

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2005

PONENCIAS EN
BUENOS AIRES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / Nº 23 / 2005



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2005

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 23
2005

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las
Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo
Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco,
Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima
Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile,
Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de
Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de
Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se
llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2005

PONENCIAS EN BUENOS AIRES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23, correspondiente a 2005. Sin perjuicio de su sección habitual de *Estudios*, este volumen reproduce la versión escrita de algunas de las ponencias de autores chilenos que fueron presentadas en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires. Cabe señalar que la segunda de tales Jornadas, efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Santiago, desde el 20 al 22 de octubre de 2006, coincidió con la aparición de este *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23.

Esta obra contiene también una sección de *Necrologías*, en la que se recuerda a Aleksander Peczenik y Luiz Luisi.

El número 24 de nuestro Anuario, correspondiente a 2006, aparecerá en 2007, y contendrá las ponencias presentadas en la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentino de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, en especial las 12 leídas en el igual número de sesiones plenarias de la Jornada.

Este y demás números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, Chile, o bien a asquella@vtr.net

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

PONENCIAS *

* Ponencias presentadas por algunos de los participantes chilenos en la Primera Jornada argentino-chilenas de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Buenos Aires, 2004.

finalidad de esta ley se cumplirá plenamente, que los jueces reconocen efectivamente la existencia de estos derechos e intereses y que iniciadas acciones colectivas, serias y fundamentadas, éstas serán acogidas por nuestros tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

- AIMONE Gibson, Enrique, "Derecho de Protección al Consumidor".
 BARRIOS de Angelis, Dante, "Introducción al estudio del proceso".
 FERNÁNDEZ Fredes, Francisco, "Manual de Derecho Chileno de protección al consumidor".
 PILOWSKI Roffe, Amiti, "Derechos colectivos e intereses difusos".

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN CHILE Y SUS FACTORES CAUSALES: ANÁLISIS A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CASO *

BEATRIZ LARRAÍN M. **

I. INTRODUCCIÓN

En el concepto tradicional de la labor del juez, éste es la "boca muerta" a quien sólo toca aplicar la ley que el legislador ha dictado previamente y a quien no corresponde crear nuevas normas. No tiene ningún rol creativo y su labor es una labor neutra en el sentido que el juez no debe introducir en la resolución de las controversias sus valores o creencias personales y debe decidir estrictamente en función del texto de la ley. Bajo esta noción, aceptar que el juez es un ser humano que tiene sus propios valores y sentimientos que lo guían al decidir las causas y que por lo tanto pueda ejercer un rol más activo y político, es impensable. Con todo, esta idea clásica no refleja hoy en día la realidad judicial y política.

* Artículo realizado con el financiamiento del proyecto de investigación denominado "Tendencias en los Fallos sobre Recurso de Protección en la Corte de Apelaciones de Concepción", número 99.55.02-1, de la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción.

** Universidad de Concepción, Chile. E-mail: blarrain@udec.cl

Hace ya varios años que existen teorías o paradigmas de estudio que reconocen que la realidad de la decisión judicial es muy distinta a la del dogma del juez "boca muerta". Existe hoy una amplia línea de investigación llevada a cabo en un principio por juristas y científicos políticos norteamericanos sobre la realidad norteamericana. En la última década se han llevado a cabo también estudios sobre la realidad europea por estudiosos americanos a quienes se han sumado también los propios europeos. Entre estos nuevos temas y enfoques que hoy se investigan se encuentran el activismo judicial y la judicialización de la política¹.

