

Fallo del Tribunal Constitucional sobre la píldora del día después. Paternalismo y la dificultad contramayoritaria

Rodrigo Delaveau Swett

Abogado, Magíster en Derecho Público y Profesor de Derecho Constitucional

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Master of Law de la Universidad de Chicago

Investigador del Programa Legislativo del Instituto Libertad y Desarrollo

1. Introducción

Uno de los focos centrales de las críticas dirigidas al Tribunal Constitucional luego del fallo de la denominada “píldora del día después” constituye el supuesto de que el Tribunal actuó de manera “paternalista” o bien “decidiendo por los ciudadanos”. Junto con lo anterior, en un segundo orden de cuestionamientos, se señalaba que si las leyes representan la voluntad de la mayoría electa, por qué un grupo de jueces no electos ha de tener el poder de derribarlas. Es lo que se conoce como la dificultad contramayoritaria del tribunal encargado de velar por la constitucionalidad de las leyes.

En resumidas cuentas, los efectos del fallo del Tribunal Constitucional nos abren las puertas para un debate más profundo. Tal como señala notablemente Epstein,¹ la clave se encuentra en encontrar, dentro de una sociedad libre, la reconciliación entre la libertad individual y el bien común.

2. El paternalismo estatal

Cabe aquí preguntarnos qué es lo que debemos entender por paternalismo y qué grado de coacción de libertades y derechos se ve comprometido por esta visión.² Debemos aceptar, con relativa calma, que toda forma de gobierno

¹ Epstein, Richard. *Principles for a Free Society. Reconciling Individual Liberty with the Common Good*. Basic Books (1998) p. 3.

² Un sector importante de la legislación de las modernas democracias constitucionales parece estar orientado a proteger a los ciudadanos de sí mismos. Esta finalidad fue calificada por H. L. A. Hart como “paternalismo jurídico”, una política, en su opinión, “perfectamente coherente”, dado el abandono de los ideales de “*laissez faire*” por parte del liberalismo político. Sin embargo, la compatibilidad entre liberalismo y paternalismo es cuestionada recurrentemente. Pensemos en las leyes que hacen obligatorio el cinturón de seguridad en los coches o el casco en las motocicletas, en las prohibiciones del consumo o tráfico de drogas orientadas a evitar daños a los propios consumidores, en las normas que restringen el consumo de tabaco para evitar daños a los fumadores, en la prohibición de la práctica de la eutanasia en razón de que no es esa la mejor manera de proteger los intereses de los enfermos

envuelve cierto grado de paternalismo, incluso para el más libertario, siendo su paradigma el gobierno limitado, mas no la anarquía. Los opositores al paternalismo, como John Stuart Mill, señalan que la libertad está sobre la seguridad en términos de las acciones que sólo afectan a uno mismo.³ Los defensores de las políticas paternalistas afirman que un sistema moral general anula las libertades personales en algunas circunstancias, tales como las religiosas, las éticas, las filosóficas o las doctrinarias. Votos a favor, se podría decir que cada Estado es “paternalista” en cierto grado. Incluso la creación del Estado y la protección misma de los derechos de propiedad individual puede interpretarse como “paternalista”. La descripción del origen del Estado de Aristóteles la ven como una extensión de la familia, en contraposición a las explicaciones de contrato social de Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau y John Rawls.⁴ De otro modo, resulta impracticable el ejercicio del poder, desde que la democracia moderna consiste –precisamente– en que unos pocos tomen decisiones por nosotros a diario y en una infinidad de materias. Surge entonces nuevamente la cuestión de qué órganos del Estado deben tomar las decisiones y sobre qué materias les es lícito tomar dichas decisiones.

Para el Derecho Público, el Estado paternalista es aquel que limita la libertad individual de sus ciudadanos en base a unos valores axiológicos que fundamentan la imposición estatal. Así, se justificaría la invasión de la esfera correspondiente a la autonomía individual por parte de la norma jurídica, basándose en la incapacidad o idoneidad de los ciudadanos para tomar determinadas decisiones que el Estado considera correctas.

En términos generales, siempre se ha hablado del “paternalismo estatal”. Esta categoría unívoca aparece a toda luz insuficiente, toda vez que el Estado encierra –al menos– tres funciones, las que, cada una de ellas, tienen maneras muy distintas de ejercer sus actos. De este modo podemos distinguir el paternalismo administrativo, el paternalismo legislativo, y el paternalismo judicial.

terminales, en las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores por su propio bien, en la imposición de un límite en la jornada de trabajo o un salario mínimo por el bien de los trabajadores, etc. En *El Paternalismo Jurídico* de Alemany, se tratan sistemáticamente los problemas conceptuales y de justificación que plantea el paternalismo jurídico. El lector encontrará allí un estudio detallado de los autores más relevantes sobre el tema y una propuesta teórica sobre el paternalismo jurídico dirigida a mostrar en qué casos está justificado y en qué casos no. Alemany, Macario, *El Paternalismo Jurídico*. Editorial Iustel (2006) p. 376, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 16 y ss.

