

¿QUÉ DESACUERDOS VALEN? LA RESPUESTA LEGALISTA

Fernando Atria Lemaitre (*)

A propósito del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado sobre las reformas a la Constitución de 1980¹ es útil considerar el modo en que las relaciones entre el derecho y la política son dibujadas.

En este texto quiero diagnosticar la visión que los senadores de la Comisión manifestaron en ese informe. Corriendo el riesgo de caricaturizar un poco, llamaré a esa visión legalismo: la visión legalista de la relación entre el derecho y la política es que el primero es manifestación de la justicia y la razón, mientras que la segunda es manifestación de la pasión y el interés². El informe de la Comisión es un texto extraordinariamente claro en este sentido, de modo que su análisis nos permitirá ver los supuestos y consecuencias de esta manera de entender el derecho y la política.

La visión legalista descansa sobre la idea de lo que Coke llamó ‘razón artificial’ (al oponerse a la pretensión del rey de juzgar personalmente cualquier caso):

(*) Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Chile, 1994); Ph D (University of Edinburgh, 1999). Profesor asistente, Universidad de Talca. Este texto es parte de una investigación que cuenta con el respaldo de FONDECYT (proyecto 1010461)

¹ Boletines NN° 2.526-07 y 2.534-07. Las referencias a este informe se insertan en el cuerpo de este texto indicando solamente el número de página entre paréntesis.

² Aquí estoy usando la expresión ‘legalismo’ en el sentido de Judith Shklar, **Legalism** (Cambridge, MA: Harvard University Press, rev edn 1986; orig edn 1964 [**Legalismo**, Buenos Aires: Omeba, 1968]) p. 111 [p. 125]: “la política es considerada no sólo como algo aparte del derecho, sino que inferior al derecho. El derecho tiende a la justicia, mientras que la política mira solamente a la conveniencia. El primero es neutral y objetivo, mientras la segunda es el hijo descontrolado de intereses e ideologías”.

El rey no puede decidir caso alguno personalmente; ellos deben ser decididos en alguna corte de justicia, de acuerdo a las leyes y costumbres de Inglaterra. Es verdad que Dios ha dado a su majestad muchos talentos naturales; pero Su Majestad no ha sido educado en las leyes de Inglaterra, y las causas en las que se discute la vida, o la herencia, o la propiedad, o la fortuna de sus súbditos no pueden ser decididas por razón natural sino por la razón artificial del derecho, derecho que es un arte y que requiere largo estudio antes de que un hombre lo conozca³.

En la visión legalista, desacuerdo político y desacuerdo jurídico son distintas cosas. El desacuerdo jurídico es consecuencia del hecho de que la razón artificial del derecho es, pasado cierto punto, indeterminada. Cuando dos personas ilustradas en el manejo de la razón artificial están en desacuerdo, lo que ocurre no es que cada una de ellas esté tratando de obtener alguna ventaja; se trata de que la razón artificial del derecho no es suficiente para solucionar el problema. El desacuerdo nos indica los límites de esa razón artificial, y por eso debe tomarse en cuenta con seriedad.

Por su parte, el desacuerdo político se explica por el interés y la pasión que obscurce el uso de la razón natural. Cuando dos agentes políticos están en desacuerdo, no se trata de que la razón natural sea indeterminada; se trata de que el recto uso de la razón natural está siendo tergiversado por los intereses y las pasiones de al menos una de las partes.

1

La manera de solucionar conflictos suscitados por pasiones e intereses es mirar esos problemas excluyendo las pasiones e intereses. En otras palabras, entregarle la decisión a jueces imparciales. Si la razón por la que A y B están en desacuerdo es que el juicio de al menos una de las partes está nublado por su pasión y su interés, la recomendación institucional obvia es remover el conflicto suscitado por el desacuerdo de su hábitat natural y disponer las cosas de modo de poder enfrentarlo excluyendo esas pasiones e intereses. Quiero utilizar la reciente controversia sobre la justicia de menores en Chile como un ejemplo ilustrativo de esto.

En principio, pareciera que quienes están mejor ubicados para saber qué es lo que va en el interés superior del menor son sus padres. En algunos casos, sin embargo, las relaciones entre los padres están tan deterioradas que es razonable pensar que el juicio de ellos sobre cuál es el interés superior del menor estará nublado por sus propios intereses, y en ese caso es mejor dejar que sea un tercero imparcial, que no tiene mayor compromiso

³ *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63.

con los intereses de ninguno de los padres, el que decida lo que el interés superior del menor demanda en las circunstancias. El sistema pierde parte importante de su legitimidad si esos terceros imparciales son percibidos como parciales, en el sentido de que sistemáticamente favorecen a, por ejemplo, la madre sobre el padre. En este caso, la idea central de entregar esos conflictos a órganos jurisdiccionales fracasa porque las instituciones judiciales se muestran incapaces de filtrar y dejar afuera los intereses y pasiones envueltos⁴.

