

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile (2010-2011)

Claudio Nash R.* y Paz Irarrázabal G.**

I. INTRODUCCIÓN

En este período hemos vuelto a mirar las sentencias dictadas en relación con dos importantes materias a las que nos hemos referido en los artículos anteriores: el derecho a la salud y las condiciones carcelarias. En estas materias se ha ido desarrollando una línea jurisprudencial que creemos está produciendo significativos cambios en el reconocimiento y la protección de derechos fundamentales en Chile.

La Corte de Apelaciones y la Corte Suprema han seguido conociendo de recursos de protección donde se solicita el otorgamiento de tratamientos médicos de alto costo no contemplados en el sistema de salud público. Si bien las Cortes de Apelaciones, como tribunales de instancia, han sido más proclives a acoger estos recursos, la Corte Suprema se ha mostrado renuente a confirmar dichas decisiones. Un caso excepcional es el de *Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud*¹ que comentamos el año pasado en que la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso. Ahora damos cuenta de un nuevo fallo donde la Corte Suprema ha dado un paso más en esta línea jurisprudencial.

También en relación con el derecho a la salud en este período el Tribunal Constitucional dispuso la derogación de una norma de la ley de instituciones privadas de salud previsional que había suscitado intensas discusiones tanto en tribunales como en la opinión pública. Con la decisión que en esta oportunidad comentaremos el Tribunal Constitucional zanjó la discusión declarando inconstitucional la

* Académico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile y director del Programa Estado de Derecho y Derechos Humanos, del Centro de Derechos Humanos de dicha Facultad. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1998) y Doctor en Derecho (Universidad de Chile, 2008).

** Investigadora de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Ayudante de Derecho Constitucional y Administrativo en la misma Facultad. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 2009).

1 Recurso de protección de *Patricia Vásquez contra el Fondo Nacional de Salud*, Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7766, de 24 de noviembre del 2009, y Corte Suprema, rol 9317, de 18 de enero de 2010.

norma que permitía aumentar los precios de los planes de salud en consideración al sexo o la edad del afiliado.

Seguir la pista de la jurisprudencia desarrollada en torno al derecho a la salud resulta fundamental. Chile es un país en el que los tribunales han dado especial atención a las afectaciones a las libertades, mostrándose renuentes a pronunciarse sobre derechos económicos y sociales (lo que se explica, entre otros factores, por la ideología neoliberal que predominó en la dictación de nuestra Constitución). Sin embargo, en la jurisprudencia que comentamos se ha empezado a reconocer que existen distintas responsabilidades de los tribunales, del Estado y los privados en el aseguramiento de derechos económicos, sociales y culturales.

Otra materia que ha sido objeto de nuestra especial atención en el análisis jurisprudencial dice relación con las condiciones carcelarias, por ser un ámbito donde se producen las más graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos en Chile. La sentencia que seleccionamos se dictó a propósito del drama vivido a comienzos de este año con el incendio de una de las cárceles más sobrepobladas. En esta sentencia, y tal como ocurrió en un caso que comentamos en la anterior publicación de esta serie, la Corte Suprema impuso obligaciones al Estado para mejorar las condiciones de los internos.

Además, en este informe hemos incorporado tres importantes sentencias en materia de educación, derecho de asociación y no discriminación por orientación sexual.

II. RESEÑA DE SENTENCIAS

1. Sentencia de la Corte Suprema que obligó al Estado a otorgar prestaciones médicas²

Esta sentencia se enmarca en una línea jurisprudencial de los tribunales ordinarios en la que lentamente se han ido definiendo obligaciones del Estado de entregar tratamientos médicos a pacientes gravemente enfermos aun cuando estos no se encuentren contemplados en los planes del sistema de salud público. Esta sentencia, que acogió un recurso de protección, supone un nuevo avance en la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha sido renuente a reconocer este tipo de obligaciones del Estado.