³ Mill, John Stuart. *Sobre la Libertad*. Ciencia Política Alianza Editorial (1997), pp. 78-79.

⁴ Los libertarios o liberales clásicos se consideran en general como los opositores del paternalismo. Pocos teóricos políticos, incluso libertarios, han rechazado totalmente el paternalismo. Robert Nozick, que es generalmente visto como un padre fundador del moderno libertarismo, todavía habló de casos excepcionales de conducta inmoral en que la sociedad debe intervenir. John Stuart Mill dice que el comportamiento de algunos que podría tener lugar en privado debe prohibirse en público (por ejemplo, actos sexuales).

En este sentido, la ausencia de cierto tutelaje por parte de quien ejerce la autoridad es prácticamente inevitable en la vida moderna. Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse nunca de vista la idea de gobierno limitado. La inercia expansiva propia del Estado debe ser permanente y consistentemente refrenada, con el objeto que no invada la esfera de acción de los individuos y las sociedades intermedias, por un lado, y entre ellas mismas, por otro.

Este es, quizás, el límite del paternalismo estatal: los límites de la libertad negativa, definida así por el liberalismo clásico. En otras palabras, ¿hasta dónde deben llegar las funciones propias del Estado para no convertirse en “paternalista”? ¿Qué rol deben jugar los diferentes poderes del Estado en esta misión? Tal vez en este último punto toma importancia la separación de funciones y la teoría de pesos y contrapesos, toda vez que el Estado limitado no solo debe contemplar límites exteriores, sino que también debe el Estado limitarse a sí mismo dividiendo sus funciones. Un Estado, cuya separación es vigorosa, real y eficiente, es –efectivamente– un Estado menos paternalista desde que su poder se encuentra desconcentrado y resulta menos capaz de invadir la esfera individual de las personas.

En el campo de la doctrina, uno de los autores que más han estudiado el fenómeno del paternalismo estatal es Cass Sunstein.⁵ Este autor es uno de los más citados –sino el más citado– en la judicatura norteamericana. Sunstein (junto con Richard Thaler) ha elaborado la teoría del “Paternalismo Libertario”. Fundamentando esta propuesta, apela a pensadores/académicos/políticos en orden a asimilar los descubrimientos de la teoría del comportamiento económico aplicado al Derecho (*Behavioral Law & Economics*), conservando la libertad de elección así como conduciendo las decisiones de las personas en direcciones que puedan hacer sus vidas mejor. En palabras del propio Sunstein, “la gente toma a veces malas decisiones y luego de un tiempo las miran con perplejidad”. Thaler y Sunstein han señalado que “Hacemos esto ya que, como seres humanos, somos susceptibles de una amplia gama de rutinas, sesgos que pueden llevar a una igualmente amplia gama de errores embarazosos en la educación, finanzas personales, la atención de la salud, hipotecas y tarjetas de crédito, la felicidad, e incluso sobre el propio planeta”. Este punto será desarrollado a continuación.

⁵ Cass R. Sunstein (1954) es un prominente profesor de derecho de la Universidad de Chicago, que se unirá en el otoño boreal del 2008 a la Universidad de Harvard, conservando su cargo en Chicago. Sunstein es un proponente del minimalismo judicial, argumentando que los jueces deben enfocarse primordialmente en decidir el caso concreto, evitando realizar cambios radicales en el Derecho o de realizar decisiones que tengan un efecto generalizado. Considerado un liberal, ha apoyado sin embargo a ciertos nombramientos del gobierno republicano como Michael W. McConnell and John G. Roberts. Gran parte de su trabajo se enfoca al “*behavioral economics to bear on law*”, sugiriendo que el modelo del “actor racional” producirá en ciertas ocasiones un entendimiento inadecuado de cómo la gente pueda responder a la intervención legal.

3. El “paternalismo libertario”

Sunstein y Thaler plantean que el Estado puede tener una actitud paternalista y libertaria al mismo tiempo, sin que esto sea contradictorio en sí mismo.

La hipótesis es la siguiente: la economía del comportamiento ya demostró que los agentes toman todos los días malas decisiones. El Estado puede hacer políticas que corrijan estos sesgos, con pequeños obstáculos o premios. Pero no con prohibiciones, de forma tal que quienes igual quieran actuar contra su interés, puedan hacerlo. Por eso lo de “libertario”.⁶

