

La política contra el derecho: defendiendo la fuerza normativa de la Constitución*

PABLO MARSHALL BARBERÁN**

Los derechos fundamentales, judicialmente protegidos, son parte integrante del moderno sistema constitucional. La protección judicial ha llegado a la constitución adoptando diversas formas. La revisión judicial norteamericana y el modelo kelseniano de tribunal constitucional centralizado son dos de ellas. Si bien no existe una necesidad de custodia judicial o jurisdiccional de los derechos fundamentales, y esa tarea puede ser desempeñada eventualmente por otros órganos constitucionales, la fórmula de la cautela judicial de la constitución sigue presentándose como la alternativa más atractiva. La jurisdicción constitucional es una característica distintiva de las constituciones de posguerra.

Ante tal realidad, es posible concebir, y pueden identificarse, dos actitudes a las que podría orientarse la doctrina constitucional, que se mueven en niveles discursivos distintos. La primera, es una actitud acrítica hacia el fenómeno de la judicialización. Dentro de ésta pueden identificarse dos grupos. El primero, admite una actitud ni siquiera pensable para la dogmática interpretativa, la cual trata, como la dogmática decimonónica respecto del legislador, de tomar la jurisprudencia constitucional como si esta fuera infalible y racional. Lamentablemente, la más de la doctrina chilena adopta esa actitud *devota*. Un segundo grupo, admitiendo una actitud acrítica hacia la judicialización, sin embargo, dentro de la dogmática interpretativa y con esbozos de dogmática teórica, pretende formular evaluaciones críticas sobre la jurisprudencia constitucional y sostener hipótesis interpretativas con pretensión de corrección independientes de la interpretación judicial. Esta actitud *independiente*, en la doctrina nacional, puede encontrarse por ejemplo, en algunos trabajos de Eduardo Aldunate¹. La segunda actitud ante la judicialización, es la de crítica al sistema de control constitucional, que se mueve en otro nivel discursivo: es un trabajo de teoría del derecho y teoría constitucional. Dentro de esta actitud *herética* hacia el dogma de la judicialización, pueden encontrarse planteamientos *moderados*, que plantean críticas a la judicialización, pero cuyo objetivo no es la desaparición de ésta, sino una moderación en sus prácticas contra-mayoritarias. También puede encontrarse, dentro de esta segunda actitud, planteamientos *radicales*, que sostienen la inconve-

* Este artículo forma parte de una memoria de grado actualmente en preparación. Se agradece a todos los que revisaron una primera versión del documento, especialmente a Juan Pablo Mañalich y Rodrigo Correa, cuyos comentarios fueron fundamentales. Este trabajo ha sido enteramente motivado por el trabajo de Fernando Atria sobre el tema, por tanto, también para él los agradecimientos.

** Egresado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Vid. Aldunate, E. (1999) «La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección» en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Nº 20, pp. 225-242; y Aldunate, E. y Fuentes, J. (1997) «El concepto del Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto», en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Nº 18, pp. 195-221.

niencia o ilegitimidad de tales fórmulas de control, abogando definitivamente por su supresión. Es el caso del discurso desarrollado en la doctrina nacional –únicamente, hasta donde puede verse– por Fernando Atria.

Este último planteamiento pretende renovar la comprensión que se tiene de los derechos fundamentales, advirtiendo sobre lo negativo que resulta o puede resultar este límite constitucional como algo jurídicamente justiciable. El renacer de la teoría constitucional de Carl Schmitt posibilita el alegato fundamentado en una concepción robusta de la política y de la identidad de la comunidad, y reformulado en clave no autoritaria es una argumentación suficientemente punzante para su consideración más allá del tradicional argumento *ad hominem*. Otra posible línea argumentativa, proveniente de otra tradición, es la que sostiene que existe un conflicto entre la constitución y los derechos fundamentales y la democracia: *es insostenible que el gobierno de la mayoría presente, sea limitado por decisiones de una mayoría en las generaciones pasadas*; es sólo una de las múltiples formulaciones que han sido presentadas y discutidas por diversos juristas y filósofos. En lo que sigue, se intentará analizar algunas cuestiones sobre la primera de las líneas críticas señaladas, aunque no sea posible, aquí, aislarla totalmente de los alegatos pro democracia.

El núcleo de esta concepción de los derechos fundamentales radica en que las cuestiones de derechos fundamentales forman parte de lo que es la política. A su vez la política no puede estar subordinada al derecho. Los derechos, por tanto, deben dejarse al alcance de la política; deben, si no se decide definitivamente por su supresión, simplemente ocupar un espacio o rol no judicial.

Al explicar algunas ideas centrales del pensamiento de Schmitt (1), se podrá comprender mejor la formulación moderna de la crítica de éste al constitucionalismo liberal, y en especial a la práctica de la judicialización de los derechos fundamentales, para la cual se seguirá una serie de trabajos de Atria (2). Luego se formularán algunas objeciones a los argumentos que éste presenta, intentando una defensa de la judicialización (3).

1. La crítica constitucional de Carl Schmitt

Carl Schmitt es el principal crítico del constitucionalismo liberal. Tanto así que su pensamiento pervive, acomodado eso sí, a fórmulas no vinculadas con el autoritarismo nazi del cual Schmitt, según muchos, fue a lo menos importante asesor político y jurídico². Las críticas formuladas por Schmitt trascienden la coyuntura política de su tiempo y se tornan vigentes, de manos de concepciones democráticas las cuales, valiéndose de las ideas centrales de su pensamiento (o metodología), atacan el modelo liberal de la constitución, hoy en día, distinto del liberalismo al que Schmitt se refería³.

² Sobre la justificación de la aseveración del nazismo de Schmitt, vid. Silva-Herzog, J. (2003) «Carl Schmitt. Jurisprudencia para la ilegalidad» en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* N° 14, pp. 9–24; y Kaufmann, M. (1989) *¿Derecho sin reglas?* Barcelona: Alfa, pp. 15–23. También Arendt, H. (2001) *Los orígenes del totalitarismo*. Madrid: Taurus, p. 422 [nota 65]. Pero sin duda más concluyente es el propio Schmitt, en Schmitt, C. (2001) «El Führer defiende el derecho» en Orestes Aguilar, Carl Schmitt, Teólogo de la política. México: Fondo de Cultura Económica.

³ Entre otros, E. W. Böckenförde y el propio Atria. No siempre las ideas de Schmitt han sido readaptadas para la comodidad de las ideas democráticas como podemos ver por ejemplo, en las ideas de Jaime Guzmán, según Renato Cristi, en Cristi, R. (2000) *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Autoridad y libertad*. Santiago: Lom.