2 Sentencia de la Corte Suprema, rol 8902-2010, de 26 de enero de 2011.

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Una mujer recurrió de protección solicitando que el servicio de salud público le otorgara un medicamento específico para el tratamiento del cáncer de ovario que le aquejaba. El servicio de salud sostuvo que el medicamento solicitado no se encontraba contemplado en las guías clínicas que rigen al sistema público de salud, y que no contaba con recursos para su otorgamiento. Además señaló que existía escasa información sobre la efectividad del medicamento solicitado.

La Corte Suprema argumentó que el tratamiento que se le estaba otorgando a la paciente conforme a las guías del Ministerio de Salud no había impedido la progresión del cáncer, además de ocasionarle una reacción alérgica. Con respecto a la efectividad del medicamento, la Corte atendió un informe acompañado en el proceso en el que se daba cuenta de que en la literatura internacional la aplicación del medicamento solicitado por la actora sí estaba considerada para el cáncer de ovario. En consideración a lo anterior resolvió que en el caso específico resultaba razonable suministrar por el servicio de salud público el medicamento solicitado para la protección del derecho a la integridad física y psicológica de la paciente.

2. Sentencia de la Corte Suprema que obligó a entregar atención psicológica a presos afectados por incendio de cárcel ³

El 8 de diciembre de 2010 se produjo un incendio en la cárcel de San Miguel en Santiago. A causa de este murieron 83 presos y varios otros resultaron gravemente heridos. Aún se discute en tribunales la responsabilidad penal de los gendarmes y la responsabilidad civil del Estado, sin que se hayan adoptado medidas concretas para mejorar la situación en que se encuentran los presos en nuestras cárceles.

En este contexto se destacan las sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel y de la Corte Suprema que resolvieron un recurso de protección interpuesto a favor de 38 presos que se encontraban en la cárcel el día del incendio, solicitando tratamiento de las graves secuelas sufridas a causa del incendio.

La Corte de Apelaciones acogió el recurso señalando que Gendarmería no habría resguardado debidamente la integridad física o psíquica de los reclusos en cuyo favor se recurrió, vulnerando sus derechos a la vida e integridad y su derecho a la igualdad. La Corte ordenó a Gendarmería proporcionar a los internos recurrentes atención médica y psicológica o psiquiátrica que requirieron como

³ Sentencia de Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 303-2010, de 20 de enero de 2011; confirmada por sentencia de la Corte Suprema, rol 1122-2011, de 21 de abril de 2011.

asimismo brindarles en forma oportuna y por el tiempo que fuera necesario, con la debida periodicidad, los tratamientos de esa naturaleza que la autoridad médica prescribiera.

Por medio de esta sentencia, que fue confirmada por la Corte Suprema, se impuso al Estado la obligación de desarrollar prestaciones concretas a favor de los presos, lo que colabora en la configuración de una nueva tendencia jurisprudencial que ha empezado a imponer obligaciones prestacionales al Estado en uno de los ámbitos más relegados de las preocupaciones del gobierno.

3. Sentencia de la Corte Suprema que obliga a universidad a reintegrar a alumno expulsado por la comisión de un delito⁴

Respecto a la jurisprudencia de los tribunales ordinarios incorporamos una última sentencia de la Corte Suprema con el propósito de destacarla como un importante precedente del compromiso por una política criminal encaminada a la reinserción social.

Una universidad pública expulsó, de conformidad con su reglamento interno, a un alumno que había sido condenado como cómplice de aborto consumado. El alumno interpuso recurso de protección el que fue rechazado en primera instancia, al considerar la Corte de Apelaciones que la decisión de la universidad no habría sido arbitraria.

Sin embargo, la Corte Suprema revocó la sentencia al considerar que la expulsión había afectado el derecho a la igualdad del alumno. La Corte argumentó que el delito cometido por el recurrente no decía relación alguna con su calidad de estudiante, ni se había realizado al interior de la universidad ni contra personas y bienes de esta. Agregó que la medida de la universidad era contraria a una política criminal encaminada a la reinserción social especialmente de los jóvenes y primerizos. Señaló que en el marco de dicha política se deben buscar mecanismos alternativos al cumplimiento de la pena de encierro, en la que la posibilidad de continuar con los estudios resultaba fundamental (considerando 4).