El libertario es quien protege el derecho individual a escoger, mientras que el paternalista es el que busca mejorar el bienestar de las personas a través de la acción estatal. Su argumento principal es que puede pensarse en una “arquitectura de la elección”. Es decir, que pueden diseñarse instituciones que faciliten a las personas tomar las mejores decisiones. Se acerca a la idea de Rajan sobre “regulación de incentivos”.⁷ Así, el arquitecto institucional tiene que elegir entre varias opciones, y ya sabemos que hay diseños institucionales que funcionan mejor que otros. Pero para identificarlos se pregunta qué constituye un buen diseño institucional. En este punto aconsejan observar la evidencia empírica que provee la psicología. Por ejemplo: las *default options*, el error esperado, y la retroalimentación. Sobre las *default options* explican que es importante entender cuáles son las rutas por las cuales el comportamiento humano muestra menor resistencia. Dio como ejemplo la diferencia entre países que piden consentimiento para la donación de órganos y los que, por el contrario, tienen como *default option* la donación y piden que explícitamente se diga que no se quiere donar.⁸

Respecto al error esperado del comportamiento humano, ejemplifican a través de lo utilizado en las recetas de medicamentos: a las personas no se les olvida tomar la medicina si es una vez al día, pero se les complica cumplir si les dicen que es cada cuatro horas. La retroalimentación también es importante en el diseño de instituciones, porque las personas aprenden constantemente y para ello es necesario proveerles de información que les indique cómo van progresando hacia determinada meta.

Un ejemplo es el de los juegos de azar. Tanto los psicólogos como los neurobiólogos dicen que el juego puede constituir una adicción como el tabaco o la

⁶ Sunstein, Cass & Richard H. Thaler (2003). “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”, *University of Chicago Law Review* 70 (4), p. 1159.

⁷ Rajan, Raghuram et Al. “Entry Regulation as a Barrier to Entrepreneurship”, in the *Journal of Financial Economics* (2006).

⁸ Apuntes de clases de Elements, por Cass Sunstein, de propiedad del autor.

droga. La política pública óptima aquí, para estos autores, sería la de introducir barreras para que resulte más engorroso jugar grandes sumas.

Pero donde más recomendaciones hubo es en el campo de los fondos de pensión. Según Sunstein, la forma en la que la gente planea su jubilación es pésima.⁹ La teoría tradicional sostiene que cuantas más opciones haya, mejor para el consumidor. Pero los conductistas demostraron que cuando una persona se enfrenta a muchas opciones, se abruma y termina eligiendo en base a criterios no racionales. Lo mismo sucede con los 8.000 fondos de pensión de los EE.UU. Otro caso: los empleados estadounidenses tienen en sus fondos una mala diversificación del riesgo, porque poseen en una parte inusualmente grande de títulos de la propia empresa en la que trabajan. Thaler propone una ley que establezca que a fin de año todos los títulos de la propia empresa que superen un determinado porcentaje del portafolio se redireccionen automáticamente a otros activos, a menos que el trabajador se niegue expresamente a hacerlo.

Así, pequeñas trabas o señales pueden ser muy efectivas para modificar conductas masivas.¹⁰

3.1 Críticas al “paternalismo libertario”

Los cuestionamientos más fuertes a la teoría planteada vinieron precisamente de la propia Escuela de Chicago, tanto de la Facultad de Derecho, como desde la de Economía.

Dichas críticas se fundamentaban en diversos aspectos: ¿cómo se garantiza que el Gobierno, compuesto por seres humanos con los mismos sesgos de conducta que el resto, imponga reglas adecuadas? Entre los conductistas aparece el mismo debate que en la economía tradicional se dio entre los intervencionistas y la corriente del “*public choice*”, del Nobel James Buchanan, que asume que las políticas públicas responden a los intereses privados de los funcionarios de turno.¹¹

Por lo pronto, los economistas tradicionales siguen viendo a los conductistas con escepticismo y simpatía, como un padre mira a su hijo adolescente díscolo. Para muchos, aceptar que cada persona se comporta según sus impulsos y pasiones todo el tiempo, deja a la ciencia al desnudo, sin base donde apoyarse.

⁹ Íd. p. 1200.

¹⁰ Íd. p. 1202.

¹¹ Buchanan James M. et al. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. (1962).

Eugene Fama,¹² un clásico de Chicago, dice que están bien las críticas a la teoría tradicional, pero que “reemplazar sus bases por los pilares del conductismo sería un desastre”.

Otras más duras vendrían del propio Richard Epstein. Él ha elaborado una respuesta detallada a muchos de los argumentos de irracionalidad que Thaler ha postulado con anterioridad en *Escepticismo y Libertad*.¹³ Estas objeciones han sido trabajadas por David Gordon. Para este autor, el futuro del paternalismo libertario no es más prometedor que la cuadratura del círculo.

Escapar de su aparente contradicción es ingenioso. De hecho, es libertario, dicen, utilizar la fuerza para obligar a alguien a actuar por su propio bien. Ellos no favorecen la posibilidad de hacerlo; pero esto les deja libres para apoyar una variedad menos exigente de paternalismo. Se intenta que resulte difícil para las personas hacer ciertas opciones, siempre y cuando ello no imponga costos importantes sobre los mismos. La gente, como su título indica, puede ser objeto de gentiles “codazos” (*nudges*) paternalistas, siempre y cuando estos codazos no los fuercen unívocamente.