Schmitt rechaza de partida todos los supuestos normativos del liberalismo. El *situacionalismo metodológico* que subyace a su pensamiento, obedece a la idea de que los conceptos políticos sólo pueden ser comprendidos en la realidad concreta en la que suceden⁴. Es allí donde se muestra su verdadera naturaleza⁵. En medio de esta experimentación de los conceptos, las instituciones políticas, piensa Schmitt, sólo pueden ser evaluadas en periodos de crisis, en situaciones políticas excepcionales⁶. “El caso de excepción tiene una importancia particularmente decisiva, hasta el punto de revelar la esencia de las cosas”⁷. La elaboración teórica del liberalismo, no hace más que estabilizar mediante falsas interpretaciones conceptos que son en verdad controvertidos y polémicos:

Todos los conceptos, las expresiones y los términos políticos poseen un sentido polémico; tienen presente una conflictualidad concreta, están ligados a una situación concreta, cuya consecuencia extrema es el agrupamiento en la polaridad amigo-enemigo (que se manifiesta en la guerra y en la revolución), y devienen abstracciones vacías y desfallecientes si esta situación deja de existir⁸.

El escepticismo de Schmitt sobre la validez de las decisiones políticas, lo alejan tanto del liberalismo racionalista como del positivismo, esto en razón de su concepción natural y esencialmente política de la naturaleza del Estado⁹. Para él, el soberano del Estado tiene el poder monopólico de la toma de decisiones políticas, y esto es suficiente para afirmar la validez de sus normas. Esta concepción sobre la validez de las decisiones políticas introduce su concepción sobre la naturaleza de esa toma de decisiones, que es el resultado de una pugna¹⁰.

La toma de decisiones del Estado se basa en una pugna entre opciones, que tras la discusión y la comunicación, después del intercambio, se trasladan a la verdadera arena política, donde lo único que importa es la facticidad de la adopción¹¹. No importa si ésta es fruto de un proceso de deliberación, de puesta en acuerdo de las partes en pugna en la lucha por el poder político del Estado, por el poder de la toma de decisiones, sino que las decisiones se toman, y el que las toma impone su voluntad al resto. Schmitt tiende a ver la política como una cuestión que se especifica en la imagen dicotómica de *amigos y enemigos*. Lo particular del enemigo en Schmitt es su alteridad, éste tiene una identidad diversa a la de un amigo, lo que se demuestra en circunstancias excepcionales, en las cuales ese enemigo puede poner en peligro el modo de existencia admitido como propio por los amigos. “[E]n el caso extremo sean posibles

⁴ Sobre esto, críticamente, Sartori, G. (1988) *Teoría de la Democracia*. Vol.1, El debate contemporáneo. Madrid: Alianza, pp. 65–67.

⁵ Vid. Schmitt, C. (2001) «El concepto de lo político» en Orestes Aguilar, Carl Schmitt, *Teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 184.

⁶ Slagstad, R. (1999) «El constitucionalismo liberal y sus críticos: Carl Schmitt y Max Weber», en Elster y Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 142.

⁷ Schmitt, op. cit. en nota 5, p. 184.

⁸ Íd, 179.

⁹ Cfr. Schmitt, C. (2003) *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, pp. 29ss. y 201ss; vid. Slagstad, op. cit. en nota 6.

¹⁰ Vid. Schmitt, op. cit. en nota 5, pp. 181ss. Sobre el decisionismo en Schmitt, vid. Atria, F. (2003) «Legalismo, derechos y política» en VVAA, *Derechos Fundamentales SELA 2001*. Buenos Aires: Del Puerto; y Kaufmann, op. cit. en nota 2, pp. 157ss.

¹¹ Slagstad, op cit. en nota 6.

en él conflictos que no puedan ser decididos ni a través de un sistema de normas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero «descomprometido» y por eso «imparcial»¹².

Esta *realidad* —la realidad de la política—, que no pretende ser más que una descripción, muestra la importancia de la comprensión apropiada de la política, en la cual, las ficciones normativas lo que hacen es ocultar tras una imagen del mundo conciliador subyacente a los consensos liberales, los efectos de la dominación y la lucha política. La despolitización que tiene como objetivo el liberalismo pretende ocultar la verdadera naturaleza del Estado y de la toma de decisiones, que no pueden ser realmente comprendidas sin la fórmula robusta de la política existencial¹³.

Lo señalado anteriormente, despeja el camino para la comprensión de la tesis central del *anti-constitucionalismo*¹⁴ de Schmitt. Esta refleja que el derecho no puede subordinar a la política. Esa subordinación justificadora de la vida social toda, implica la decisión en un determinado sentido: que la toma de decisiones políticas, implica desterrar de ciertas áreas la pugna política¹⁵. El área en que paradigmáticamente amigos y enemigos enfrentan sus concepciones fuertes, no puede ser justificada. No tiene sentido —porque no es posible para Schmitt— que la plaza esencialmente política, como es de la tratas constitucionales, sea extirpada de las posibilidades políticas. Eso sólo oculta el cinismo del constitucionalismo liberal. La política allí sólo cambia de lugar.

Schmitt postula *la constitución* como conjunto de decisiones fundamentales, tomadas por una voluntad política preexistente, que constituye una realidad que permanece inalterada tras los cambios producidos en la estructura política concreta, y la diferencia de *las leyes constitucionales*, las cuales son normas que permanecen en virtud de la constitución y pueden ser reformadas y suspenderse, sin embargo en su calidad de normas valen en razón de la decisión que las constituye:

[I]a unidad del Reich alemán no descansa en aquellos 181 artículos y en su vigencia, sino en la existencia política del pueblo alemán. La voluntad del pueblo alemán —por tanto, una cosa existencial— funda la unidad política y jurídica, más allá de las contradicciones sistemáticas, incongruencias y oscuridades de las leyes constitucionales concretas. La Constitución de Weimar vale porque el Pueblo alemán «se la ha dado» [...]. Las razones por las cuales ciertas determinaciones legales son inscritas precisamente en una «Constitución» y no en una simple ley, dependen de consideraciones y contingencias políticas¹⁶.

¹² Schmitt, op. cit. en nota 5, p. 177. Esta es una de las observaciones que Hannah Arendt realiza al describir la naturaleza de los movimientos totalitarios. La existencia de un enemigo es el principal pilar de la propaganda totalitaria, en Arendt, op. cit. en nota 2.

¹³ Cfr. Schmitt, op. cit. en nota 5, p. 179; vid. Slagstad, op. cit. en nota 6.

¹⁴ Si bien Schmitt siempre pretende ser descriptivo, la desconfianza —o más bien antipatía— hacia la noción burguesa de Estado de derecho es patente. Vid. Schmitt, op. cit. en nota 9, p. 137, y Silva-Herzog, op. cit. en nota 2.

¹⁵ Vid. Schmitt, op. cit. en nota 5. El mismo argumento a contrario sensu en Böckenförde, E. W. (1993) «Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental», en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, p. 129. Distinguiendo entre leyes constitucionales actuando como compromisos y pseudocompromisos, se hace referencia a una perversión constitucional del liberalismo al comprender la constitución como un eterno pseudocompromiso. Vid. Schmitt, op. cit. nota 9, pp. 52ss.

¹⁶ Schmitt, op. cit. en nota 9, p. 35.