En consecuencia, para la Corte si el sistema penal había permitido el cumplimiento de la pena a través de medidas alternativas a la prisión con el objeto de permitir la reinserción social, la universidad debía contribuir con este propósito.

4 Sentencia de la Corte Suprema, rol 6391-2010, de 27 de octubre de 2010.

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

4. Sentencia del Tribunal Constitucional que derogó Ley de ISAPRE⁵

Como comentamos en las publicaciones anteriores de esta serie, el Tribunal Constitucional desde el 2007 venía declarando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de determinadas normas que regulan a las instituciones de salud previsional (ISAPRE) en Chile, sociedades privadas con las que pueden contratar los chilenos planes de salud para la cobertura de atenciones médicas.

En 2010, el Tribunal de oficio decidió pronunciarse sobre la constitucionalidad y vigencia definitiva de dichas normas. Dada la enorme repercusión que estaba teniendo la materia, por segunda vez en su historia, el Tribunal realizó audiencias públicas en las que intervinieron las ISAPRE, parlamentarios, organizaciones feministas, la sociedad de geriatría y otras asociaciones de la sociedad civil.

El Tribunal declaró la inconstitucionalidad y la derogación de las normas que permitían a las ISAPRE modificar los planes de salud aumentando el precio de estos al tratarse de mujeres o adultos mayores, por considerar que esto vulneraba el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social (considerando 144).

El Tribunal en primer lugar responsabilizó al Estado del incumplimiento de su deber de garantizar la protección de la salud de todas las personas y el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, al no regular adecuadamente la materia, permitiendo precios desproporcionados determinados sobre la base de factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana (considerandos 152 y 155).

En segundo lugar, en relación con la responsabilidad que cabía a los privados, señaló que los contratos de salud celebrados con las ISAPRE no eran un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, sino que, al operar en relación con derechos garantizados constitucionalmente a las personas, se encontraban necesariamente sujetos a limitaciones (considerando 154). Este argumento es fundamental para la comprensión de la libertad de empresa en el derecho chileno cuando lo que está en juego en el desarrollo de cualquier negocio privado son derechos considerados fundamentales.

En tercer lugar, en un considerando con enormes implicancias para un sistema privado de salud previsional como el chileno basado en la capitalización individual, el Tribunal señaló la existencia de principios de *solidaridad* y *equidad*

5 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

que debían informar todos los derechos fundamentales sociales garantizados en la Constitución (considerando 161).

Por último, en un considerando un tanto confuso pero que ha tenido enormes repercusiones en los demás juicios contra las ISAPRE, el Tribunal señaló que si bien las derogaciones por él dispuestas solo generan efectos a futuro y nunca retroactivos, en el caso de los contratos de salud con ISAPRE el efecto de la derogación era distinto. Argumentó que estos contratos además de ser de orden público eran de tracto sucesivo, lo que suponía una relación permanente entre la ISAPRE y el cotizante que justifica la revisión de sus términos por cambios de circunstancias o el marco jurídico aplicable (considerando 170).

En atención a lo anterior los tribunales ordinarios empezaron a declarar que la derogación de la norma por parte del Tribunal afectaba también a los contratos celebrados con anterioridad a la dictación de dicha sentencia dejando sin efecto cualquier intento de aumento de los precios de los planes de salud por las ISAPRE.

5. Sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó requerimiento de inconstitucionalidad de grupo nacionalsocialista⁶

Parlamentarios y distintas agrupaciones de la sociedad civil⁷ acudieron al Tribunal Constitucional solicitando la declaración de inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad, que en opinión de los requirentes, profesaba explícita y públicamente las doctrinas nacionalsocialista y fascista. Señalaron que este movimiento planteaba la violencia, la discriminación y la xenofobia como método válido de acción política y social, además de promover la creación de un Estado totalitario que desconoce los presupuestos básicos de un régimen democrático.

El Tribunal Constitucional señaló que el artículo de la Constitución que le permitía pronunciarse sobre la constitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización,⁸ debía interpretarse en concordancia con el derecho de

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 567, de 3 de junio de 2010.