El paternalismo libertario resulta ser al final del día no muy libertario, o peor: un libertarismo acomplejado y sin convicción. Puede ser un tipo de paternalismo relativamente débil, blando y no invasivo, porque las opciones no están bloqueadas o agobiadas significativamente. Si la gente quiere fumar cigarrillos, comer un montón de caramelos, elegir un inadecuado plan de salud, o dejar de ahorrar para la jubilación, es “paternalmente libertario” no obligarlos a hacerlo de otra manera, o incluso hacerles las cosas difíciles. El “codazo” es cualquier aspecto de la arquitectura de la elección que altera el comportamiento de las personas de forma predecible sin que prohíba todas las opciones o cambiar significativamente sus incentivos económicos.

No obstante estas críticas más contemporáneas, ya Tocqueville había advertido contra las políticas de las que el “paternalismo libertario” es un ejemplo:

Por encima de esta raza de hombres está un inmenso y tutelar poder, que decide por sí solo, para garantizar sus gratificaciones y vigilar su suerte. Ese poder es absoluto, regular, de previsión, y suave... La voluntad del hombre no es destruida, pero sí suavizada, doblegada y guiada; rara vez los hombres son obligados por ella para actuar, pero están constantemente sujetos a actuar. Tal poder no destruye, pero impide la existencia; no tiraniza, pero comprime; enerva, se extingue, y deja

¹² Fama, Eugene. “Market Efficiency, Long-Term Returns, and Behavioural Finance”, *Journal of Financial Economics*, 49 (September 1998), pp. 283-306.

¹³ *Skepticism and Freedom*, University of Chicago Press (2003).

*estupefacto a un pueblo, hasta que cada nación se reduce a nada mejor que un rebaño de tímidos y laboriosos animales, de los cuales el gobierno es el pastor.*¹⁴

4. ¿Paternalismo gubernamental o judicial?

La discusión anterior nos lleva a un nuevo campo de debate. Consciente de que la autoridad debe tomar ciertas decisiones, ¿son más paternalistas estas actuaciones cuando son tomadas por un órgano del Poder Ejecutivo, o bien nos hallamos en presencia del dicho paternalismo en una decisión judicial? ¿Cuál es el estado del arte en lo que a medicamentos se refiere?

Con el objeto de esclarecer esta encrucijada, resulta indispensable analizar y comparar el proceso de toma de decisiones de ambos poderes, que dice directa relación con los efectos del fallo en comento

4.1 Proceso de autorización o prohibición de un fármaco por el ISP

Todos los productos farmacéuticos que se comercializan en el país deben contar con registro sanitario, trámite que debe realizar en el ISP, cumpliendo las disposiciones del Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, D. S. 1876 de 1995.

De acuerdo al Reglamento del Sistema Nacional de Control de Productos Farmacéuticos, D. S. 1876 de 1995, el plazo reglamentario es de 90 días para los productos similares y de 120 días para productos nuevos. Para tomar esta decisión se toma como base el D.S. N° 1876/95 del Ministerio de Salud y el Código Sanitario.

Dicha solicitud es realizada generalmente por profesional químico farmacéutico, el que está a cargo de los aspectos técnicos de una solicitud de registro sanitario. Asimismo, es necesario registrar un producto farmacéutico antes de comercializarlo en el país, ya que es el Estado a través del ISP el que debe asegurar a los profesionales de la salud y a la población en general que el producto farmacéutico o medicamento es “seguro, eficaz y cumple con los estándares de calidad establecidos”. Así, luego de ese proceso, el ISP basa su aprobación o rechazo en los antecedentes que el solicitante aporta.¹⁵

¹⁴ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, Volumen II, Sección 4, Capítulo 6.

¹⁵ Estos antecedentes son:

- Cuadro resumen de los ensayos clínicos a evaluar, en idioma español, donde se señalen autores, tipo de estudio, posologías, objetivos, número de pacientes, revista donde se publicó o centro de investigación cuando corresponda, fecha de realización (en caso de trabajos publicados).
- Resumen de experto de los ensayos clínicos, quien da una visión general de los ensayos clínicos

En consideración a lo anterior, se trata de un procedimiento unilateral, no controvertido. De este modo, el proceso mediante el cual un órgano administrativo puede sacar o impedir la llegada al mercado de un medicamento por no ser “seguro”, queda entregado a la potestad unilateral de un ente ejecutivo, cuyo procedimiento es normado por un decreto dictado por la propia autoridad, en concordancia con el Código Sanitario.

4.2 Proceso de decisión del Tribunal Constitucional

Como es sabido, es la propia Constitución la que describe en sus artículos 93 y 94, que le corresponde a este órgano ejercer el control de constitucionalidad sobre los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado.