Esta es la manera en que el desacuerdo político sobre el contenido de la Constitución es entendido hoy en día en Chile. La consecuencia de esta percepción es evidente: la resolución del conflicto político sobre el contenido de la Constitución no puede ser dejada al conflicto político mismo, por las mismas razones que la solución de la controversia sobre las verdaderas exigencias del principio del interés superior del menor no puede ser dejada a los padres cuando las cosas se ponen demasiado feas. El informe de la Comisión muestra que ésta considera la discusión política de un modo análogo a la discusión de los padres sobre la guarda de los hijos después de una ruptura matrimonial.

2

En la discusión entre los senadores la cuestión del desacuerdo y su caracterización aparece de diversas formas: el primero es el del perfil que es deseable entre los integrantes del tribunal constitucional. En la versión legalista, los miembros de ese tribunal deben ser jueces, es decir, deben tener las mismas características que los jueces que deciden asuntos civiles y de menores. En efecto, si la necesidad de un tribunal constitucional radica en que es necesario un tercero imparcial que pueda solucionar los conflictos interpretativos sin considerar los intereses ni la pasión de las partes en conflicto, entonces parece razonable buscar a esos terceros entre quienes ocupan las funciones específicamente diseñadas para eso.

La manera en que estos integrantes deberían ser seleccionados, por otra parte, no debe ser una que esté contaminada por el conflicto que ellos deben solucionar. No puede ser que los miembros del tribunal constitucional deban su posición a las pasiones e intereses que ellos deben excluir de consideración. Como lo que interesa no es el contenido substantivo de las ideas de un candidato a ministro de tribunal sino su capacidad de emplear su razón artificial para solucionar un conflicto interpretativo excluyendo pasiones e intereses, lo razonable parece ser exigir de los órganos designadores que excluyan el conflicto político del proceso de designación.

⁴ Lo anterior no es una crítica de la justicia de menores en Chile; es simplemente una manera de ver la controversia que se ha suscitado sobre ella. Si los críticos tienen o no razón, es decir, si los jueces de menores son o no imparciales, es una cosa que no debe interesarnos aquí. Es la forma del argumento la que me importa.

Por último, la parte vencida en un proceso judicial no merece mayor consideración: si fue vencida, eso demuestra que lo que la hizo discutir no fue sino su ignorancia, o su incapacidad para discernir qué era lo adecuado o correcto, incapacidad que se explica por el hecho de que su juicio estaba nublado por su pasión e interés. Los efectos de la decisión, en consecuencia, deben operar con prescindencia total de la voluntad del vencido. No puede dejarse el cumplimiento de la decisión que otorga la guarda de uno de los hijos a la colaboración voluntaria del padre derrotado.

Perfil de los ministros del tribunal constitucional, forma de su designación y efectos de sus decisiones. Éstos son los tres temas en los cuales quiero concentrar el análisis. Los tres temas fueron discutidos por la Comisión del Senado, y por eso es particularmente interesante estudiar con cuidado el Informe de esa Comisión.

En cuanto al perfil de los ministros del tribunal constitucional, el ministro E. Valenzuela, cuya voz tuvo una influencia decisiva en la discusión de la Comisión, sostuvo que “la condición más importante de estos ministros es tener mentalidad de juez” (p. 506, destacado agregado). Por eso Valenzuela abogó no sólo porque tres de los nueve ministros propuestos fueran jueces de la Corte Suprema, sino porque los designados por el Presidente de la República se hayan desempeñado como abogados integrantes en la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones del país. En la discusión que siguió a la intervención de Valenzuela, el ministro J. Colombo indicó que el juez constitucional “no es un juez puro”, y que por consiguiente no se le pueden aplicar “los parámetros que se le ponen a un juez ordinario o de otra naturaleza” (508). Pero esta idea no fue desarrollada por Colombo, que se limitó a señalar, para explicar su posición, que el juez constitucional decide conflictos que “en gran medida, son políticos”.

Luego intervino el Senador (d) Aburto, quien defendió la idea de que los jueces del tribunal constitucional “se integrara sólo por jueces profesionales”, porque sólo de esta manera se preservaría la imagen “de que hay una justicia constitucional especial, independiente, imparcial, autónoma, que da garantía de independencia moral por parte de quienes la ejercen” (509). Al senador (d) Aburto le salió al paso otro senador, que alegó que los miembros del tribunal constitucional necesitan “una amplitud que ordinariamente se pierde en el ejercicio de la carrera judicial” (509).