7 Entre los que se encontraban la Juventud Judía de Chile, la Asociación para la Integración Latinoamericana, el Movimiento de Liberación Homosexual y el Movimiento de Gays, Lesbianas, Transgéneros y Transexuales.

8 La Constitución en sus arts. 19, n.º 15, y 93, n.º 10, reconoce la atribución del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política.

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

asociación sin permiso previo, la libertad de expresión, la libertad de conciencia, el derecho de reunión y el derecho a presentar peticiones a la autoridad. Además debía entenderse en coherencia con los principios de pluralismo político y de democracia garantizados por la Constitución (considerando 21).

En este contexto, el Tribunal sostuvo que su facultad para declarar la constitucionalidad de los movimientos era excepcional, destinada a sancionar casos particularmente graves de afectación de los principios constitucionales (considerando 45). El Tribunal citó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha sostenido que toda restricción de la libertad de asociación supone una interpretación estricta según el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el cual deja a las autoridades nacionales un margen reducido de decisión (considerando 51).

Para el Tribunal el carácter excepcional de la facultad implicaba que, en primer lugar, le correspondía presumir la constitucionalidad de toda organización política. Esta presunción solo podía ser derribada por la parte requirente mediante rendición de pruebas suficientes para que el Tribunal adquiriera convicción más allá de toda duda razonable (considerando 48). En segundo lugar, la norma que permitía al Tribunal pronunciarse sobre la constitucionalidad de los movimientos estableciendo las causales, debía ser interpretada restrictivamente. De esta forma precisó que solo estaba facultado para sancionar conductas y no ideologías (considerando 65), cuando estas estuviesen orientadas a un propósito político (considerando 61) y fueran el resultado de la voluntad de la organización y no meras actuaciones aisladas de alguno de sus miembros o dirigentes (considerando 75).

El Tribunal, haciendo referencia a la prueba acompañada que decía relación principalmente con páginas web del movimiento donde se expresaban sus ideas, rechazó el requerimiento señalando que no existían antecedentes suficientes para declarar la inconstitucionalidad del Movimiento Patria Nueva Sociedad.

Esta es una sentencia del Tribunal Constitucional que merece ser destacada toda vez que sienta las bases de una interpretación democrática de una cuestionable facultad que le fuera atribuida por la Constitución sancionada en la dictadura. Resulta

Esta facultad fue incorporada, al retorno de la democracia, con la reforma constitucional de 1989 que buscaba eliminar lo dispuesto por el art. 8 de la Constitución original sancionada en la dictadura. Dicho art. 8 disponía en sus primeros incisos: «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 fundado 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 las actividades de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales».

fundamental que el Tribunal declarara la presunción de constitucionalidad de todas las organizaciones como una exigencia del principio de pluralismo político y restringiera la aplicación de la norma a las más graves conductas, sin poder sancionar ideologías. Los antecedentes del otorgamiento de dicha atribución al Tribunal como su jurisprudencia anterior a la presente sentencia constituyen una vergüenza para nuestra democracia. El propósito inicial de la creación de la norma fue proscribir las organizaciones y los movimientos por el solo hecho de sostener ideologías de izquierda y en efecto en la sentencia rol 21, de 31 de enero de 1985, el Tribunal declaró inconstitucionales el Movimiento Democrático Popular (MDP), el Partido Comunista de Chile, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR) y cierta fracción del Partido Socialista de Chile. El Tribunal fundó su decisión en el argumento de que estos movimientos profesaban la doctrina marxista leninista, la cual quedaba comprendida entre aquellas cuya propagación sancionaba el constituyente.

6. Sentencia del Tribunal Constitucional que rechazó requerimiento de inaplicabilidad del delito de sodomía⁹

Un imputado solicitó la inaplicabilidad en el proceso penal llevado en su contra de la norma del Código Penal que sanciona al que penetrare carnalmente a un menor de 18 años y mayor de 14, contando con su libre consentimiento.¹⁰ Alegó que el delito afectaba su derecho a la igualdad, vida privada y libertad.