En este aspecto, son la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y su auto acordado los que establecen el procedimiento ante dicho tribunal.¹⁶

El tribunal decide en un proceso contradictorio, donde ambas partes tienen un debido emplazamiento, igualdad de oportunidades de pedir y de probar, con alegatos públicos y en un proceso abierto a la ciudadanía.

En dicho proceso, el Tribunal –elegido por un mecanismo contemplado en la Constitución, en el que participan los tres poderes del Estado– decide en razón a los antecedentes que le presentan. En resumidas cuentas, el proceso cuenta con los estándares más altos de transparencia y son concordantes con las condiciones democráticas representativas del Estado moderno.

La interrogante cae por sí sola: ¿por qué sería más “paternalista” la decisión de un órgano jurídico-político, cuyos miembros están llamados a ejercer las más altas de las funciones judiciales, en un proceso transparente, de cara a los ciudadanos, en que existe debido proceso, habiendo tomado meses en su decisión a la luz de los serios antecedentes que ambas partes aportaron a un proceso?

presentados.

– A lo menos 8 a 10 estudios clínicos publicados, completos, bien diseñados, los cuales deben avalar la seguridad y eficacia del producto en la forma farmacéutica, dosis, vía de administración e indicaciones a registrar. Se aceptan reportes de estudios clínicos solamente en caso que éstos no estuvieran publicados.

– Si el producto se encuentra registrado en USA o la Comunidad Europea, se debe acompañar la información procedente de la carta aprobatoria de la entidad correspondiente (FDA para USA y EMEA para la Comunidad Europea) más la monografía autorizada por la misma agencia. Esto en el caso que se trate exactamente del mismo producto y del mismo fabricante.

Cuando la solicitud de registro corresponda a un producto nuevo, (letras a), d), e), f) o g) del D.S. N° 1876/95 del Ministerio de Salud, el estudio farmacocinético debe ser realizado con la misma formulación a registrar. La presencia de estos estudios no excluye la presentación de los demás antecedentes exigidos en la información científica.

¹⁶ A la fecha de redacción del presente artículo, se discutía en el Congreso Nacional el texto de la nueva LOC del TC, para hacerla coincidente con la reforma constitucional de 2005.

Lo curioso es que a ese proceso deliberativo algunos llaman “paternalista”, sin que –por una razón que aún no se ha podido explicar– la decisión que toma un órgano administrativo (esencialmente político, en consideración a la subordinación a que se haya sujeto), sin la formalidad de un debido proceso, pero también a la luz de los antecedentes que le presentan, sea calificada por parte de la opinión pública como paternalista. Todos los días la autoridad administrativa está tomando decisiones por nosotros, pero pareciera no importarnos.

Se alega, adicionalmente, que el tribunal estaría tomando decisiones en un área donde debe decidir el individuo. Cabe cuestionarse, entonces, si la autoridad administrativa no invade dicha “esfera” cuando retira del mercado un determinado medicamento por considerarlo “un riesgo para salud humana”. Se argumenta, en respuesta, que todo depende de la idea que se tenga sobre cuándo comienza la vida humana. ¿Pero acaso el ISP no trabaja sobre una “determinada” concepción de cuándo comienza la vida humana? El liberalismo enseña que todo ser humano tiene su esfera de acción que el Estado no debe invadir, pero ese mismo Estado existe, como dice Schopenhauer, para proteger a los hombres entre sí y de las agresiones externas. En esta lógica, la decisión sobre la “esfera individual” no puede ser a costa (o a riesgo) de obrar contra la vida de otros individuos. Se dirá una vez más que esa lógica funciona sólo en consideración a la idea de vida humana que se tenga. Pero ¿acaso la autoridad administrativa no trabajará bajo esa u otra idea de “vida humana”? ¿Se creará que un órgano de la administración que obedece a una mayoría circunstancial está por sobre las consideraciones subjetivas de cada individuo u órgano que toma decisiones?

Lo único no discutible es que a fin de cuentas toda democracia moderna le entrega a un órgano independiente la tarea (¡la a veces ingrata tarea!) de ser el último intérprete de la Constitución. El control de la constitucionalidad no es un obstáculo absoluto para los cambios y lo peor que puede originar es un retraso en el proceso y hacer la reproducción o la reafirmación del principio en disputa: si el Ejecutivo encuentra que el criterio al cual se somete el Tribunal Constitucional ha cambiado, debe entonces someterlo a un proceso con vistas a comprobar si las creencias básicas del pueblo han cambiado realmente. Pero lo que no es admisible es apuntar al Tribunal Constitucional por hacer, precisamente, lo que la Constitución y la democracia le ordenan hacer: controlar la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