1. A más de la judicialización de la política y el activismo judicial, hoy se estudian mucho otros temas relativos a la actividad del juez con enfoques provenientes de las ciencias sociales, que dejan de lado la mirada típicamente legalista. En nuestro medio son poco conocidos. Entre estos nuevos temas que hoy se investigan se encuentran, entre otros, el de cómo los valores o actitudes del juez determinan su decisión. Ver por ejemplo las obras pioneras: G. SCHUBERT, *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices*, 1946-1963, Northwestern University Press, Illinois, 1965 y su posterior versión G. SCHUBERT, *The Judicial Mind Revisited*, Oxford University Press, New York, 1974. Una versión más moderna de esta teoría la encontramos en J. SEGAL y H. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, Cambridge University Press, New York, 1993 y en su posterior versión J. SEGAL y H. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model: Revisited*, Cambridge University Press, New York, 2002. Igualmente la "elección racional" de los jueces y las estrategias que usan al interactuar entre sí para lograr resultados favorables es un amplio campo de estudio. Una excelente sinopsis de este paradigma se encuentra en: L. EPSTEIN y J. KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Congressional Quarterly Press, Washington DC, 1998. Igualmente ver: L. EPSTEIN y J. KNIGHT, *Field Essay: Toward a Strategic Revolution in Judicial Politics: A Look Back, A Look Ahead*, "Political Research Quarterly" 53 (2000), pp. 625-661, para una reseña de la literatura en el tema. Para aplicaciones de este modelo a algunas Cortes europeas ver: G. VANBERG, *Abstract Judicial Review, Legislative Bargaining, and Policy-Compromise*, "Journal of Theoretical Politics" 10 (1998), pp. 299-326; G. VANBERG, *Establishing Judicial Independence in West Germany: The Impact of Opinion Leadership and the Separation of Powers*, *Comparative Politics*, 32 (2000), pp. 333-353. Otro campo importante de estudio busca determinar cómo las limitantes institucionales actúan sobre el juez. Ver en esto a C. CLAYTON y H. GILLMAN (editores), *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*, University of Chicago Press, Chicago, 1999; R. SMITH, *Political Jurisprudence, "The New Institutionalism", and the Future of Public Law*, "The American Political Science Review", 82 (1988), pp. 89-108. Igualmente existen estudios

En cuanto a los últimos aspectos mencionados, activismo y judicialización, se trata de dos tópicos que van de la mano. Si bien es cierto se discute mucho qué implica realmente el activismo judicial, en términos simples se puede describir como aquella actitud del juez que implica ir más allá de las meras palabras de la ley al decidir un caso si es que esto es necesario para proteger los derechos de los individuos. La consecuencia de la labor de jueces activistas es la creación de amplias políticas públicas a través de sus decisiones².

En cuanto a la judicialización, la palabra "judicializar", en términos amplios, significa tratar algo judicialmente, someter una controversia a la decisión de un juez. Luego, el término "judicialización de la política" se refiere a la expansión del poder de las cortes o jueces a expensas de los poderes políticos tradicionales, entiéndase parlamento, gabinetes ministeriales, agentes de la administración del estado, etc.³. En otras palabras, la judicialización de la política describe el fenómeno consistente en que el juez resuelve asuntos de tipo político-valórico, que según el concepto tradicional de la separación de los poderes y de las teorías democráticas clásicas debieran ser resueltos por quien ha sido elegido para ello, normalmente por el parlamento.

En Chile, la literatura que existe en el tema es escasa, y quienes se han aventurado a escribir sobre el tema lo han hecho entendiendo la

de cómo la extracción social del juez influye en la forma en que toma sus decisiones. Por ejemplo: C.N. TATE, *Personal Attribute Models of Voting Behavior of US Supreme Court Justices: Liberalism in Civil Liberties and Economic Decisions 1946-1978*, "American Political Science Review", 75 (1981) p.355-361; S. GOLDMAN, *Voting Behavior on the United States Courts of Appeal Revisited*, "American Political Science Review", 69 (1975), pp. 491-506; S. ULMER, *Dissent Behavior and the Social Background of Supreme Court Justices*, en "The Journal of Politics", 32, (1970), pp. 580-598. Un estudio sobre el *background* social de los jueces en España en J. TOHARIA, *El Juez Español. Un análisis sociológico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.

2. Ver K. HOLLAND (editor), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, St. Martin's Press New York, 1991.
3. Ver T. VALLINDER, "When the Courts go Marching In", capítulo en C. TATE y T. VALLINDER (editores), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, pág. 13.

judicialización de la política como la judicialización de la política partidista, que no es exactamente el sentido que se le ha dado por la sociología jurídica o por la ciencia política extranjera, y que ya hemos indicado. Predominan en este tema columnas de opinión en los periódicos y también en diversos sitios de internet⁴.