El Tribunal resolvió que la disposición impugnada se justificaba al fundarse en los principios de interés superior del niño y de protección especial, contemplados en instrumentos de derecho internacional que son parte del derecho chileno (considerando 31). Para el Tribunal el que un menor hombre sea penetrado por otro hombre constituye una situación que en sí misma, con independencia de la edad de las personas involucradas en la relación o el consentimiento de estos, lesiona la dignidad del menor (considerando 32).

En palabras del Tribunal:

El fin perseguido por el legislador al establecer el delito de sodomía en el artículo 365 del Código Penal fue el de proteger a los menores de 18 y mayores de 14 años de edad

9 Sentencia del Tribunal Constitucional, rol 1683, de 4 de enero de 2011.

10 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».

**SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

que no gozan de la madurez suficiente para comprender los alcances y consecuencias en su propia vida de un acceso carnal libremente consentido. La voluntad de la víctima no es garantía suficiente de eliminación del menoscabo que, claramente, experimenta. En consecuencia, la penalización del delito de sodomía no se debe a la inclinación sexual del agresor y de la víctima. Se debe al impacto que produce la penetración anal en el desarrollo psicosocial del menor varón, lo que no podría predicarse, en los mismos términos, de una relación entre mujeres en las mismas condiciones. Por lo demás, del hecho de que la ley penal no pueda perseguir la sola condición u orientación sexual de nadie, no se sigue que deba dispensar un estatuto uniforme e indiscriminado de impunidad respecto a todas sus conductas o manifestaciones concretas. Menos, cuando ciertas y determinadas prácticas conllevan —en sí mismas— el peligro de causar perniciosas e irreversibles consecuencias para otros. El impacto inmediato de la experiencia, el grave riesgo de corrupción y la consiguiente afectación del libre desarrollo de la sexualidad son, así, claros fundamentos del artículo 365 del Código Penal. Ello tiende, como se ha dicho, a proteger el interés superior del niño y a asegurar su mayor realización material y espiritual posible. [considerando 33]

Para el Tribunal el delito no afecta el derecho a la igualdad, al no existir una discriminación arbitraria toda vez que la opción del legislador se encuentra justificada por el interés superior del niño. Igualmente no existe un trato discriminatorio con respecto a las mujeres ya que no puede darse entre ellas una penetración anal, con sus perniciosas consecuencias (considerando 32).

En otra parte descartó que existiera afectación a la privacidad o libre desarrollo de la personalidad, toda vez que el ejercicio de estos derechos tiene como límite la afectación de los derechos de otras personas o la necesidad de proteger un bien superior. Además en este punto señaló que el artículo de la Constitución que reconoce la libertad personal solo protege la libertad ambulatoria de las personas y no el libre desarrollo de la personalidad como alegó el imputado (considerandos 38 a 40 y 51).

Esta sentencia demuestra una muy particular visión de la moral social de los ministros. Se asume que la penetración carnal de un menor por otra persona de su mismo sexo es en sí misma dañina para su libre desarrollo sexual, especificándose en la sentencia el grave daño de corrupción que esto puede generar. La argumentación del Tribunal supone aspectos cuestionables tales como que la penetración carnal es dañina para el sujeto pasivo (y solo cuando se es penetrado por una persona del mismo sexo), que el daño viene generando porque esa conducta puede determinar la orientación sexual del menor y que lo que se busca evitar es la orientación sexual homosexual en hombres.

Considerar a los hombres menores de 18 años y mayores de 14 indenes sexualmente solo para el caso de ser sujetos pasivos de penetración afecta sus derechos fundamentales. El menor de 18 años y mayor de 14 en el sistema penal no es indene sexualmente, solo se sanciona la existencia de abuso, coacción o violencia. El menor puede mantener relaciones heterosexuales libremente consentidas; también puede por regla general mantener relaciones homosexuales.

En una sociedad respetuosa del libre desarrollo de la personalidad de todos los individuos y respetuosa de las distintas opciones sexuales, los delitos sexuales deben estar enfocados a sancionar aquellos casos en los que no hay una voluntad libre en la interacción sexual. En este caso el Tribunal optó por una determinada moral social prescindiendo de los derechos del menor.