Como diría Hayek, solo un demagogo puede presentar como “antidemocráticas” o “paternalistas” las limitaciones que imponen al poder de las mayorías temporales las decisiones a largo plazo y los principios generales mantenidos por el pueblo. Estas limitaciones fueron concebidas para proteger al pueblo contra su propio gobierno, o bien, contra aquellos a quienes debe conceder

poder, y son los únicos medios de que dispone para determinar el carácter general del orden bajo el cual vivirá. Es inevitable, por tanto, que al aceptar los principios generales o las normas consagradas constitucionalmente, se ate de manos en lo que respecta a soluciones particulares.¹⁷ La general inhabilidad humana impide considerar explícitamente todos los probables efectos de una determinada medida y su dependencia de generalizaciones y principios, siempre que se quiera que las decisiones individuales encajen dentro de un todo coherente. A los hombres “les resulta imposible dictaminar sobre sus intereses de manera tan efectiva como la que se logra mediante la universal e inflexible observancia de las reglas de la justicia”.¹⁸

5. La función contramayoritaria

La segunda de las críticas al fallo del Tribunal apunta más a su naturaleza como institución que al fallo mismo. Surge entonces el cuestionamiento al rol contramayoritario. El concepto que adquiere en el Derecho Constitucional norteamericano tiene importancia creciente a partir de los problemas de legitimidad del poder (que se extiende al estudio de comportamientos, origen y valores o ideologías de los jueces) y en particular de la “revisión judicial de legislación”, como lo reconocen conocidos juristas americanos, entre otros John Hart Ely y Lawrence H. Tribe.¹⁹

Otros han destacado los elementos antidemocráticos presentes en la Constitución norteamericana de 1787: esclavitud, sufragio restringido, elección indirecta de presidente, elección de los senadores por las legislaturas estatales por seis años, representación igualitaria en el Senado, Poder Judicial y revisión judicial, todos los cuales han definido el alcance de los cambios posteriores en un sentido más democrático.²⁰

¹⁷ Hayek, *Camino de Servidumbre*, p. 225.

¹⁸ D. Hume, *Treatise II*, p. 300.

¹⁹ Alexander Bickel en *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2ª ed., New Haven, 1986.

²⁰ Robert Dahl, *¿Es Democrática la Constitución de los Estados Unidos?* (trad. P. Gianera), Edit. F.C.E., Buenos Aires, 2003. También para el examen de las coordenadas del tema consultar, de Carlos Santiago Nino, dos obras: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Edit. Astrea, 1ª edición, 1992, 2ª reimp., Buenos Aires, 2002, pp. 675-706, y *La constitución de la democracia deliberativa* (trad. R. Saba), Edit. Gedisa, 1ª edic. 1997, 1ª reimp., Barcelona, 2003, pp. 258-295. Además consultar a Roberto Gargarella en *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Edit. Ariel, Barcelona, reimpresión argentina, 1996, y “El Presidencialismo como Sistema Contramayoritario” en libro colectivo: *El Presidencialismo Puesto a Prueba*, CEC, Madrid, 1992. Citamos de Maurizio Fioravanti *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (trad. M. Martínez N.), Edit. Trotta, Madrid, 2001, pp. 107-108. Los problemas de la “judicial review” son abordados agudamente por Jorge Reinaldo Vanossi en *Teoría Constitucional*, Edic. Depalma, Buenos Aires, 2 vol., 1976, Vol. II, en especial pp. 126-127. Sobre bancos centrales es de provecho en nuestra lengua consultar la tesis de Rubén Martínez Dalmau, *Constitución, Legitimidad*

No obstante existir cierto consenso sobre la importancia de este rol, los cuestionamientos sólo arrecian cuando determinada sentencia de quien tiene a su cargo el control de la constitucionalidad no es del gusto de los críticos, siendo notables las contradicciones de algunos de los argumentos.²¹

Esta crítica es tan antigua como la supremacía constitucional o el control de constitucionalidad de las leyes. Ya desde *Marbury v. Madison* se buscaban rutas de escape a la dificultad contramayoritaria. Se sugiere que en realidad no es tal dificultad, desde que el rol del Tribunal es promover y no socavar la democracia, propiamente entendida. Este esfuerzo, a su vez, toma varias formas:

- a) Bajo una visión, el esfuerzo judicial de imponer restricciones constitucionales en el proceso político promueve la democracia, desde que dichas restricciones son adoptadas por el pueblo en un período de aumento de la conciencia democrática y por lo tanto ocupan un estatus superior a las decisiones de las mayorías temporales. Dicho argumento tiene sus raíces en la posición de Hamilton²² en *El Federalista* N° 78 y en el propio *Marbury*.
- b) Desde otra perspectiva, el rol del Tribunal es proteger determinados derechos no disponibles para la política y ciertos grupos que estén –por una razón u otra– excluidos de su participación política. La inhabilidad relativa

Democrática y Autonomía de los Bancos Centrales, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. Sobre el viejo tema de la “tiranía de las mayorías” los textos clásicos son de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, 2 vol., Edit. Sarpe, Madrid, 1984, tomo I, en especial pp. 252-269, y de John Stuart Mill, *Del Gobierno Representativo* (presentación de D. Negro y traducción Marta C. C. De Iturbe), Edit. Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1995, en especial pp. 82 y siguientes. Una revisión sobre la “tiranía de la mayoría” en autores liberales en Norberto Bobbio, *Liberalismo y Democracia*, 1ª edic., reimpresión, FCE, México Bogotá, 1993, pp. 61-79.