II. EL MODELO DE JUDICIALIZACIÓN DE TATE Y VALLINDER

Una explicación global del tema, al igual que estudios sobre la judicialización de la política en más de una docena países, se encuentra en el libro editado por dos científicos políticos: uno norteamericano y el otro sueco, en la obra que se ha convertido en el paradigma de estudio en la materia: *"The Global Expansion of Judicial Power"*. Tomando como base los diversos estudios presentados en el libro, los autores hacen un análisis de los factores más relevantes que llevan a la judicialización de la política.

Entre estos tenemos, en primer término, algunos factores internacionales tales como la democratización ocurrida durante la década de los noventa en países latinoamericanos, africanos y asiáticos, que ha significado la construcción de nuevos órdenes nacionales, proceso en el cual se ha estimado, en general, de suma importancia la creación de órganos judiciales fuertes e independientes, capaces de proteger adecuadamente los derechos humanos. Igualmente, la caída de los sistemas comunistas en Europa del Este y la desaparición de la Unión So-

4. Ver por ejemplo, H. MUÑOZ, *¿Que pasó en Chile?*, junio 2003, en www.chile21.cl/medios/PDF/25a5.pdf; A. ELIZALDE, *¿Es Chile un País Corrupto?*, junio 2004, en www.sociedadcivil.cl; INSTITUTO LIBERTAD Y DESARROLLO, *¿Están en Peligro las Instituciones Democráticas?*, mayo 2003, en www.lyd.org/biblioteca/pdf/625estan.pdf; F. ZERAN, *Los Poderes Seducen y se Politiza la Justicia*, (entrevista a Clara Szczaranski, presidenta del Consejo de Defensa de Estado Chileno), julio 2004, en www.portaldelpluralismo.cl; J. COUSO, *La Judicialización de la Política en Chile*, mayo 2003, en www.expansiva.cl; S. MICCO, *La Judicialización de la Política en Chile*, abril 2004, en www.asuntospublicos.org.

viética, dejando a los EE.UU., (la cuna de la judicialización de la política,) la gran superpotencia, como un modelo a seguir⁵.

En relación con los factores nacionales de cada país se identifican los siguientes:

1. La democracia: Se considera un factor esencial para el desarrollo de la judicialización. Es difícil imaginar un régimen dictatorial que desee permitir la participación de jueces independientes (al menos nominalmente independientes) en la resolución de conflictos político-valóricos.

La separación de poderes, que en la visión tradicional podría ser considerado un elemento necesario para la judicialización ya que sólo en un sistema de separación de poderes el poder judicial tendría la posibilidad de reafirmar su poder ante las demás ramas del Estado, es considerado más bien como un obstáculo a la judicialización. Las razones de esto son dos: por un lado, en el sistema de separación de poderes el juez no debe crear derecho, sino simplemente aplicar la norma dictada previamente por el legislador. Por otro lado, en este sistema los jueces no están obligados a resolver temas políticos que otras ramas del Estado no han resuelto.

2. Políticas de protección a los derechos personales: La toma de conciencia del hecho que los individuos y las minorías tienen derechos que pueden ser defendidos judicialmente, ha sido un factor crucial en esta tendencia judicializadora. El hecho que es labor de los tribunales proteger estos derechos, aún en contra del deseo de las mayorías, significa que éstos quedan en una posición particularmente favorable para expandir su poder.

3. Uso de los tribunales por grupos de interés: La expansión del poder de los tribunales ha sucedido en un cierto contexto político y social. Los grupos de interés con frecuencia han usado las Cortes como una vía para evitar los procesos de toma de decisiones que se adhieren a

5. Ver a este respecto el interesante artículo R. D. KELEMEN y E. SIBBIT, *The Globalization of American Law*, en "International Organization", Vol. 58, 2004, páginas 103-136.

la regla de la voluntad mayoritaria, procesos que no presentan para ellos ninguna ventaja⁶.

4. Uso de los tribunales por la oposición política: La oposición utiliza los tribunales como una forma de obstaculizar al gobierno. Si la oposición puede redefinir un conflicto, transformándolo de un conflicto netamente legislativo a un conflicto en el cual un "derecho" ha sido violado, entonces el conflicto se traslada de un foro en el cual la regla de las mayorías es aplicada (como en el parlamento) a un foro en el cual se reconocen los derechos de las minorías, derechos que pueden ser defendidos aun en contra de la voluntad mayoritaria, por instituciones no mayoritarias como los tribunales.