2. Una reconstrucción de las ideas de Schmitt: la crítica de Fernando Atria a la judicialización

El manejo estratégico de las ideas de Schmitt posibilita la crítica de la judicialización de los derechos fundamentales¹⁷, tanto desde una perspectiva interna como externa. Interna, sosteniendo que los derechos no cumplen el cometido que se proponen, calificando la eficacia de la adopción. Esto es, que no pueden cumplirlo. Externa, sosteniendo que no es bueno que lo hagan, calificando el mérito de la adopción: no deben hacerlo. Atria sostiene que la idea de la limitación de la contingencia política, pretendida por el constitucionalismo a través de los derechos fundamentales, no puede lograrse. Es más, con el intento para lograrlo, se perjudica una característica fundamentalmente valiosa de la organización política. En tiempos de crisis, sostiene, los derechos nada pueden hacer contra la política. En tiempos de normalidad, lo que hacen los derechos es perjudicial, tanto para la política como para el derecho.

Primer argumento: las circunstancias excepcionales. En circunstancias excepcionales, como la Alemania Nazi o la dictadura militar chilena, el derecho es superado por las circunstancias. Las instituciones judiciales de protección de derechos fundamentales en tiempo de crisis política, sucumben y no son capaces de soportar la fuerza arrolladora de la política existencial. ¿De qué sirve declarar la sujeción del poder de decisión si cuando éste realmente puede violar derechos, simplemente lo hace y no puede ser contenido por institución jurídica alguna? En palabras de Atria:

Las instituciones judiciales no sirven para evitar el terror. Y no sirven porque las instituciones judiciales no son el tipo de instituciones que puedan resistir el terror. Cuando aparece el terror, los tribunales o hacen su contribución a él (como los tribunales chilenos con los miles de recursos de amparo rechazados durante el terror y los vergonzosos discursos inaugurales de esos años), o son intervenidos¹⁸.

Este análisis impregnado del pensamiento de Schmitt, tanto de su concepción experimental de las instituciones como de su teoría del enemigo, debe ser considerado con cuidado. Esta formulación todavía prescinde de una idea clara de qué es lo que los derechos fundamentales protegen y de cuáles son las condiciones favorables y desfavorables para el advenimiento del terror.

¹⁷ Debe aclararse el contexto de esta expresión. La realización del valor jurídico de los derechos fundamentales puede lograrse de dos maneras. A esta realización en general puede llamarse juridificación. Una manera es mediante procesos judiciales, o judicialización; otra, sirviendo como estándar de actuación y evaluación de los órganos públicos, o sea, juridificación sin judicialización. El argumento de Atria sostiene que el valor político es respetado sólo por esta segunda manera de juridificación. No sostiene en cambio, como podría pensarse, que toda juridificación sea nociva. Atria debe sostener como pocos el valor de esa dimensión de la juridificación, pues él es defensor de la tesis que afirma que el razonamiento jurídico está siempre abierto a consideraciones morales. Las cuales, no obstante no siempre ni necesariamente tendrán que ser cargadas por los derechos fundamentales, tienen con éstos, una conexión sustancial y sustantiva. Sobre las aportaciones de Atria a la teoría del derecho, con un reconocimiento internacional inusitado para autores chilenos, vid. Atria, F. (2002) *On law and legal reasoning*. Oxford: Hart Publishing.

Dworkin parece exponer, refiriéndose al caso norteamericano de control judicial, lo que Atria defiende, de la siguiente manera: "La constitución podría haber sido interpretada como si se le diera órdenes al Congreso, al Presidente, y a los funcionarios estatales y que estos funcionarios tuvieran el deber tanto legal como moral de obedecer, pero convirtiéndolos en sus propios jueces" (Dworkin, R. (1988) *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, p. 251). En un modelo tal, la justicia constitucional sería una justicia sólo solucionadora de conflictos de competencias.

¹⁸ Atria, F. (2003) «El derecho y la contingencia de lo político» en *Revista Derecho y Humanidades* N° 11.

Atria distingue para los fines de su objeción, y como piedra angular de su argumentación, entre *dos conceptos de derechos humanos*¹⁹. Una primera aproximación sugiere que los derechos constituyen la posibilidad misma de existencia de una determinada forma de vida. Que como los derechos humanos se vinculan a la propia existencia de la persona, como derechos en extremo valiosos, sin cuya adscripción la forma de vida en cuestión pierde su carácter sagrado, al que Atria, siguiendo a Simone Weil, atribuye el distingo propio de esta forma de ver tales derechos. “La idea de derechos humanos en sentido estricto define la sacralidad de cada ser humano como algo que informa nuestra forma de existencia; aquellos que las niegan [a nuestras formas de existencia] deben ser enfrentados aunque no podamos entenderlos”²⁰.

Una segunda aproximación, que se atribuye al constitucionalismo liberal, entiende los derechos como “conceptos políticos que son usados para expresar la importancia de algunos reclamos políticos”²¹, extrayéndolos de su contexto propio (político) y limitando la posibilidad de decisiones sobre cuestiones que los atañen. Esta es una remisión a la formulación estándar de los derechos fundamentales como autonomías contra la intervención estatal, esto es, *derechos como límites*.

Aceptando que el derecho y sus instituciones nada pueden hacer en circunstancias excepcionales, ¿es conveniente entonces la judicialización de los derechos fundamentales para las circunstancias normales, donde la política no adquiere tintes violentos? La respuesta de Atria es negativa por dos razones. Una de éstas se basa en la distinción entre conceptos de derechos arriba señalada y plantea que con la judicialización se confunden cosas muy importantes con cosas no tan importantes, lo que hace que cuando esas cosas realmente importantes importen, no sepamos distinguirlos. Cuando se entienden como límites, estos derechos sucumben al verse sobrepasados, como el resto de las instituciones en periodos de crisis. Una Corte no puede hacer mucho en ese momento. Cuando los entendemos como derechos especialmente valiosos, se apela a la conciencia de la comunidad, buscamos preparar el momento de la crisis, para que ésta no sea tan dura. Al entender los *derechos como límites*, desaparece la posibilidad de entender los derechos como derechos verdaderamente básicos, como *derechos sagrados*²². “El precio que se paga es que los derechos pierden su especial urgencia: si todas las cartas son triunfos, entonces no hay triunfos”²³. Es decir, la adopción del concepto de *derechos como límites*, erosiona la identificación comunitaria de lo sagrado y valioso de los derechos. Y he aquí la segunda razón para rechazar la judicialización en tiempos normales. La judicialización no es un buen instrumento para la prevención del terror. Mejores resultados daría otro tipo de herramientas comunicativas que tienen un rol publicitario más efectivo para la concientización de la comunidad de los *derechos sagrados*²⁴. La judicialización, como se dijo, puede ser perjudicial para estos derechos.

Segundo argumento: la vulgarización del derecho y judicialización de la política. Lo que el derecho hace, valiosamente, es sustraer de la contingencia política algunas conductas o instituciones²⁵. El argu-

¹⁹ La utilización que aquí se hace de la expresión derechos humanos es extraída del trabajo de Atria, y en todo momento es intercambiable con la de derechos fundamentales.

²⁰ Atria, F. (2003) «La hora del derecho: Los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho» en Estudios Públicos N° 91, p. 73.

²¹ Íd., 75.

