

Revalorizando el proceso político para defender derechos

por Gonzalo Candia Falcón



Treinta años han pasado desde la adopción de la Constitución de 1980 en Chile. Sin lugar a dudas la nueva Carta Fundamental ha influido de modo importante en el desarrollo social y económico de nuestro país. En este breve ensayo quiero referirme al papel que ha jugado una de las instituciones claves creadas por la Constitución. Me refiero al Tribunal Constitucional.

Es generalmente aceptado que la labor del Tribunal Constitucional ha protegido tanto principios constitucionales (subsidiariedad, por ejemplo) como derechos fundamentales (propiedad, vida, entre otros). En cierta forma, esta percepción es correcta. Demasiado correcta. Al punto que ha convencido a muchos de que el Tribunal Constitucional es efectivamente *el* órgano llamado a custodiar la protección de los derechos de las personas. Esta concepción ha traído consigo una consecuencia práctica: la minusvaloración del proceso político como herramienta protectora de derechos básicos.

Detrás de esta posición parece estar la típica distinción ideada por Ronald Dworkin entre lo que es un foro “de principios” y un foro “de poder político.” El Tribunal Constitucional sería un foro “de principios,” en el cual es posible discutir seriamente acerca de los derechos. Por el contrario, los órganos de representación política, como el Congreso, serían foros de “poder político” o a lo más foros de “políticas públicas,” en los que no sería posible dialogar con madurez suficiente acerca de los derechos. De allí su incapacidad para proteger garantías fundamentales.¹

Muchos desde el sector políticamente más conservador, sea en la academia o en el Congreso, han asumido este discurso de forma muchas veces inconsciente. Por ejemplo, a propósito de la revisión judicial económica, algunos han dicho que ella se justifica en la medida que los jueces son “*actores desinteresados de los resultados del proceso político,*”² asumiendo, tal como John Hart Ely lo hace, que los jueces “desbloquean” dicho proceso.³ Esta fue la tesis que se impuso el año 2005 en los sectores políticamente más conservadores, cuando ellos junto al sector más progresista entregaron al Tribunal Constitucional la autoridad para declarar la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad de preceptos legales, lo que, sumado al control previo y abstracto de constitucionalidad de las leyes, intensificó el poder del Tribunal dentro del esquema institucional chileno.⁴

Mi tesis es que esta visión acerca del Tribunal Constitucional ha generado una serie de incentivos perversos para los sectores políticamente más conservadores en Chile. Dichos efectos están relacionados con el fenómeno denominado por Mark Tushnet “debilitamiento democrático.”⁵

Gonzalo Candia F.

Investigador
Instituto Res Publica

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister en Derecho por la Universidad de Georgetown, estudiante de doctorado en derecho en la misma universidad y becario Fulbright. Ha recibido los premios “Monseñor Carlos Casanueva” y “Cardenal Juan Francisco Fresno”. Ha sido investigador del Instituto Libertad y Desarrollo y abogado asesor del Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Se desempeña como profesor de derecho constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

La teoría de Tushnet

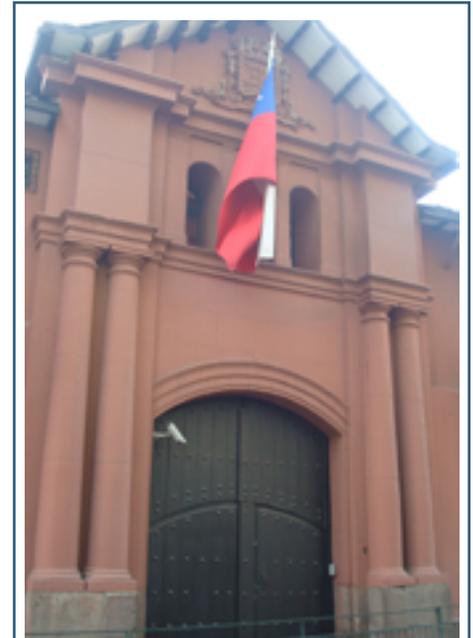
Tushnet explica que si consideramos que el único lugar en el cual es posible discutir derechos fundamentales de forma seria son las cortes, y en nuestro caso el Tribunal Constitucional, entonces la legislatura necesariamente mostrará una tendencia natural a renunciar a este tipo de debates, remitiendo de forma casi inmediata e inconsciente la resolución de cualquier asunto relativo a derechos fundamentales a los tribunales. De esta forma, Tushnet agrega, los legisladores, teóricamente nuestros representantes, abandonan cualquier esfuerzo intelectual destinado a proteger los derechos de las personas. Esto produciría un déficit democrático en el proceso político, porque los ciudadanos perderían la posibilidad de defender sus libertades por medio de quienes son directamente sus representantes.