5. Instituciones poco efectivas: Íntimamente ligado al punto anterior, nos encontramos con que estas oposiciones políticas pueden tener mayor o menor éxito en llevar estos conflictos ante los tribunales y el éxito o fracaso se puede explicar también en un ambiente de partidos políticos débiles y de coaliciones gobernantes también débiles. Cuando el ejecutivo no es capaz de gobernar con el apoyo de partidos políticos fuertes y de apoyo de la mayoría parlamentaria, no va a tener la fuerza necesaria para desarrollar políticas exitosas apoyadas por la opinión pública y por lo tanto no va a tener la fuerza para salir victorioso de los cuestionamientos judiciales que se presenten.

6. Percepción del gobierno: Si el público ve al ejecutivo y al legislativo como ramas estáticas o inoperantes tendrán una mayor motivación para llevar sus problemas ante los jueces. En general para que exista judicialización, los jueces deben ser percibidos como expertos en las materias a resolver y como correctos al emitir sus decisiones.

6. Este marco teórico discurre sobre la base de lo que llaman en inglés "majority rule" o la regla de la mayoría. La traducción al castellano de "majority institution" a "instituciones mayoritarias" debe entenderse en el sentido de institución que se rige acatando la voluntad de las mayorías. En este sentido los tribunales de justicia no son considerados órganos mayoritarios ya que en ellos el proceso de toma de decisiones no sigue (necesariamente) la voluntad de la mayoría. Igualmente, se les considera no mayoritarios ya que no han sido elegidos por una voluntad mayoritaria y por lo tanto no responden ante los electores en elecciones populares.

7. Delegación (voluntaria) de parte de las instituciones: En muchas ocasiones son las instituciones políticas mayoritarias las que no desean asumir el costo político de decidir ciertos temas y delegan en los tribunales.

Tras la identificación de estos factores, Tate y Vallinder se preguntan finalmente si la expansión del poder de los tribunales o la judicialización de la política es positiva o negativa para la sociedad y para la democracia. En respuesta a esta difícil pregunta y a primera vista, pudiera parecer que se trata de un fenómeno positivo ya que provee a los individuos de un foro donde acudir para solicitar la protección amplia de sus derechos. Sin embargo, y considerando el asunto con una mirada más crítica, Tate y Vallinder plantean sus aprehensiones con respecto al impacto que la judicialización tiene sobre las instituciones democráticas y sobre el supuesto democrático que la vida ciudadana en general debe regirse por la voluntad de las mayorías. Al efecto, el mayor problema se suscita cuando por medio de la judicialización se impone la voluntad de algunas elites de minoría que no son representativas. A su vez ante este problema de la imposición de la voluntad de estas minorías a las mayorías, surge uno de los dilemas más difíciles de resolver de las democracias modernas, cual es el de la adecuada protección de los derechos de las minorías. Pareciera ser que para ello la labor de los tribunales es fundamental y así volveríamos al principio de la discusión, estimando que en realidad este poder de los tribunales es positivo. La interrogante no fácil de resolver y pareciera ser que la respuesta encierra una cierta circularidad. Sobre esto volveremos más adelante.

III. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN CHILE : EL CASO DE LA "PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS"

En Chile ha ocurrido efectivamente un proceso de judicialización de la política que, al igual que la tendencia mundial, ha ido en aumento. Los ejemplos abundan: censura a películas, violaciones de los derechos de los individuos por parte de las ISAPRES⁷, derechos de los cho-

7. Instituciones privadas que otorgan seguros de salud para los chilenos que eligen el sector privado para su cobertura de salud. La afiliación a un sistema previsual de salud, sea al público o al privado, es obligatorio en Chile.

feres de locomoción colectiva frente a la licitación por parte del Estado de los recorridos del transporte público, derechos de los niños cuando han sido expulsados de los colegios, entre otros.