En definitiva, la Comisión acordó proponer una integración de 9 miembros, tres de los cuales serían ministros de la Corte Suprema y los seis restantes abogados que deberán tener “a lo menos 15 años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública”. Es interesante notar cómo la idea dominante es la legalista: los miembros del tribunal constitucional deben ser jueces, o a lo menos, destacados abogados. Sólo ellos tienen acceso a la razón artificial del derecho. La visión legalista es levemente resis-

tida, como cuando Colombo sostuvo que el juez constitucional “no es un juez puro”, o cuando otro senador alegó que él debe tener mayor “amplitud” que los jueces profesionales, pero no parece haber una visión alternativa de peso equivalente a la visión legalista.

Esta cuestión es más notoria al discutir la forma de designación del tribunal. Aquí la distinción que quiero perseguir es la distinción entre desacuerdos que merecen respeto, es decir, desacuerdos que deben manifestarse en la composición del tribunal, y desacuerdos que no lo merecen, que por consiguiente no deben manifestarse en esa composición.

La forma propuesta por Valenzuela introduce una distinción que puede parecer curiosa pero que en realidad no es sino la consecuencia más natural del legalismo: el desacuerdo de una cámara política (que el legalismo imputa a pasión e interés) no merece respeto, pero sí lo merece el desacuerdo de un cuerpo judicial (porque es razón y justicia). En efecto, la Corte Suprema elige sus tres integrantes por mayoría simple en dos votaciones, mientras el Senado debe elegir los tres suyos en tres votaciones con un quórum exageradamente alto (dos tercios). Esto implica que la (simple) mayoría de la Corte puede designar dos integrantes del tribunal a su voluntad, pero la minoría también tendrá esa oportunidad (aunque sólo podrá, probablemente, designar un integrante). Así se garantiza que el desacuerdo que pueda haber en el seno de la Corte Suprema, sobre cómo debe interpretarse la Constitución, tendrá manifestación en la integración del tribunal. El desacuerdo de los ministros de la Corte le merece, a la Comisión del Senado, respeto.

Distinta es la cuestión tratándose del desacuerdo entre los senadores. Aquí se exige al menos dos tercios de los votos para elegir cada uno de los integrantes del tribunal, con lo cual la decisión de los senadores nunca podrá representar las aspiraciones de la mayoría. Ésta siempre deberá negociar con la minoría para obtener el exagerado quórum previsto por la Comisión. El desacuerdo de los senadores, a diferencia del de la Corte Suprema, no merece a la Comisión ningún respeto, y ésta carga al Senado con la obligación de eliminar ese desacuerdo antes de elegir a los integrantes del tribunal.

En la discusión, el senador Boeninger sostuvo que los nombramientos de cada una de las cámaras debían ser pares, “para que pudieran manifestarse las tendencias”, pero dado el sistema elegido esas tendencias se manifestarán imperfectamente: desde luego, se manifestarán sólo dos tendencias (i.e. la mayoría y la primera minoría, a menos que el Senado esté dividido exactamente en tres tercios), pero ellas se manifestarán imperfectamente, porque cada grupo tendrá la posibilidad de vetar candidatos del otro. Esta distorsión en la manifestación de las tendencias es la que no existe en el caso de la Corte Suprema: los desacuerdos y las tendencias de la Corte Suprema merecen respeto a la comisión, mientras los de los senadores no. La proposición del senador Boeninger, desde luego, sólo agudiza este problema, porque con un número par de integrantes a designar cualquiera de

las minorías que, sumadas a la mayoría, completan los dos tercios podría chantajear a la mayoría y así obtener igual representación en el tribunal.

Por último, quiero comentar el modo en que la Comisión ha tratado el desacuerdo entre los miembros del tribunal constitucional. El asunto aquí aparece en la discusión sobre los efectos de la decisión que acoge un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad⁵. Conforme a la proposición de la Comisión, el recurso de inaplicabilidad deja de ser competencia de la Corte Suprema y pasa al tribunal constitucional, quien conoce de éste en sala. Acogido que sean tres recursos de inaplicabilidad el tribunal, en pleno, podrá declarar la invalidez de la ley con efectos generales.

