier palabra que explicara la divergencia entre su criterio de distinción y el desarrollado en la ley y la doctrina chilena. Y tal vez no lo consideró necesario, pues agregó varias afirmaciones que parecen tener el fin de hacer menos objetable su argumento:

[La] interpretación [...] debe desarrollarse en forma integral, esto es, considerando tanto la letra como los valores, principios y espíritu de la Carta Fundamental [c. 3, p. 22, énfasis añadido].

[L]as normas que articulan la jurisdicción constitucional [i.e. que le asignan competencias de control al TC] deben interpretarse de manera que potencien al máximo su defensa y cumplimiento [c. 8, p. 30, énfasis añadido].

[La] ampliación de la jurisdicción permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos que la complementan a la realidad nacional, en los casos en que su rigidez provoque problemas en la aplicación de sus

normas o una alteración de las garantías en su esencia [...] “La jurisdicción constitucional debe asegurar que, efectivamente, todas las autoridades públicas sujeten sus actos [...] a las normas, valores y principios constitucionales” [c.8 pp. 30-31, énfasis añadido].

El TC incluso fue así de explícito:

[El] intérprete [debe] lograr un equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la Constitución como norma jurídica ante las condiciones de la realidad, así como una *excesiva consideración formalista de las normas ajenas a ella* [c. 9, p. 35, énfasis añadido].

Así, es entendible la crítica que el voto de minoría de Jorge Correa Sutil hizo al voto de mayoría:

Las imputaciones que hacen los requirentes respecto a que el contenido de la resolución vulnera derechos fundamentales, como son el derecho a la vida y el derecho preferente de los padres a la educación de sus hijos, constituyen cuestiones relevantes al imperio de la Constitución; pero el mismo orden institucional exige que los órganos del Estado, incluido este Tribunal, se mantengan dentro de su competencia, aun en el caso de existir circunstancias extraordinarias. [...] Las deficiencias que puedan existir en el sistema jurídico para alcanzar el pleno respeto de la Constitución no pueden corregirse por la vía de que este Tribunal, garante de la Constitución, exorbite su competencia, pues ello infringe la Constitución que se trata de resguardar. *Las normas sobre competencias no constituyen una formalidad, ni pueden ser despreciadas como un literalismo*, pues son el modo en que se distribuye y limita el poder en el Estado. Sin esas reglas de competencia el poder se concentra, en riesgo de la libertad [v. min, número 1, énfasis añadido].

Las consideraciones anteriores hacen plausible entender el voto de mayoría en *Kast* como esencialmente no formalista, y como portadora de los peligros que dicha actitud envuelve y que han sido identificados en la sección 2. Pero esta decisión del TC no es un caso aislado. Se inscribe en un conjunto de decisiones que, como han mostrado algunos trabajos recientes, presentan esta característica.¹⁹ Junto con ellos, demuestra la necesidad de realizar un diagnóstico de la práctica constitucional chilena que considere esta variante.

4. ¿UNA IMAGEN DEL DERECHO EN KAST?

¿Se relaciona *Kast* con una imagen del Derecho, sino de todo el sistema jurídico, al menos del Derecho constitucional? Como hemos visto, a la luz de parte de la literatura en filosofía del Derecho esto debería ser así. Y, de hecho, en *Kast* el TC hizo algunos comentarios indicativos de una. Quiero cerrar este artículo sugiriendo, a la luz de la sentencia, hacia donde futuros análisis podrían mirar. El TC citó la obra de uno de los ministros del voto de mayoría, José Luis Cea, para dar cuenta de algunos “principios informadores que son propios de la hermenéutica constitucional”:

[E]l intérprete de la Carta Fundamental no puede ser nada más que un hábil jurista. Por el contrario, su rol principal es pensar la Constitución a largo plazo, con la agudeza y la

19. Véase Correa (2005) y Mac-Clure (2007). Véase también el trabajo de Jana y Marín (1996).

profundidad, con la originalidad y la lucidez, con la firmeza a la vez que la prudencia del estadista o, más modestamente, *del gobernante juicioso*, del magistrado justo, del político coherente con sus principios, en fin, del profesor *que vive y siente los valores que infunden dirección* a la Carta Fundamental [c. 9, pp. 37-38, énfasis añadido].