Un ejemplo de cómo opera este “debilitamiento democrático” ocurrió el año 2004. Ese año el siempre recordado Nelson Ávila introdujo en el Senado un proyecto de ley destinado a permitir la práctica de la eutanasia en Chile. Fue entonces que un grupo de parlamentarios conservadores solicitó al senador Hernán Larraín, entonces presidente de la Cámara alta, ejercer las atribuciones de control político de constitucionalidad consagradas en la ley orgánica del Congreso Nacional, declarando el proyecto inadmisibles por ser contrario al derecho a la vida consagrado en el

artículo 19 N° 1 de la Constitución. Sin embargo, el senador Larraín decidió renunciar a ejercer esta facultad, refiriendo que la norma en cuestión tenía sólo un alcance puramente formal, no sustantivo. Pero lo más interesante es que el senador Larraín utilizó adicionalmente el siguiente argumento: la disputa en cuestión era de carácter sustantivo, por tanto “*si yo...tengo (una objeción en este sentido respecto del proyecto de ley), voy al Tribunal Constitucional.*”⁶

En este caso podemos apreciar un ejemplo del fenómeno descrito por Tushnet. El órgano político, representante de los ciudadanos, decide deferir la solución del problema de constitucionalidad al Tribunal Constitucional sin discutir previamente los alcances del proyecto de ley.

Algunos podrían justificar esta deferencia que el sector político más conservador ha hecho en favor del Tribunal Constitucional basados en la idea de que el resultado de aquella deferencia ha sido sumamente exitoso para ellos. A través de este mecanismo, podrían argüir, se han protegido, por ejemplo, garantías como la libertad para realizar actividades económicas, la libertad de enseñanza, o el derecho de propiedad. La sentencia emblemática que muchos de ellos podrían utilizar para reforzar el argumento es aquella relativa al caso de la “píldora del día después.”⁷



Debilitamiento democrático

Es causado por los legisladores al abandonar el debate sobre los derechos fundamentales.

El caso de la “píldora”

Por el contrario, creo que el caso de la “píldora del día después” muestra toda la ineficiencia del uso *exclusivo* de mecanismos judiciales para proteger derechos. El alcance de la sentencia, en la práctica, supuso tan sólo la prohibición de la distribución gratuita por medio del Estado de un fármaco que atentaba contra el derecho a la vida de una minoría (los no-natos). Pero no supuso la prohibición de venta por medio del sector privado, que incluso hoy sigue con esta práctica. Es más: poco tiempo después la misma legislatura permitió la distribución estatal y gratuita del fármaco bajo ciertas condiciones.⁸ El resultado final no parece ser muy efectivo desde la perspectiva de la protección al derecho a la vida. Por el contrario, parece ser sumamente deficiente.

Esto nos lleva a plantearnos una pregunta. ¿Debe el sector más conservador continuar con la política de confianza absoluta en el Tribunal Constitucional

para proteger garantías como la vida, la libertad o la propiedad? Mi respuesta es no. Los hechos descritos deben mover a aquel sector a volverse hacia el proceso político. Durante mucho tiempo la actitud de los conservadores respecto de la actividad legislativa ha sido no sólo de desconfianza, sino, muchas veces, de un aristocrático desprecio. Esta actitud debe cambiar. Si dicho sector desea, por ejemplo, luchar por el derecho a la vida de minorías como los no-nacidos, debe asumir que el campo de batalla no es el Tribunal Constitucional, sino, primeramente, el Congreso Nacional.

Es en el Congreso donde el sector más conservador debe ser capaz de convencer. No es posible que los políticos adscritos a ese sector renuncien por anticipado a asumir sus responsabilidades entregando la solución de todos los problemas a los jueces, tal como solían hacerlo los grupos más liberales en los Estados Unidos hace algunas décadas atrás. Por el contrario, es necesario que los conservadores revaloren las oportunidades ofrecidas por los espacios de discusión política para la protección de los derechos. Eso

implica, a su vez, que el electorado más conservador debe asumir seriamente sus responsabilidades al interior de la comunidad política, eligiendo como representantes a ciudadanos que realmente estén dispuestos a discutir y proteger sus principios y valores de forma inteligente, sin deferir la solución de cada problema de constitucionalidad al Tribunal Constitucional. En fin, parece necesario que el sector más conservador, tal como Tushnet señala, debe comenzar a “sacar la Constitución fuera de las cortes.”⁹



¿Debe confiarse el resguardo de estos derechos exclusivamente al Tribunal Constitucional?

1. RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 32 (1982).
2. Jose Francisco García, *El Tribunal Constitucional y el Uso de Tests: Una Metodología Necesaria para Fortalecer la Revisión Judicial Económica*, 38 (1) Revista Chilena de Derecho 101, 116 (2011).
3. JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST. A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 124 (1981).
4. Ley N° 20.050, Reforma Constitucional que Introduce Diversas Modificaciones a la Constitución Política de la República. *Diario Oficial*, 26 de agosto de 2005.
5. Mark Tushnet, *Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*, 94 MICH. L. REV. 245, 250 (1995).
6. Senador Larrain Atribuyó a Diferencia de Criterios en las Cámaras Aceptación de Ley de Eutanasia, PORTAL DE NOTICIAS TERRA (May 15, 2006), http://www.terra.cl/actualidad/index.cfm?id_cat=1675&id_reg=624329
7. Rol N° 708 (2008): Tribunal Constitucional, 18 de abril de 2008 (Requerimiento de Inconstitucionalidad).
8. Ley N° 20.418 Fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad. *Diario Oficial*, 14 de enero de 2010.
9. MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (1999).