²¹ Uno de los críticos del fallo, LUCAS SIERRA, en su columna del lunes 7 de abril del 2008 en el diario *El Mercurio*, señalaba que: “Desde el punto de vista del orden institucional, tampoco hay razones para que el TC sea aquí contramayoritario. Una de las tareas fundamentales del TC es preservar una correcta distribución de competencias entre los órganos del Estado. La responsabilidad por la salud humana es del Ministerio de Salud y, por esto, no corresponde a los jueces andar fijando la concentración de levonorgestrel”. Sin embargo, un par de años atrás sentenciaba –dando un magnífico argumento contramayoritario– que: “Hoy, las leyes sí representan la voluntad de la mayoría electa. ¿Por qué un grupo de jueces no electos ha de tener el poder de derribarlas? La respuesta a esta pregunta es tan difícil como dramática. Difícil, porque hay algo definitivamente anómalo en el hecho de que unos pocos que no responden a la mayoría echen abajo lo que ésta ha decidido. Dramática, porque pareciera que no queda otra que aceptar esta anomalía, si queremos una sociedad que, además de ser democrática, sea también un Estado de Derecho. Las mayorías pueden llegar a ser despóticas. Por esto se le fijan límites en la Constitución. Los más rotundos y finales son los derechos individuales, cuyo máximo esplendor se manifiesta, precisamente, enfrentados a la voluntad mayoritaria. Imponer el respeto de estos límites minoritarios, incluso a la inmensa mayoría, hace de una democracia un Estado de Derecho. Ésta es la tarea del Tribunal Constitucional. Por cierto, en esa tarea el Tribunal debe ser razonable, recatado y mostrar una deferencia inicial hacia el legislador democrático, por el mero hecho de que éste representa la mayoría. Pero, llegado el momento, **debe ser contramayoritario**. (El Mercurio, septiembre 18, 2006) (El destacado es nuestro).

²² *El Federalista* N° 78, Fondo de Cultura Económica (1999).

de determinados grupos a participar o ser representados por el proceso político justificaría el rol judicial diseñado para construir una mejor democracia.²³ Casos relacionados con la libertad de opinión y votaciones necesitarían de un mayor rol del Poder Judicial en orden a proteger el proceso democrático.

- c) Un tercera posición sugeriría que el el rol del Tribunal es efectivamente el perfeccionar la democracia, pero no solo mediante la protección de la oportunidad de los grupos tradicionalmente en desventaja para participar o para ser representados. Bajo este perspectiva, el Tribunal podría intentar asegurar, por ejemplo, que la legislación no es sólo una respuesta a las presiones de facciones²⁴ (así descritas en El Federalista N° 10) o que no reflejen las relaciones de poder existentes entre distintas posiciones.

Estas visiones distintas intentan difuminar la dificultad contramayoritaria sugiriendo que en realidad no existe dificultad alguna.²⁵ La postura es –algunas veces– apuntalada con la sugerencia que el así llamado proceso democrático está lleno de enfermedades democráticas.²⁶ Éstas incluyen: posibles disparidades en las influencias políticas, en razón a la salud, la raza, el sexo; la dificultad de agregar las diferentes preferencias de los legisladores, como podrían argumentar los académicos defensores del *Public Choice*;²⁷ la sobrerrespuesta ocasional del proceso político a la voluntad popular y su infrarrespuesta a grupos particulares; y el hecho que determinados grupos están bien organizados, y otros no.²⁸

Empero, todas estas posturas dependen por supuesto de un retrato controversial sobre las instituciones creadoras del Derecho, y un igualmente controvertido entendimiento de que la solución de defectos en dichas instituciones pueda ser encontrada en el control de constitucionalidad en vez de –por ejemplo– la

²³ Vid. *McCulloch v. Maryland*, p. 61, infra, y J. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), en que se extienden sobre este tema en particular.

²⁴ El Federalista N° 10, Fondo de Cultura Económica (1999).

²⁵ Michelman, *Fore Word: Taces of Self Government*, 100 Harv. L. Rev. 4, 75 (1986), para este autor, usando el caso norteamericano, “para los ciudadanos la política nacional no es imaginable en la arena de un autogobierno en su sentido positivo y liberador. Como una nación constituida, estamos, al parecer, necesariamente comprometidos con la separación soberana entre reglas y regentes. No así el legislador. El Presidente no es nosotros. No estamos “en” dichos órganos. Sus determinaciones no son nuestro autogobierno. Los jueces, superponiéndose a dichas decisiones, no se sustraen necesariamente nada de nuestra libertad, aunque dichos jueces tampoco son nosotros. sus acciones pueden aumentar nuestra libertas. Como siempre, todo depende”.