Sin duda que un instrumento jurídico introducido por la Carta Fundamental de 1980, el recurso de protección⁸, ha facilitado esta expansión del poder de los tribunales. A partir del uso masivo que se le ha dado a este recurso, muchos han hablado de la "constitucionalización del derecho en Chile", para referirse a aquel proceso que significa un uso directo de las normas de la Constitución en juicio y la infiltración de conceptos constitucionales a ramas del derecho típicamente ajenas, tales como el derecho civil.

En el presente trabajo analizaré un caso en el cual aún no se ha dicho la última palabra en Chile, y en el cual, a mi entender, se ven bien ilustrados algunos de los factores identificados por Tate y Vallinder en su esquema y que además permite hacer un análisis acerca de la conveniencia o no para la sociedad de la judicialización de la política. Este es el caso de la denominada píldora del día después o anticonceptivo de emergencia.

El primer juicio en torno a esta píldora se produce en el año 2001⁹. Al efecto, una serie de ONGs, interponen un recurso de protección por medio del cual buscaban prohibir la comercialización de la llamada píldora del día después o anticonceptivo de emergencia. El fundamento de esta oposición se encontraba en una serie de normas tanto constitucionales como legales que tienen por objeto proteger el derecho a la vida del recién nacido y del que está por nacer. La píldora, alegaban ellos, puede tener un efecto abortivo, toda vez que su efecto sería impedir la implantación del óvulo fecundado. Esto, a la luz de la normativa chilena constituiría aborto, el cual está penado por la ley en todas sus formas.

8. Calificado más que como un recurso como una acción cautelar de derechos fundamentales.

9. En los párrafos que siguen he intentado resumir lo fundamental de los argumentos al igual que de lo resuelto por los tribunales. Por lo tanto, el detalle jurídico y médico (de lo cual están repletos los recursos y fallos) lo he omitido.

El recurso fue dirigido en contra del ISP (Instituto de Salud Pública), organismo dependiente del Ministerio de Salud de Chile, que había autorizado la comercialización de la píldora. Este organismo alegó que el efecto de la píldora no es abortivo toda vez que lo que impide la píldora es la anidación del óvulo fecundado. Sólo al momento de la anidación se produce propiamente tal el embarazo y, por lo tanto, sólo desde ese momento en adelante es dable hablar de aborto. Antes no.

En definitiva, en fallo de 28 de mayo de 2001, la Corte de Apelaciones de Santiago negó lugar al recurso interpuesto, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Ante esto, las ONGs recurren apelando ante la Corte Suprema. En total se suman 6 ONG contrarias a la comercialización de la píldora. Otras 11 ONG que estaban a favor de la píldora intentan adherirse al recurso de protección pero en definitiva no son aceptadas como terceros en la causa¹⁰.

Con los argumentos que ya se habían planteado, le quedaba a la Corte Suprema la difícil tarea de determinar el momento en que comenzaba la vida humana y por lo tanto el momento en que comenzaba la protección constitucional que se debía dar a dicha vida.

En esta oportunidad, la Corte Suprema revoca el fallo de la Corte de Apelaciones¹¹, señalando que el que está por nacer, cualquiera sea su etapa de desarrollo tiene derecho a la vida y por lo tanto derecho a protección constitucional. Por ello, se ordena la anulación del registro que autorizó la venta del fármaco. En definitiva gana la postura de los grupos contrarios a la píldora. Este fallo fue dividido en votos, 3-2.

10. Las ONG a favor de la píldora eran: Asociación de Protección a la Familia, Casa de la Mujer de Valparaíso, Centro de Estudios de la Mujer, Corporación La Morada, Corporación de Salud y Políticas Sociales, Fundación Instituto de la Mujer, Fundación Ideas, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, Movimiento de Emancipación de la Mujer Chilena, Red Latinoamericana de Mujeres y del Caribe. Las contrarias eran: Frente por la Vida y la Acción Solidaria, Centro Juvenil Ages, Movimiento Nacional por la Vida Antukuyen, Movimiento Mundial de Madres, Centro Internacional para la Vida Humana, Organización de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudios sobre la Mujer.

11. Fallo de fecha 30 de agosto de 2001, rol número 2186-2001.

Luego, resurge la polémica ante la autorización y comercialización de una segunda píldora, con el mismo principio activo que la primera, pero bajo otro nombre de fantasía. Esta vez se dispuso por el gobierno de Chile la distribución gratuita de la píldora para las víctimas de violaciones y delitos sexuales en los centros de salud públicos, inclusive en aquellos que dependen de las Municipalidades.