En esta materia hay dos cuestiones que merecen ser especialmente consideradas. La primera es la exigencia de que los fallos que acogen la inaplicabilidad sean tres, antes de que pueda discutirse la invalidez con efectos generales del “precepto legal respectivo”. La segunda es la diferencia de tratamiento que la Comisión propone introducir respecto de las consecuencias de esos tres fallos según si han sido o no unánimes: si se trata de tres fallos uniformes y unánimes, el pleno del tribunal puede declarar la inconstitucionalidad con efectos generales por simple mayoría; si se trata de tres fallos uniformes pero no unánimes, para declarar la invalidez de la ley será necesario que en ese sentido se pronuncien dos tercios del pleno. ¿qué nos dice este sistema sobre el respeto que a la Comisión merece el desacuerdo al interior del tribunal?

Lo que nos dice, en breve, es claro: si hay al menos un integrante del tribunal que cree que el precepto legal respectivo no es inconstitucional, entonces la Comisión asume que hay buenas razones para pensar que el precepto respectivo no es inconstitucional. Como hay buenas razones, debe exigirse un quórum más alto para declarar la inconstitucionalidad de la ley; el solo hecho de que en uno de esos tres casos un integrante del tribunal haya votado para rechazar el recurso obligará al tribunal a reunir las dos terceras partes de sus miembros para poder declarar la invalidez de la ley.

No cabe duda de que la idea detrás de esta regla tan extraña es dificultar la declaración de invalidez de la ley, dificultarla hasta un nivel en el cual esta facultad será escasamente utilizada. Pero es interesante destacar que, tratándose del control preventivo de constitucionalidad, el respeto que la opinión de un integrante del tribunal constitucional le merece

⁵ No quiero discutir aquí ni el problema de la justificación ni el de la coherencia de un recurso de inaplicabilidad, que permite que, como sostuvieran Colombo y Valenzuela en la Comisión, una ley se deje de aplicar respecto de una persona mientras se aplica a otras. Creo que estos problemas tienen que ver con la sistemática mala interpretación que la inaplicabilidad ha recibido entre nuestros jueces y constitucionalistas, mala interpretación que sólo es agravada por los acuerdos de la Comisión. He justificado esta idea en Atria, “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo”, de próxima aparición en *Revista de Derecho* (Universidad Austral, Valdivia, 2002).

a la Comisión no lo merecen las cuatro séptimas partes de ambas cámaras. El tribunal, en efecto, puede declarar por la simple mayoría de sus miembros la inconstitucionalidad de un proyecto de ley orgánica constitucional que ya ha sido aprobado por los cuatro séptimos de los votos en ambas cámaras, sin necesidad de reunir un quórum especial.

En el sistema propuesto por la Comisión, dos tercios del tribunal serán suficientes para declarar que cuatro séptimos de senadores y diputados estaban equivocados en su interpretación de la Constitución, pese a que esos dos tercios están en oposición al tercio restante. La diferencia entre la decisión por simple mayoría y la decisión por dos tercios de sus miembros, que pareciera ser una forma de reconocimiento del peso de la opinión del poder legislativo, se reduce dramáticamente cuando recordamos que aquí se trata de un tribunal de 9 miembros, en que esa diferencia es sólo un voto.

3

El patrón que emerge a la luz de estas consideraciones es claro: el desacuerdo sobre qué dice la Constitución es relevante para la Comisión sólo al interior de los cuerpos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales. Cuando jueces o miembros del tribunal constitucional tienen opiniones distintas sobre quién debería integrar el tribunal constitucional o sobre qué, precisamente, exige la Constitución y si esto es compatible o no con algún precepto legal, ese desacuerdo merece ser escuchado y debe tener consecuencias institucionales. Cuando el desacuerdo es entre esas instancias jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales y los cuerpos de representación popular (congreso y presidente de la república), él es displicentemente ignorado.

Esta es la marca legalista. El legalismo explica por qué estas formas de desacuerdo son tratadas de modo tan diverso: el derecho es razón y justicia, mientras la política es pasión e interés. Si el desacuerdo surge entre jueces, es decir, entre funcionarios entrenados en la razón artificial del derecho para distinguir las demandas de la razón y la justicia, entonces las instituciones operan sobre la base de que hay un desacuerdo genuino sobre la razón y la justicia. Cuando los cuerpos políticamente representativos están en desacuerdo sobre lo que la Constitución exige, como esos cuerpos son el campo de batalla de la pasión y el interés, entonces ese desacuerdo no debe ser institucionalmente reconocido: las instituciones existen precisamente para excluir las pasiones y los intereses que dieron lugar a ese conflicto.