²² Atria, op. cit. en nota 10, p. 137.

²³ Íd., 138.

²⁴ En Atria, op. cit. en nota 20 se postula la idea de que soluciones políticas del tipo Informe Rettig contribuyen a esa tarea.

²⁵ Atria, op. cit. en nota 18.

mento hasta ahí no sostiene que la política deba ser sometida al derecho, sino simplemente, que el derecho es un límite a ésta. ¿Cuál es la importancia de entender las cosas así? La importancia radica en que para Atria los límites son puestos por la política misma, es la política la que se auto-impone límites en el propio proceso político. Los límites no son externamente configurados, pues como Schmitt, Atria piensa que la política es ilimitable²⁶. Lo complicado sucede cuando con la judicialización de los derechos, los límites pretenden ser, bajo el ideal liberal, impuestos externamente. Atria no ve el control judicial de constitucionalidad como una limitación contra-mayoritaria para la protección de la autonomía. La ve, tomando en cuenta que para él todo es política, como la atribución de la potestad de tomar las decisiones políticas, no a la asamblea democrática sino al tribunal constitucional. No es ahora el parlamento quien hace política y toma las decisiones, sino que es una corte.

La *vulgarización*, que es la otra consecuencia de la judicialización, se puede identificar con la *desformalización* del derecho. Cuando las decisiones judiciales razonan con elementos y conceptos esencialmente políticos y abiertos valorativamente, como son los derechos fundamentales, se tiende perder de vista los límites a las decisiones de principios que involucra un derecho plagado de reglas de uno y otro tipo. Las decisiones se vuelven *consecuencialistas* con el objeto de obtener soluciones adecuadas política o moralmente a los problemas planteados, dejando de lado lo característico del derecho, su formalidad, que a veces puede y debe llevar al juez a fallar contra los principios de justicia que él considera deberían inspirar la solución del problema²⁷. Eso es lo particular del derecho, y es lo que hace que los jueces sean abogados peritos y no sabios filósofos morales. Una cosa es necesaria, la otra posible mas no necesaria.

3. Defendiendo la judicialización y los derechos como límite

Algunas cuestiones que se pueden considerar de manera distinta a cómo se han hecho hasta aquí, llevan a la relativización de los alcances de la objeción y a poder valorar la judicialización, también tomando en cuenta las objeciones aquí presentadas. Primero, si bien es cierto que bajo *el terror* el control judicial nada puede hacer contra la política, aquel sí puede, eventualmente, lograr mantener el terror alejado (3.1). Segundo, hay algo muy valioso en los *derechos como límites*, algo que no puede sacrificarse para atenuar el impacto del *terror*. Esta idea es el punto central del argumento en defensa de la judicialización (3.2). Tercero, la vulgarización del derecho y la judicialización de la política son cuestiones contingentes. Si se pone acento en la evitación de estas consecuencias, puede divisarse con mayor claridad las bondades del control judicial. Este objetivo se puede lograr si ponemos atención a los límites que la dogmática constitucional sería plantea al vulgarismo y a la politización (3.3).

²⁶ Atria, op. cit. en nota 10, p. 117. Una comparación en este sentido entre Schmitt y Hobbes en Garay Vera, C. (1991) «La inseguridad y el estado de naturaleza: dos casos, Hobbes y Schmitt» en Revista de Derecho Público N° 50, pp. 51-72. Para entender el concepto de constitución como forma de unidad política, vid. Schmitt, op. cit. en nota 9, pp. 29-36.

²⁷ Vid. Atria, op. cit. en nota 18; y Correa, R. (2003) «Vulgarización por constitucionalización» en Revista Derecho y Humanidades N° 11.

3.1. *El valor de los juicios*

Ante el primer argumento de Atria debe asentirse. En verdad, el terror es incontrarrestable para cualquier institución jurídica. ¿Pero es ésta una razón suficiente para creer que la inexistencia de control judicial sea deseable? La formación de un concepto extremadamente fuerte de los derechos necesita de una permanente promoción, y una concientización de su importancia para la comunidad. Se puede sostener que existe algo en las instancias judiciales que contribuye a que el terror no se desarrolle.

Como el propio Atria señala, citando a Carlos Nino, los juicios –como procesos jurisdiccionales– tienen un *valor político*, en la medida que éstos pueden contribuir a la toma de conciencia de la importancia de los derechos fundamentales:

Los juicios promueven la deliberación pública de una manera única. La deliberación pública contrarresta las tendencias autoritarias que condujeron, continúan conduciendo, a un debilitamiento del sistema democrático y las violaciones masivas de los derechos humanos [...]. La exhibición de la verdad a través de juicios alimenta la discusión pública y genera una conciencia colectiva y un proceso de autoanálisis²⁸.

La observación siguiente de Atria objeta que esta contribución siempre se concrete. Particularmente depende de las circunstancias de cada país, de cada sociedad, de cada cultura jurídica, y por sobre todo, de la calidad de los procesos judiciales. Pero eso nada dice en contra del argumento. Los procesos judiciales por lo menos no son necesariamente contrarios a la valoración de lo importante que son los derechos fundamentales, como *derechos sagrados*. Si bien la conexión que se intenta hacer entre la judicialización y la pérdida de sentido de los derechos fundamentales tiene un sustento empírico en la realidad nacional chilena –que la jurisprudencia constitucional no se cansa de recordar–, nada obsta a considerar el argumento como falaz, si su pretensión es categórica. Si bien debe reconocerse que el argumento de Nino es débil: nada hay *per se* que juegue a favor de los derechos, el argumento contra la judicialización también es débil: nada hay *per se* en los juicios que juegue en contra de los derechos fundamentales como *derechos sagrados*.

Existe sin duda una mejor y más importante razón para justificar el valor de los juicios constitucionales y descartar el argumento de Atria, y he aquí el verdadero terreno de desacuerdo entre una posición que quiere entregarle todo a la política y una posición de defensa de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales.

²⁸ Atria, op. cit. en nota 20, p. 58; cfr. Nino, C. S. (1991) «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad» en Ackerman, Rosenkrantz y Balbin, *Los Fundamentos y Alcances del Control Judicial de Constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos.

3.2. Los derechos como límites

Las consideraciones precedentes, como se señalará, no impiden la consideración de los derechos no-sagrados, los que generalmente consideramos límites, como algo importante. Lo que precisa es que éstos deben ser encargados a los órganos políticos de conformación democrática. La cuestión de la judicialización radica finalmente, en la pregunta sobre quién debe ser en última instancia el *defensor de la constitución*. Se han dado buenas razones para sostener que los tribunales constitucionales, mas estas razones son las mismas que defienden los *derechos como límites*. Primero se examinará esta última cuestión.