Nuevamente, los grupos de interés acuden ante los tribunales. El grupo llamado Centro Juvenil Ages, que ya había participado en el primer recurso, interpone una acción de nulidad de derecho público ante un juez de primera instancia.

El 30 de junio del presente año el tribunal acogió la demanda¹², declarando nula la autorización dada por el ISP a este nuevo fármaco y ordenó el retiro del fármaco de los lugares de venta y expendio. El Ministerio de Salud recurrió ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la cual el 29 de julio del presente dictó una orden de no innovar en el proceso, lo cual significa suspender por ahora el efecto de esta sentencia hasta que no se falle el fondo del asunto por la Corte de Apelaciones. En definitiva, esto significa que continúa el *status quo* en la materia, es decir, se puede seguir expidiendo gratuitamente y comercializando en los hechos hoy en Chile.

La polémica no se ha quedado ahí, sin embargo. Mientras todos esperan la resolución de la Corte de Apelaciones de Santiago, el gobierno y la oposición (específicamente los alcaldes pertenecientes a partidos políticos de oposición) han sostenido un duro debate. Los alcaldes de la oposición han expresado su negativa a distribuir gratuitamente la píldora en sus comunas, fundándose en que la píldora es abortiva y que ingerirla implica atentar contra la vida del que está por nacer. El gobierno, por su parte, a través del Ministro de Salud, ha expresado que los alcaldes que se nieguen a entregar esta píldora se podrían ver expuestos a sumarios y a recortes presupuestarios internos. Ante esto, la Unión Demócrata Independiente (UDI), partido de oposición y al cual pertenecen muchos de los alcaldes que se oponen a la píldora, anunció la (posible) presentación de recursos de protección ante los tribunales e incluso un requerimiento ante el Tribunal Constitucional Chileno.

12. Fallo de fecha 30 de junio de 2004, del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago.

Comentarios:

Desde luego, el caso presenta una serie de dificultades para el juez que van más allá de una mera interpretación y aplicación del texto de la ley. Ante un tema que trasciende lo meramente jurídico, ante el cual la evidencia científica aparece como contradictoria o al menos como calificando de diversa forma los fenómenos biológicos; en el cual se encuentran en pugna actores políticos importantes; en el cual hay también valores sociales y morales en pugna, el juez no es ni puede ser “boca muerta” de nada. Sin duda que estamos ante una realidad que la teoría tradicional no puede siquiera comenzar a explicar.

Pasando ahora a identificar los factores que favorecen la judicialización, de acuerdo al esquema de Tate, muchos de ellos se ven ilustrados aquí.

1. El uso de los tribunales por medio de grupos de interés queda demostrado con la evidencia de los múltiples grupos, tanto a favor como en contra de la píldora, que recurrieron en las causas. De hecho, de no ser por la actividad de estos, la contienda judicial no se habría suscitado.

2. El uso de los tribunales por la oposición política está potencialmente latente toda vez que se ha manifestado por parte de la oposición la intención de recurrir ante los tribunales ordinarios o bien ante el Tribunal Constitucional en caso de ser los alcaldes obligados a distribuirlos en los consultorios de salud de sus Municipalidades. Aún más, se podría alegar que ya ha habido un uso de los tribunales por la oposición política toda vez que la gran mayoría de los grupos contrarios a la distribución de la píldora están relacionados con los partidos políticos que en este momento son la oposición en Chile.

3. El uso de un lenguaje que hace referencia a “derechos”, el “arropar” los conflictos sociales bajo un discurso que hace referencia a los derechos, está presente también. Claramente quienes se oponen a la distribución de la píldora lo plantean en términos que el conflicto se centra en torno a ciertos derechos protegidos constitucionalmente tales como el derecho a la vida. Esto no significa que no hayan planteamientos médicos o técnicos de por medio. De hecho, el cúmulo de la eviden-

cia científica aportada en las causas es enorme. Pero, a pesar de ello, lo medular es presentado como una serie de derechos fundamentales que estarían siendo violados.