²⁶ M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review* 32 (1966). En esta lógica, este jurista ha señalado que: “El Legislador a quien la vieja, asquerosa y no democrática Suprema Corte supuestamente debe ceder tan reverencialmente por sus mayores virtudes democráticas, no es más que la gran masa de elementos mayoritarios-antimayoritarios, elegidos-designados, de interés general-interés especial, de responsabilidad-irresponsabilidad que componen la política nacional americana. Si estamos frente a una búsqueda de lo democrático, el dragón cada vez luce mejor y San Jorge cada vez peor”.

²⁷ K. Arrow, *Social Choice and Individual Values* (1951).

²⁸ Stone et al. *Constitutional Law*. Apsen Publishers (2005), p. 50.

reforma institucional del proceso político.²⁹ Así, el rol contramayoritario del tribunal pareciera ser una de sus funciones relevantes, aun entre quienes han manifestado cuestionamientos al fallo.³⁰

En definitiva, como las Constituciones son formulaciones de metaprincipios y metanormas que, por supuesto, no pueden quedar en proclamaciones inútiles, se hace indispensable el control de la regularidad o supremacía constitucional y el acceso a la justicia, común o constitucional, para tutelar la dignidad y los derechos humanos.³¹ En ese esquema, el texto político vigente pone como el primero de los derechos a proteger, el derecho a la vida. Nada puede impedir al Tribunal hacer la tarea que la Constitución le ha encomendado. Puesto a su conocimiento si determinada norma jurídica se adecua o no al texto constitucional, no puede obviar dicha labor, sin perjuicio de no contar con el apoyo ciudadano o de la opinión pública, ni aun de la mayoría política circunstancial.

Éste es precisamente el corazón del rol contramayoritario: El Estado de Derecho. Ya habrá lugar en el ágora política para debatir sobre el contenido de la citada garantía, pero no puede exigirse al Tribunal Constitucional eximirse de tal pronunciamiento, ni menos argumentar en contra de su rol cuando este no satisface las expectativas de una y otra facción.

6. Conclusión

Una sociedad libre necesita de medios permanentes de restricción de los poderes del gobierno sin que importe cuál pueda ser el objetivo particular del momento. El constitucionalismo y el Estado de Derecho, concebidos como mecanismos reales de defensa de la persona contra su propio Estado, significan no solo la regulación del poder, sino el fundamento de la libertad.

El rol que cumple el Tribunal Constitucional en la sentencia de la “píldora del día después” no es otra cosa que la idea democrática de construir un gobierno de leyes y no de hombres. Lo anterior implica resistir la crítica cómoda, la que muchas veces es contradictoria.

En ese orden de ideas, la decisión del Tribunal, lejos de ser paternalista, delimita el campo de decisión que los órganos del Estado, ya que bajo ese prisma se

²⁹ Stone et al. *Constitutional Law*. Aspen Publishers (2005), p. 50.

³⁰ I. Sierra, ya citado, y Juan Enrique Vargas, quien señala que la finalidad principal de un sistema judicial es la protección de los derechos humanos, donde deben respetarse en la actuación del Estado y en la convivencia social, donde los tribunales deben cumplir este rol contramayoritario. <http://www.juanenriquevargas.cl/wordpress/wp-content/uploads/ddhh-como-indicador-de-impacto-de-la-ref.pdf>.

³¹ Cea Egaña, José Luis, “El control de constitucionalidad de actos legislativos como avance y futuro del constitucionalismo”, *Revista de Derecho Público*, XXXI Jornadas Chilenas de Derecho Público, Tomo I, p. 433.

les impide ir más allá de normas más permanentes y generales como la propia Constitución. Y aun cuando se le considerara que trabaja bajo un prisma limitativo o de "paternalismo libertario", su decisión no es en nada distinta a la que los mismos órganos de la administración toman sobre materias fundamentales todos los días, sólo que con menos discrecionalidad y más transparencia que la Administración.

Por otro lado, el Tribunal ha reafirmado su rol contramayoritario. Puede que exista un efecto no querido en el hecho de que unos pocos (que no responden necesariamente a la mayoría de turno) tengan la facultad de invalidar lo que ésta ha decidido por cierta autoridad que, supuestamente, representa al poder mayoritario. Pero ese es quizás el elemento central del que hablaba Epstein de comunión entre Democracia y Estado de Derecho. Los límites diseñados en la Constitución, de la que el TC es sumo intérprete, intentan evitar que las mayorías puedan llegar a ser despóticas. Porque si hay algo por sobre la voluntad mayoritaria (y la deferencia inicial al Ejecutivo de turno), son los derechos individuales, en especial el derecho a la vida. De ahí que la tarea del Tribunal Constitucional sea resguardar los derechos de una supuesta minoría frente a la mayoría de turno, esperando que sea una "mayoría más permanente" la que pueda tomar una decisión de mayores alcances en el tiempo, mediante una eventual reforma constitucional.