Si bien es cierto que los órganos de conformación democrática están en una muy buena posición para determinar las cuestiones que a derechos se refieren, el valor de estos órganos depende de su adecuación a las reglas democráticas. El que las asambleas y parlamentos tomen todas sus decisiones por mayorías, es un dato que podría preocupar por dos razones. Cuando siguiendo el procedimiento democrático se decide afectar los *derechos de participación política* de manera de perjudicar las reglas democráticas. Este es el caso en que la democracia pierde su valor, volcándose menos democrática. Es un buen momento para que el tribunal constitucional intervenga, y los derechos cobren eficacia. Un caso extremo podría implicar la privación del derecho a voto, a los no-proprietarios por ejemplo. Una forma menos drástica, igualmente nociva y mucho más común implica la censura a ciertas formas de expresión o manifestación política. Si no hay derechos para las minorías, no existe para éstas posibilidad alguna de convertirse en mayoría y acceder al poder. Los derechos de opinión y expresión, de libertad de conciencia, de reunión y asociación, son desde esta perspectiva fundamento directo de la democracia, y la decisión mayoritaria de afectarlos hace a la democracia menos democrática²⁹.

Una segunda razón se vuelve gráfica cuando en períodos de normalidad –y esta hipótesis es mucho *más normal* que la anterior– la mayoría decide afectar *derechos de minorías* que no tienen posibilidades de ser representadas en el debate democrático³⁰. Es de nuevo un buen momento para que el tribunal actúe. En este caso podría sostenerse el valor publicitario del juicio constitucional. En la medida que el juicio constitucional posibilite la consideración de elementos excluidos del proceso de deliberación parlamentario, éste tiene una ventaja deliberativa, la cual lo hace deseable desde el punto de vista democrático³¹. Los órganos judiciales están mejor acondicionados institucionalmente para ello, pero es necesario que se concienticen del valor de la democracia y del papel que ellos juegan en ésta, teniendo una consideración con la dignidad democrática de la ley como decisión mayoritaria³². Es por lo anterior que su intervención sólo estará justificada en circunstancias calificadas. Esto puede referirse a la idea de los derechos como bienes-súper-importantes, *derechos sagrados*, los cuales son cautelados en circunstancias normales, de las decisiones a veces *existencialmente excluyentes* de las mayorías políticas³³.

²⁹ Vid. Ely, J. H. (1997) *Democracia y desconfianza*. Bogota: Siglo del Hombre Editores, pp. 99ss; y Ferreres, V. (1997) *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 268ss.

³⁰ Vid. *id.*, 242ss.

³¹ Vid. *id.*, 164ss. Debe advertirse que la noción que aquí se maneja de democracia no es una que se remite al simple seguimiento de la regla de mayoría, sino que incorpora otros elementos legitimatorios, aunque no necesariamente sustantivos.

³² Vid. *id.*, 141ss.

³³ La importancia de esto podemos verla en casos paradigmáticos, e.g. *Brown v. Board of Education* [349 U.S. 294, 1955]. No dudo que Atria coincida con la corrección de la decisión de *Brown*, tanto desde un punto de vista moral como desde
(Continúa en pág. siguiente)

Tiene sentido pues, la posibilidad de reconsideración de la noción dicotómica sobre derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son cualquier cosa política importante del tipo *restitución de inmueble en contrato de arrendamiento*, pero tampoco son *sólo* las cosas súper-importantes del tipo no exterminio de las personas por razones raciales o ideológicas. Para encontrar una tercera alternativa exigida por las razones de autonomía ya planteadas en contra de los derechos como derechos sagrados, hace falta un test de razonabilidad para la noción de derechos como límites. Los derechos fundamentales tienen su fundamento en la autonomía de los ciudadanos. La limitación de la autonomía en su faz individual o colectiva cuenta como una afectación de derechos fundamentales, sin embargo no toda limitación de derechos fundamentales es ilegítima, y he aquí donde la idea de *derechos como límites* queda reivindicada: es posible, en algún sentido, entender la limitación de los derechos fundamentales como una cuestión sujeta a estándares basados en argumentaciones en torno a la legitimidad de las medidas de afectación. Aquí no puede más que sugerirse la idea de que los estándares de evaluación de legitimidad de limitación de derechos fundamentales como una cuestión racional, se relacionan con la labor de la dogmática jurídica como tradición. El equilibrio entre política democrática y derechos fundamentales en su sentido de límite es por tanto posible y necesario³⁴.

El carácter legitimante de los derechos. Hay un muy importante argumento adicional a favor de la judicialización de los derechos, que se vincula al anterior, o más bien es presupuesto de él. Es el de su carácter legitimante, tanto para la política como para el derecho. ¿Es factible pensar que los ciudadanos consentirían (no necesariamente en términos contractualistas) en la dominación política del Estado, esto es, se embarcarían en la empresa del gobierno colectivo, si no se garantizara en esa empresa la consideración de sus intereses autónomos? Todo hace pensar que el principio de la igual consideración de las personas, implica el deber de delimitar un espacio de autonomía, que el derecho ha pretendido asegurar mediante el expediente de los derechos. La prosecución de los fines individuales no debe quedar al arbitrio de la suma de las voluntades individuales, cuando no están aseguradas las condiciones mínimas de aceptabilidad racional de las decisiones colectivas. Ese aseguramiento se logra en clave de derechos fundamentales. Porque no tenemos una democracia perfecta de acuerdos, son aun más necesarios los derechos como salvaguardas de libertad individual. Es importante que los derechos limiten las decisiones de la mayoría democrática, pues puede suceder que ésta se vuelva pura coacción política de grupos representados. El resguardo de los derechos posibilita las circunstancias comunicativas que hacen de la política democrática una instancia de decisión participativa legitimada procedimentalmente³⁵.

Esta versión del carácter legitimante de los derechos podrá parecer, a los ojos de un lector atento de Atria, ingenua. Existe sin embargo, una versión menos presuntuosa, más modesta, pero incuestionablemente intuitiva. Los derechos como límites, forman parte de lo que podría llamarse la identidad de la comuni-

un punto de vista jurídico –también, obviamente, desde un punto de vista político–, lo que él no justifica es la naturaleza (judicial) de su decisión.

³⁴ El desarrollo jurisprudencial alemán y norteamericano, proveen de ejemplos para ilustrar esta cuestión. El principio de proporcionalidad en Alemania y los estándares de escrutinio en Estados Unidos, junto al desarrollo en ambos países de desarrollos judiciales de deferencia judicial hacia las instituciones políticas (judicial self-restraint), satisfacen las exigencias del discurso dogmático constitucional como discurso especializado y de la deferencia democrática necesaria. Esto último es algo fuertemente discutido.

³⁵ Vid. Habermas, J. (2001) *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

dad. Despojar a la comunidad política de dichos derechos, no sólo sería una medida impopular, sino atentaría contra un sentimiento de pertenencia a una comunidad que aspira, fundamentadamente, a ser una comunidad política en la cual los derechos como límites sirvan para asegurar la autonomía individual en la búsqueda de la realización del propio plan de vida y la participación política de manera igualitaria en el gobierno de la comunidad. Los derechos son desde una perspectiva comunitaria, parte integrante de la identidad de los habitantes de una comunidad política. Luego podremos discutir cuáles derechos o bajo qué circunstancias, primero debemos afirmar la existencia de los derechos, pues ellos nos hacen sentirnos pertenecientes a una comunidad justa. Aquí es donde se rescata el rol de “coordinar a los hombres al interior de la comunidad política”³⁶ que sitúa a los derechos fundamentales como límites dentro de dicha entidad.