4. Hay un factor de los identificados en el marco teórico que no se refleja en la judicialización chilena y es el que dice relación con la buena imagen del poder judicial que tendrían los ciudadanos y que los motivaría a acudir a los tribunales. En Chile, la opinión ciudadana con respecto al poder judicial es mala. De acuerdo a las encuestas de opinión pública realizadas por diversas instituciones nacionales e internacionales, ligadas a distintos sectores ideológicos y políticos, el poder judicial es una de las instituciones públicas en las que menos confían los chilenos. Al efecto entre el 70 y el 80 % de los chilenos desconfían de los tribunales, a pesar de reconocer que sobornar a un juez en Chile es difícil o casi imposible¹³. Esto nos lleva a pensar que los principales problemas que los chilenos ven en la justicia dicen relación con factores tales como su ineficiencia, falta de oportunidad de sus resoluciones, falta de fundamentación adecuada de sus resoluciones, entre otros.

A pesar de ello, se presenta otro elemento particular de la realidad chilena que sí ha contribuido a la judicialización y que quizás en cierta forma viene a paliar la falta de confianza en los tribunales. Este elemento es el aumento en el número de abogados que ha experimentado Chile en las últimas décadas. Al efecto, al principio de la década de los ochenta existían en Chile 5 carreras de derecho. Hoy en día, según cifras del Consejo Superior de Educación dependiente del Ministerio de Educación, en Chile se ofrecen 109 carreras de derecho¹⁴. En

13. Fuente: Para este porcentaje tomé en cuenta las siguientes encuestas: Encuestas Latinobarómetro 2004, disponible en www.latinobarometro.org; Fundación Chile 21 Encuesta de Opinión Pública n° 2: Opiniones y recepciones sobre los Derechos Ciudadanos 2001, disponible en www.chile21.cl; CIMA (Consorcio Iberoamericano de Empresas de Investigación de Mercados y Asesoramiento) Barómetro de Gobernabilidad 2004, disponible en www.cimaiberoamerica.com; CEP (Centro de Estudios Públicos de Chile) encuestas de opinión pública realizadas entre los años 2004 y 1990, disponibles en www.cepchile.cl

14. Fuente: Publicación "Índices", del Consejo Superior de Educación dependiente del Ministerio de Educación Chileno, disponible en su página web www.cse.cl

efecto, el año 1980 la Corte Suprema otorgó el título de abogado a 267 personas¹⁵ y en el año 2003 se le otorgó a 1.244 personas¹⁶. Es decir, en poco más de dos décadas ha habido un aumento del 600 %, porcentaje que por cierto no corresponde ni al aumento de la población chilena ni al aumento de las fuentes laborales. En este escenario parece ser aplicable una simple lógica: a mayor número de abogados, mayor cantidad de requerimientos ante los tribunales de justicia.

Críticas y algunas conclusiones:

Para abordar ahora la crítica realizada por Tate y Vallinder a la judicialización, cabe preguntarse entonces cuán representativos son estos grupos de la opinión de los chilenos ante este fármaco. Basándose en encuestas de opinión pública realizadas por diversos organismos chilenos, ligados a distintas tendencias políticas e ideológicas, es posible concluir que entre un 64% y un 82 % de los chilenos aceptan la píldora del día después y su distribución gratuita por parte del gobierno¹⁷. Es decir, claramente una mayoría.

En el caso en comento, al menos, aparece que la judicialización estaría lesionando de alguna forma la norma democrática de respeto a la voluntad de las mayorías y se estaría imponiendo la voluntad de elites minoritarias.

15. Fuente: estadísticas de la Corte Suprema Chilena publicadas en el discurso inaugural del año judicial 1981, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile el día 14 de marzo de 1981.

16. Fuente: estadísticas de la Corte Suprema Chilena publicadas en el discurso inaugural del año judicial 2004, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile el día 5 de marzo de 2004.

17. Encuestas realizadas Fundación Chile 21, Encuesta de Opinión Pública N° 14: Opiniones sobre la píldora del día después, mayo 2004, disponible en www.chile21.cl; Centro de Estudios Públicos de Chile, Estudio Nacional de Opinión Pública junio-julio 2004, disponible en www.cepchile.cl; Encuesta realizada por el Centro de Ética de la Universidad Alberto Hurtado, 2001, Juicio Ciudadano: Píldora del Día Después y Ley de Divorcio, recopilada en T. MIFSUD SJ, *Agenda Valórica en Chile: Sugerencias para el Diálogo*, Santiago, Editorial Santillana, 2002.