En el caso que nos ocupa, la paradoja es que es el propio informe de la Comisión el que contiene un espléndido ejemplo de una discusión en que los miembros de los órganos político representativos (esos que actúan, conforme a la lógica del legalismo, sobre la base de su pasión e interés) son los que actúan buscando limitar su propio poder, mientras los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales (es decir, los que el legalismo representa como guiados por la justicia y la razón) se disputan entre sí cada retazo de poder que es puesto sobre la mesa. Cuando la Comisión solicitó al tribunal constitucional y a la Corte Suprema su opinión sobre las reformas propuestas, la verdad es que estaba perdiendo el tiempo: bastaba con razonar sobre la base de que cada una celebraría las reformas que ampliaran sus poderes y declararía que las que los restringieran eran altamente inconvenientes. La cuestión es más notoria, porque los ministros del tribunal constitucional que integran también la Corte Suprema (con una excepción) se alinearon con ésta en cada una de estas cuestiones.

Así, por ejemplo, consultada por la comisión del Senado la Corte Suprema informó en contra de reducir el número de sus ministros que integran el tribunal constitucional (p. 520), y en contra de que los ministros de la Corte Suprema que integran el tribunal constitucional fueran suspendidos de sus cargos en ella durante su período en éste (pp. 520-1); se opuso a que se le quitara a la Corte Suprema la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad (p. 521), abogó porque se le reconocieran efectos generales a la declaración de inaplicabilidad de la Corte Suprema, después de tres fallos uniformes (*ibid*) y se opuso, tanto a entregarle al tribunal constitucional control sobre la constitucionalidad de sus autos acordados (pp. 522-3), como a que éste conociera de las contiendas de competencia de las que ella actualmente conoce (p. 522).

El tribunal constitucional no actuó más desinteresadamente. Él informó favorablemente la suspensión de los ministros de la Corte Suprema durante su integración al tribunal constitucional (con la excepción de dos de los tres ministros de ésta, que se opusieron; pp. 524-5). En cuanto a las nuevas atribuciones del tribunal constitucional, éste se manifestó “plenamente de acuerdo” (p. 126), aunque tratándose del control de constitucionalidad de los autos acordados de la Corte Suprema los tres ministros que además integran la Corte Suprema se opusieron (*ibid*), mientras el resto estuvo de acuerdo (*ibid*), y tratándose del recurso de inaplicabilidad dos de los tres ministros con doble militancia se opusieron a quitar tal facultad a la Corte Suprema (*ibid*). Por último, tratándose de la facultad de dirimir las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y cualquier tribunal de justicia (atribución que hoy comparten el Senado y la Corte Suprema), el tribunal constitucional aprobó que se le entregaran las facultades que hoy corresponden al Senado, pero nuevamente hubo división en cuanto a las facultades que hoy corresponden

a la Corte Suprema. Los miembros de la Corte Suprema opinaron que debían corresponderle a ésta, y los otros ministros que debería corresponderle al tribunal constitucional (p. 529).

5

El legalismo es una especie de infección que corroe las instituciones republicanas. Su lógica es implacable: el desacuerdo político debe ser ignorado, sólo el desacuerdo jurídico vale. Quien se ponga a considerar cuáles son los poderes que el derecho confiere a una fuerza política que ha obtenido la mayoría, tendrá que llegar a la conclusión de que entre ellos no está ni gobernar ni legislar más que en un sentido puramente administrativo. Es todavía común escuchar en Chile referencias a los límites que deben existir para evitar los inconvenientes de “transitorias” mayorías políticas, una idea que olvida que Chile nunca había conocido una mayoría parlamentaria tan estable y prolongada en el tiempo como la de los últimos 12 años. Este discurso es escasamente discutido en su nivel más profundo: hay discusión sobre, por ejemplo, los senadores designados, pero no sobre los quórum de aprobación de las leyes (si este tema se ha discutido, ha sido para subirlos, no para bajarlos). Hay muchas razones para esto, pero aquí quiero destacar una: el legalismo glorifica a los abogados, por lo que no es raro que los abogados sean legalistas. En el seminario en el cual la exposición en que se basa este artículo fue presentado oí incluso la idea de que la interpretación de la Constitución debía encargarse exclusivamente no sólo a abogados, sino a profesores de derecho público! El argumento lleva rápidamente a un Estado platónico (y recordemos que los profesores de derecho en Chile han sido tradicionalmente más conservadores que el resto).

El legalismo oculta el hecho de que el desacuerdo jurídico es tan genuino desacuerdo como el desacuerdo político. Abogados, políticos, jueces y ciudadanos están divididos en exactamente los mismos grupos ante los problemas que estructuran el conflicto político. El desacuerdo jurídico (al menos al nivel de la interpretación de la Constitución) es simplemente una forma más de desacuerdo político. Ni los abogados ni los profesores de derecho público tienen una forma de acceso directo a la verdad sobre la libertad o igualdad que el resto de los ciudadanos no tengan.