Dos concepciones de la política. La concepción de la política democrática que aquí se intenta rescatar apunta al valor de la deliberación y del consenso contra la que Schmitt dirige sus críticas. Es importante remarcar que los derechos como límites tienen como enemigo a la política maquiavélica de la que los seguidores de Schmitt no pueden (o no quieren) desmarcarse. ¿Es acaso a esa política a la que se pretende entregarle la decisión de las cuestiones importantes? Esa concepción robusta y confrontacional no es el objeto de la dignidad democrática que el juez constitucional debe considerar, sino a lo que debe controlar. Es esa concepción de la política a la cual los derechos pretenden limitar. No se pretende señalar que la política deliberativa sea la forma correcta de entender la política, sino que es un ideal para la consecución de decisiones legítimas. En este sentido, la política democrática deliberativa es un sustituto imperfecto de la protección de los derechos, por cuanto hace todavía necesaria la cautela de sus presupuestos. Por otro lado, la política de Schmitt es justamente una política no participativa³⁷. En ese escenario, se hace más necesario el control que, en cuanto hipótesis de legitimación sustantiva, impide la posible autonomización de la producción parlamentaria (como caso típico) respecto a la sociedad y a la opinión pública, por ser éste un nuevo espacio para la deliberación.

Sin duda, estos argumentos no constituyen todavía defensa suficiente de la judicialización. Si bien se han dado razones para considerar a los derechos como límites como algo digno de ser protegido, todavía no se han dado razones suficientes y relevantes para sostener que los jueces sean los personajes adecuados para llevar a cabo esa labor.

3.3. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución?

Ante esta defensa de la eficacia jurídica de los derechos como límites, Atria replicaría probablemente que no está en desacuerdo con esta defensa, sin embargo, no encuentra conveniente ni legítimo entregarle la protección de los derechos a un tribunal constitucional: judicializarlos. ¿Por qué no dejar que los mismos órganos democráticos sean los que protejan los derechos? La objeción de Atria implica, como se ha venido diciendo, dos consideraciones: una sobre la legitimidad y otra sobre la conveniencia. La primera sostiene que en democracia, la política se debe hacer por los medios más democráticos posibles. Estos

³⁶ Smend, cit. en Häberle, P. (2003) *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Granada: Comares, pp. 50s.

³⁷ Vid. Habermas, op. cit. en nota 36, pp. 253ss; cfr. Schmitt, op. cit. en nota 9, p. 205.

medios no siempre coinciden con la actuación ilimitada de los órganos mayoritarios. También se ha sostenido ya que los derechos son presupuestos de la democracia y no deben quedar entregados, por lo menos en alguna medida, a la política (y especialmente negados a la política existencial schmittiana). La segunda consideración sostiene que no es conveniente que el tribunal decida pues, como ya se señaló, los efectos son vulgarización y politización. En lo que sigue se sostendrá la idea de que lo que hacen los tribunales constitucionales no necesariamente es política, en el sentido de los parlamentos, y que tampoco tiene necesariamente los efectos perversos vulgarizadores que se les atribuye.

Atria –como Schmitt– sostiene que los jueces no pueden resolver conflictos constitucionales de manera imparcial, pues los derechos fundamentales son conceptos que necesitan de concepciones para resultar operativos en contextos de aplicación³⁸. Esta imposibilidad no está dada primordialmente por la vaguedad o ambigüedad del lenguaje en que son formulados los derechos, sino con el carácter de controvertidos que tienen los conceptos con que se enuncian los derechos³⁹. Entonces los jueces van a proceder parcialmente, con sus propias concepciones de lo que los derechos fundamentales son⁴⁰. Esto es cierto si se ponen las cosas de esa manera. Pero lo que los jueces constitucionales deben hacer en una democracia no es imponer su propia concepción de los derechos fundamentales al parlamento, como Atria sostiene, sino juzgar la exclusión de una determinada concepción del concepto del derecho fundamental. ¿Pueden los jueces constitucionales hacer esto?

Una respuesta intuitivamente democrática señalará que sólo en casos en que la concepción del legislador se encuentre fuera del concepto de derecho fundamental, el juez podrá legítimamente invalidar la decisión del primero. Los jueces constitucionales actúan como jueces, pero jueces con una labor cualitativamente distinta. El parlamento tiene una prioridad interpretativa sobre el concepto de derecho fundamental, dentro de un margen razonable. La labor del juez constitucional es constatar una irrazonable propuesta del legislador, no imponer su propia propuesta. El ejemplo que Atria plantea del sistema de salud que contradice el derecho a la igualdad, es útil para ilustrar este argumento. En ninguno de los casos que propone –sistema público gratuito y obligatorio o un sistema privado– el juez debería controvertir la constitucionalidad de la ley de salud, pero sí debería hacerlo en el caso de, por ejemplo, un seguro obligatorio que dé todas las prestaciones a hombres y sólo la mitad a las mujeres. Este sería un caso en que el derecho de igualdad de las mujeres estaría abiertamente violado. Es una propuesta irrazonable ante los derechos fundamentales. El juez no debe juzgar el mérito de la decisión, sino su concordancia con el sistema de derechos que, puede estarse de acuerdo, provee sólo de conceptos⁴¹.

³⁸ Sobre la distinción entre concepto y concepción, vid. Rawls, J. (2000) *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de cultura económica, p. 109. También en Dworkin, op. cit. en nota 17, pp. 60–62. Sobre la distinción entre contexto de fundamentación y contexto de aplicación, vid. e.g. Habermas, op. cit. en nota 36, pp. 334s. También, Atria, F. (2001) “Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral* N° 12, pp. 145ss.

³⁹ Vid. Waldron cit. en Ferreres, op. cit. en nota 29.

⁴⁰ Atria, op. cit. en nota 18.

⁴¹ La afirmación de Kelsen sobre el rol puramente negativo de un tribunal constitucional cobra importancia. En la medida que el tribunal se limite a rechazar por inconstitucionales las normas propuestas por el parlamento, no invade la esfera propia del legislador. No afirma su concepción frente a la del legislador, sino se limita a afirmar la incompatibilidad de la medida legislativa con el sistema de derechos. No así, cuando el tribunal constitucional se arroja la potestad de crear normas, o de señalarle al legislador cómo estas deben ser. Vid. Kelsen, H. (1935) ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Madrid: Tecnos; y Habermas, op. cit. en nota 36, p. 335. También sobre la justificación del control

(Continúa en pág. siguiente)

Este argumento da paso a un razonamiento más consistente. Existen razones procedimentales restrictivas de la deliberación en el contexto del tribunal constitucional, que lo distinguen de un parlamento. En un tribunal los jueces no crean derecho sino que lo aplican. Pero para que haga sentido esa distinción se necesita un desarrollo argumental más sofisticado relacionado con el importante rol de la dogmática constitucional.