El Tribunal reconoce explícitamente que lo sancionado por la norma impugnada «pugna con la actual escala de valores preponderante en la sociedad chilena —según se desprende del debate parlamentario— y por lo mismo, puede ocasionar problemas y conflictos a lo largo de toda su [del menor] vida personal y social» (considerando 41).

Este argumento se contrapone radicalmente al rol del Tribunal Constitucional como órgano contramayoritario. El Tribunal no puede pasar a llevar derechos al resguardar los *valores preponderantes de la sociedad chilena* sino que por el contrario debe proteger los derechos aun a pesar de la moral social imperante. Lo anterior es lo que con toda claridad nos ilustró el caso *Brown c. Board of Education of Topeka*.

III. CONCLUSIONES

Del período analizado destacamos sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que avanzan en la línea de exigir al Estado prestaciones necesarias para el respeto de los derechos fundamentales. Este rol de la justicia es particularmente relevante en el ámbito carcelario que ha sido sistemáticamente desatendido por los otros poderes del Estado.

En conjunto con las exigencias al Estado la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de ISAPRE marca un hito jurisprudencial al imponer a los privados responsabilidades en el desarrollo de sus actividades empresariales cuando estas se vinculan al ejercicio de derechos fundamentales de las personas. En esta sentencia el Tribunal estableció que la actividad empresarial desarrollada por privados en el ámbito de la salud debía sujetarse a especiales exigencias de respeto a los derechos de las personas, lo que implicaba entre otros aspectos, prohibiciones

SEGUNDA PARTE. INFORMES POR PAÍSES DE JURISPRUDENCIA RELEVANTE
EN MATERIAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

de discriminación y obligaciones de contar con un sistema que garantizara solidaridad entre sus integrantes. Este es el aspecto fundamental de la sentencia que, a pesar de no habersele dado la atención suficiente por la opinión pública y la doctrina nacional, creemos que tendrá significativas repercusiones en el momento histórico actual de Chile.

En este último año Chile ha vivido las más importantes manifestaciones ciudadanas desde el retorno de la democracia. Miles de jóvenes se han movilizado exigiendo una educación pública e igualitaria. En un sistema educacional significativamente privatizado, donde el Estado ha desatendido su labor como principal responsable de garantizar el goce de los derechos sociales, las sentencias que venimos comentando constituyen un importante aporte a la discusión.

También constituye un avance la sentencia del Tribunal que se pronunció sobre la constitucionalidad de un grupo nacionalsocialista, reinterpretando y restringiendo una cuestionable atribución que le fuera otorgada por la Constitución con el objeto de instaurar una *democracia protegida*.

Sin embargo, el Tribunal también dictó en este período una sentencia que supone un grave retroceso en el igual respeto y consideración que merece toda persona y en la comprensión de su rol como garante de derechos fundamentales. Pronunciándose sobre la constitucionalidad del delito de sodomía, el Tribunal impuso una determinada moral social que ve a la homosexualidad masculina como un mal que debe ser evitado. Asimismo en esta sentencia el Tribunal de forma contradictoria invocó tratados internacionales de derechos humanos que ordenan resguardar el interés superior del niño (pese a su constante jurisprudencia que otorga jerarquía infralegal a dichos tratados) y desconoció el carácter de sujetos de derechos de los menores de edad, en cuanto a su privacidad y libre desarrollo de la personalidad.

Esta sentencia plantea preocupantes interrogantes en cuanto al papel que pueda tener el Tribunal en la actual discusión sobre el reconocimiento y el respeto de los derechos de todas las personas en una sociedad inclusiva y pluralista. Así, mal pronóstico tienen los requerimientos presentados que cuestionan la constitucionalidad de las leyes que establecen que el matrimonio es entre un hombre y una mujer, y los eventuales controles de constitucionalidad que realice el Tribunal sobre proyectos de ley en actual tramitación que reconocen distintos derechos a las parejas del mismo sexo.