Sin embargo, y como ya lo apuntábamos, el tema no es tan simple de resolver ya que nos enfrentamos a uno de los problemas más difíciles de resolver de las democracias modernas, que es la protección de los derechos de las minorías. Al efecto, podemos estar en desacuerdo con que los tribunales chilenos prohíban la distribución de la píldora por no ajustarse al deseo de las mayorías y por estimar que su no entrega gratuita constituye una forma de discriminación en contra de las mujeres de menos recursos ya que las mujeres con más medios económicos siempre podrán comprarla libremente en farmacias. Se puede estimar igualmente que los derechos de estas minorías quedan adecuadamente protegidos porque a nadie se le impone usar la píldora. Quien estima que no debe hacerlo simplemente no lo hace.

Sin embargo, ¿qué sucedería en un caso en que las minorías no tuvieran otra forma de protegerse que acudiendo a los tribunales de justicia? Es el caso de minorías étnicas, religiosas, políticas o ideológicas que busquen refugio en los tribunales en contra de las violaciones a sus derechos. ¿Estimaríamos aquí que la judicialización de la política es negativa? Parece ser que en este caso contestaríamos de otra forma.

Al menos parte de la respuesta pareciera girar en torno a determinar qué tipo de minorías recurren ante los tribunales. Si se trata de minorías que están efectivamente en peligro y que no tienen otra mejor forma de buscar protección, entonces un poder judicial fuerte que decida asuntos políticos aparece como conveniente y necesario. En el caso en comento esto parece no suceder ya que la ingesta de la píldora no es obligatoria y quien cree que lesiona sus derechos no necesita hacer uso de ella.

Por otro lado, existe otro fenómeno descrito por la profesora Mary Ann Glendon¹⁸ que es el que se da cuando en el discurso público se utiliza el lenguaje de los "derechos" para enmarcar los fenómenos o conflictos sociales. Esto ha sido descrito en la realidad política y pública de los Estados Unidos y podría servirnos para hacer otro juicio crítico a la judicialización. Recordemos que en el esquema de Tate y Vallinder, uno de los elementos que contribuye a la judicialización es una política

18. M. GLENDON, *Rights Talk: The Empowerment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991.

de derechos o una toma de conciencia de la existencia de derechos que pueden ser protegidos por los tribunales. Esto implica encuadrar todos los conflictos dentro de un marco que implica la existencia de derechos que han sido violados. Según Glendon este lenguaje de "derechos" ha invadido el discurso público y ha trascendido a todos los niveles de la vida pública. Se ha convertido este en el lenguaje principal con el cual se abordan problemas básicos de qué está bien y qué está mal. Glendon postula que este fenómeno es negativo ya que este discurso una y otra vez resulta inadecuado en sí para resolver temas importantes y eventualmente lleva a la confrontación de un derecho con otro, a la vez que lleva a una casi "afasia" en lo relativo a los deberes y responsabilidades de los individuos en sociedad.

Para solucionar lo negativo de la judicialización, Tate y Vallinder abogan por el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Por mi parte, creo que cabe la siguiente reflexión: ¿queremos, como sociedad, que los tribunales de justicia resuelvan temas tales como el comienzo de la vida? Por otro lado, ¿qué podemos hacer para (como lo sugiere Tate y Vallinder) fortalecer nuestras instituciones democráticas y otras vías de solución de conflictos? Creo que, entre otras cosas, es necesario promover una cultura de tolerancia en la cual se eduquen todos partiendo desde la infancia. De esta forma, se podría tender a un debate social más amplio, en el cual, dejando de lado quizás en parte el discurso referente a "derechos", se enmarquen los conflictos con los calificativos que correspondan. De esta forma, interrogantes como el tipo de conflictos que queremos que decidan los tribunales podrían ser debatidos como sociedad.

Por otro lado, parece ser que cada caso presenta particularidades que ameritan ser consideradas para poder hacer un juicio de valor completo acerca de las ventajas y desventajas de la judicialización de la política.