La dogmática constitucional como disciplina y como tradición con arraigo institucional lleva a cabo dos labores funcionales a la defensa de la judicialización. En primer lugar, posibilita la determinación reflexiva de los estándares de legitimidad de afectación de derechos fundamentales, labor necesaria para la consolidación de éstos como componentes activos del sistema jurídico, posibilitando paralelamente la inyección de legitimidad y el no desvanecimiento de la seguridad jurídica. En segundo lugar, la dogmática constitucional posibilita también el control jurídico de la actividad política, en la medida que restringe, mediante la sofisticación de las posibilidades discursivas dentro del contexto institucional en que se desarrolla y con la afinación teórica de los fines que le son propios, las posibilidades de decisiones arbitrarias, de falta de coherencia y de intervenciones irrazonables, por parte del órgano de control constitucional (función anti-vulgarista). Pero por sobre todo, y al mismo tiempo, posibilita, en la medida que se inserta en un tejido denso de argumentaciones sofisticadas distintas de la argumentación política propia de la discusión parlamentaria, el rescate de la limitación de la política por el derecho. Éste es un control con aspiraciones moderadas, si se inserta dentro de un contexto como el que se ha intentado plantear. Lo que constituye el mejor argumento en favor de la judicialización, es en definitivas cuentas el carácter experto de su discurso. Esa experiencia, la experiencia del jurista y el juez, que posibilitan un conocimiento distinto de la constitución y de la ley, no puede ser sustituida en la esfera de la política parlamentaria. Es paradójico que el carácter tecnificado del discurso jurídico posibilite el objetivo universal de las comunidades políticas, de poner límite al poder.

Resumiendo, lo que se pretende sostener en definitiva, es la especial condición de las cortes constitucionales para juzgar cuestiones sobre derechos fundamentales. Esta afirmación se sostiene en dos ideas, una negativa y otra positiva. La negativa sustenta que los tribunales constitucionales pueden ser catalogados como órganos al servicio de la democracia. La crítica democrática hacia los tribunales constitucionales se sostiene en una ingenua visión de la democracia como sistema ideal, asimilándola a la democracia representativa como sistema real, la disociación entre representantes y representados constituye el principal escollo para tal afirmación. Como se ha sostenido, la democracia necesita de los derechos para su existencia y desarrollo, los derechos son su presupuesto. Es por eso, y porque la democracia no sólo es participación sino también discusión, que no puede utilizarse la objeción democrática sin más como un argumento autoexplicativo contra la judicialización. El parlamento sin dudas es un órgano más representativo que el tribunal, pero no es la encarnación de la democracia⁴².

judicial de la legislación, y en especial del control de la legislación penal, vid. Mañalich, J. P. (2003) «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el derecho penal?» en *Revista Derecho y Humanidades* N° 11.

⁴² Vid. e.g. Schneider, H. P. (1996) «El régimen parlamentario» en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde, *Manual de Derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, pp. 368ss; Rousseau, D. (2002) *La justicia constitucional en Europa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 26ss; y Gargarella, R. (2001) «Representación plena, deliberación e imparcialidad» en Elster, *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa. Ronald Dworkin hace una síntesis de sus críticas contra la visión mayoritarista de la democracia contraponiéndola con la democracia constitucional, en Dworkin, R. (2004) «La lectura moral y la premisa mayoritaria», en Koh y Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos*. Barcelona: Gedisa.

Por otro lado, la idea positiva gira en torno a lo ya sostenido respecto al carácter especial del discurso jurídico. El trabajo que realiza el tribunal constitucional supone la utilización de herramientas de las cuales ni el aparato parlamentario ni los ciudadanos comunes están premunidos, estas son las herramientas que entrega el discurso jurídico como discurso especializado. Si bien los derechos son para los ciudadanos, no son por los ciudadanos. He aquí el carácter aristocrático de la judicialización: para la adecuada cautela de los derechos fundamentales, es necesario un discurso profesional especializado y sofisticado, utilizado por una comunidad de expertos. Son sólo estos iniciados en la disciplina jurídica los que pueden cumplir la labor de jueces constitucionales. Estos no pueden ser remplazados por la labor del órgano parlamentario, por la sencilla razón de que el significado de la constitución y la aplicación de los derechos como límites requiere la utilización de la dogmática jurídica⁴³. El parlamento no puede cumplir esa labor.

El marco de deferencia y la práctica constitucional. Tras aceptar estos tres argumentos podría razonablemente seguirse pensando que Atria tiene razón para afirmar que no tiene sentido entregar la potestad de controlar a las autoridades democráticas a un órgano judicial. Ello, porque las decisiones políticas, en la práctica, sólo construyen dos categorías y no tres como aquí se ha querido plantear. La primera categoría esta integrada por las decisiones tomadas cuando el terror reina. Nada puede hacerse, y dan lo mismo todas las otras variables cuando nos encontramos con el terror. Esta es una categoría que no es problemática. Las decisiones políticas que son tomadas en tiempos de normalidad es la categoría relevante para estos efectos. Se ha sostenido aquí, que estas decisiones pueden ser contrarias a los derechos como límites, y que es importante que esos límites sean protegidos. También se ha sostenido que las cortes constitucionales deben restringir su actuación a supuestos determinados, vinculados a la participación y representación en la política democrática, por razones de legitimidad democrática. Por tanto, en tiempos de normalidad existen decisiones contrarias a los derechos fundamentales, y decisiones que no son contrarias. Cuáles de esas decisiones pertenezcan a cada categoría dependerá del margen de deferencia legislativa en relación al alcance de los derechos como límites. Si se proponen derechos como límite sumamente debilitado, como aquí se ha hecho, es posible pensar que todas las decisiones políticas en tiempos de normalidad caen dentro del margen de deferencia democrática, y que por lo tanto, o estamos en tiempos de terror, o la democracia siempre es más fuerte que los derechos como límites. En esta situación, de nada sirve tener control judicial –es más, empeora las cosas con el vulgarismo imperante– y es mejor optar por eliminar una potestad tal.

Esta forma de entender las cosas está en una encrucijada y tiene que aceptar por lo menos una de dos ideas que parecen erróneas. Primero, una noción de terror que abarca situaciones más bien normales. Puede plantearse que en Estados Unidos antes de Brown reinaba el terror. Esa noción tan amplia de terror no es muy intuitiva. Parece más apropiado entender los Estados Unidos antes de Brown como un periodo normal donde los derechos de los ciudadanos de raza negra eran fuertemente vulnerados. Así también, puede pensarse que todo el periodo de la dictadura militar es un régimen de terror, lo que parece de nuevo contraintuitivo. Segundo, que en la práctica, bajo los supuestos defendidos aquí, todos los casos caen dentro de la deferencia democrática. El problema del ejemplo puesto más arriba que trataba de la discriminación sexual en los planes de salud, no es que no caiga dentro de la deferencia democrática sino

⁴³ Vid. Correa, op. cit. en nota 27; Habermas, op. cit. en nota 36, p. 339; Ferreres, V. (2001) «La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares» en VVAA, Derechos fundamentales SELA 2001. Buenos Aires: Del Puerto, p. 50.

que simplemente no sucede, aunque es un caso de periodos normales, según una noción más restringida de terror. Es necesario entonces un caso más normal aun. En esta tarea se hace especialmente importante mirar más allá de la mera decisión política. Se hace importante mirar las razones de tales decisiones. Una norma que no incluya a los infectados de VIH en el plan de salud estatal, por razones de presupuesto, en razón del alto costo de oportunidad de su tratamiento, puede pensarse que cabe dentro del margen de deferencia democrática. Si las razones de la exclusión, por el contrario, se vinculan a un reproche de tipo moral, en razón de la connotación sexual de la enfermedad, debe pensarse que es contraria a los derechos fundamentales. Este es un caso que puede pasar, y que tiende a pasar. Y aquí es importante recalcar que

[I]a Constitución, en nuestras condiciones de pluralismo social y cultural, tampoco puede entenderse como un orden jurídico global de tipo concreto que impusiese a priori a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho a autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida⁴⁴.