Buscar esos valores, *descubrirlos en los principios y normas en que aparecen articulados*, para después comprenderlos y tratar de ponerlos en práctica, ésa es la cláusula que propugnamos. Dignidad y derechos inalienables del hombre, libertad e igualdad, seguridad humana y orden público, solidaridad y equidad, justicia en sus diversas especies, bien común, subsidiariedad estatal, etc., son valores que, *una vez localizados en las disposiciones constitucionales*, posibilitan después determinar el correcto sentido y alcance de ellas, o sea, efectuar su legítima hermenéutica [c. 9, pp. 38-39, énfasis añadido].

Esta es una visión del Derecho constitucional de acuerdo a la cual el texto de la Constitución parece tener un rol más bien secundario, evidencial. Uno bien podría decir que:

la constitución no es un texto positivo, el texto positivo que llamamos constitución es un conjunto de proposiciones normativas que describen (con mayor o menor éxito) la constitución.²⁰

Aunque el TC no lo dice, la misma obra que cita relaciona los valores que “infunden dirección” a la Constitución con la doctrina de la Iglesia Católica.²¹ Y las obras de varios otros constitucionalistas chilenos pueden inscribirse en esa línea. Es posible que en la idea de Derecho Natural, en su concepción religiosa-católica tal como ha sido desarrollada en Chile para explicar el texto constitucional, sea donde se encuentre una de las claves para explicar los impulsos no formalistas del TC y de otros órganos con competencias de control constitucional en Chile.

REFERENCIAS

- Atiyah, P.S. y R.S. Summers (1987). *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Oxford University Press.
- Atria, Fernando (2002). *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishing.
- Atria, Fernando (2004). “La Ironía del Positivismo Jurídico”, *Doxa*, 27, pp. 81-139.
- Correa, Rodrigo (2005). “Vulgarización por Constitucionalización”, *Derecho y Humanidades*, 11, pp. 161-175.
- Jana, Andrés y Marín, Juan Carlos (1996). *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Fuller, Lon (1958): “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71 (4), pp. 630-672.

20. Atria (2004), p. 123.

21. Así, José Luis Cea explica de la siguiente manera por qué la persona humana sería “titular única del valor supremo de la dignidad” (y esta última es según Cea el fundamento de todos los derechos constitucionales): “No hallo respuesta más clara, lógica y categórica a esa interrogante fundamental que la escrita en el Catecismo de la Iglesia Católica, en la p. 296 del cual se refiere la dignidad humana al hecho de haber sido el varón y la mujer hechos a imagen y semejanza de Dios, es decir, el ser supremo”, Cea (2004), pp. 39-40.

- Mac-Clure, Lucas (2007). *Práctica judicial, derecho a la honra y libertad de expresión. Un análisis de la jurisprudencia constitucional chilena*. (Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.) Santiago: Universidad de Chile.
- Mac-Clure, Lucas (inédito). "La Pildora del Día Después ante el Tribunal Constitucional". Manuscrito en poder del autor.
- Michelman, Frank (1999). "A Brief Anatomy of Adjudicative Rule-Formalism", *The University of Chicago Law Review*, 66 (3), pp. 934-942.
- Pildes, Richard (1999). "Forms of Formalism", *The University of Chicago Law Review*, 66 (3), pp. 607-621.
- Rawls, John (1996). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Schauer, Frederick (1988). "Formalism", *The Yale Law Journal*, 97 (4), pp. 509-548.
- Sunstein, Cass (1999). "Must Formalism Be Defended Empirically", *The University of Chicago Law Review*, 66 (3), pp. 637-670.
- Solum, Lawrence (2006). "The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and The Future of Unenumerated Rights", *Journal of Constitutional Law*, 9 (1), pp. 155-208.
- Stone, Martin (2002). "Formalism", en Jules Coleman y Scott Shapiro, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 166-205.