Y que por lo tanto, debe tenerse presente que “[I]o que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide eo ipso con lo que es bueno para todos por igual”⁴⁵.

Conclusiones

Se ha examinado la teoría de los derechos de Atria⁴⁶, considerándose que dos de sus conclusiones son a lo menos discutibles. La importancia de la idea de los derechos como límites y la plausibilidad de que el tribunal constitucional pueda proteger los derechos fundamentales, constituyen la conclusión de tal examen.

La primera idea tiene sustento en la idea de que los derechos fundamentales son presupuesto de la democracia. No es una afirmación liberal sino una justificación republicana de los derechos.

La segunda idea es más compleja y señala que una dogmática constitucional seria es una herramienta que posibilita la determinación de estándares racionales en virtud de los cuales se pueda juzgar la constitucionalidad de las leyes, teniendo una deferencia hacia la decisión legislativa por ser una decisión representativa. Una dogmática constitucional de ese tipo, estructurada como tradición provee una solución que no es vulgarista y no es esencialmente politizada.

Sin embargo deben hacerse algunas prevenciones. La crítica de Atria tiene mucho asidero en la práctica constitucional chilena. La práctica del control judicial de constitucionalidad en Chile, ya sea por vía de control preventivo en el Tribunal Constitucional, o mediante la aplicación judicial de la constitución, especialmente en las acciones de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad y Protección, no forma parte de una tradición dogmática que satisfaga las exigencias legitimatorias que más arriba se

⁴⁴ Habermas, op. cit. en nota 36, p. 336.

⁴⁵ Íd., 334.

⁴⁶ La expresión teoría de los derechos de Atria ha provocado algunos anticuerpos dada la tradicional identificación entre derechos y judicialización, y la radical oposición de Atria a esta última institución. No obstante, sin duda a los trabajos de Atria subyace una teoría de los derechos.

han planteado⁴⁷. Si bien es cierto que esas exigencias son de un tipo ideal, y que admiten sólo cumplimientos graduales, la justicia constitucional chilena no satisface los estándares mínimos suficientes. Si bien este diagnóstico plantea un nuevo desafío, cual es el de determinar cuál es el estándar mínimo de satisfacción de deferencia legislativa y coherencia y seriedad dogmática —esto es, determinar cuando las decisiones de control serán legítimas—, no se puede eludir el problema del diseño institucional como un dato que habla a favor de una respuesta negativa a la siguiente pregunta: ¿ante la insatisfactoria práctica judicial—constitucional chilena debemos abandonar la idea de establecer límites al poder mayoritario, debemos abandonar la instancia que cautela—o está diseñada para cautelar, o por lo menos, forma parte de nuestra conciencia política como un curador de— nuestra autonomía individual y nuestra posibilidad de participación política?

Tal pregunta tendría más sentido en el seno de una asamblea constituyente. La consideración del contexto institucional actual —e imperante en el derecho comparado por cierto— no debe dejarse de lado, a la hora de tomar la decisión de bogar por la supresión de los derechos (o de su judicialización) o de plantearse seriamente el objetivo de mejorar la práctica constitucional nacional. Ese es un objetivo que para ser relevante debe ser compartido por académicos, jueces y abogados⁴⁸. La fórmula a seguir para lograr ese objetivo es otra vez una cuestión discutible.

Este trabajo se expone a una última crítica. ¿No sería sensato que la reflexión académica, antes de preocuparse por las fórmulas de controlar al poder político desbocado, se preocupara de conformar un sistema político que sea razonablemente democrático, en su diseño estructural, sus instituciones y en su contexto argumentativo? La formación de una comunidad política, y del flujo del poder comunicativo que la hace vivir, es algo previo a la protección de dicha comunidad de las atrofias de la democracia. Esto es cierto. Pero puede responderse todavía. Este trabajo pretende no sólo defender la judicialización de los derechos fundamentales, sino también exigir que se mejore la práctica constitucional. Con una mejor práctica constitucional se mejora directamente la integridad del proceso político como un todo. Si pensamos que la práctica política puede sólo medirse por su realidad, por los resultados de los arreglos institucionales y de los desarrollos argumentales de su práctica, no tenemos más remedio que admitir que es posible mejorar la democracia mediante una práctica judicial funcional a este objetivo.

Este trabajo no ha pretendido —ni ha conseguido, creo— entregar una argumentación concluyente sobre el punto tratado, defendiendo exitosamente la judicialización de los derechos fundamentales. Lo que aquí se ha intentado, es reconsiderar algunas ideas a las cuales el Profesor Fernando Atria ha descartado demasiado rápidamente, y que deben considerarse tan importante y cuidadosamente como sea

⁴⁷ La autocomprensión de la labor del tribunal constitucional chileno parece acercarse mucho a lo que M. Perry ha defendido en la discusión norteamericana sobre funciones de la justicia constitucional. Perry “ve al juez constitucional en el papel de maestro o profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la vida de la comunidad” (Habermas, op. cit. en nota 36, p. 331). Esta fórmula hermenéutica tiene plausibilidad en el contexto en que los padres fundadores norteamericanos escribieron la constitución. Esto es, en un contexto de liberación y de deliberación política. Completamente deslegitimada es la posición de los padres fundadores de la constitución chilena de 1980, e insostenible la interpretación histórica en nuestro contexto. Sobre el historicismo, vid. Dworkin, op. cit. en nota 17, pp. 254–260. Para una intrincada crítica a la errada comprensión de la noción de derecho fundamental como derecho subjetivo por la práctica constitucional chilena, vid. Marshall, P. (2003) «¿Nuestros derechos nos obligan?: una cuestión sobre la teoría de los derechos fundamentales» en *Revista Derecho y Humanidades* n° 11.

⁴⁸ Vid. Correa, op. cit. en nota 27.

posible para el debate más conciente sobre esta cuestión. La considerable consistencia del trabajo del Profesor Atria lleva a calificar este artículo un triunfo si se logra (simplemente) cuestionar su punto de vista a los ojos de un lector reflexivo. Se han dado –se espera– buenas razones para ello, y se exige pues, el beneficio de la duda sobre la cuestión de la judicialización de los derechos fundamentales.