

La Constitución tramposa

Fernando Atria



| CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS

Lo polémico y su trivialización

Pero no es conveniente adelantarnos. Lo que hemos observado puede ser generalizado en la relación derecho/política: el derecho trivializa las cuestiones políticas. Hoy es políticamente importante determinar si vivimos o no bajo la Constitución de Pinochet. Antes de responder a esa pregunta debemos conocer la significación de las reformas (entre otras) de 1989 y 2005. ¿Fue alguna de esas reformas tan significativa que debemos decir que ya no es la misma Constitución?

Aprovechando la distinción que hemos introducido al final de la sección anterior, podemos decir: si lo modificado son leyes constitucionales, es una reforma constitucional; si lo modificado es la constitución misma, se trataría de una nueva constitución. En el sentido político esto es correcto, pero jurídicamente hablando es impertinente porque la distinción entre constitución y ley constitucional es invisible: para el derecho, el artículo 4º (“Chile es una república democrática”) es tan constitucional como las disposiciones ya mencionadas sobre los fiscales regionales o los templos. Ambos tienen forma constitucional, pues están en ese texto especialmente difícil de modificar. Esto permite manejar un concepto fácilmente identificable de constitución, aunque a costa de perder la distinción fundamental entre constitución y ley constitucional. Es en este sentido que el derecho trivializa la política⁴.

Esto no es una necesidad específica del derecho. La función trivializadora del derecho da en realidad la clave para entender nada menos que su sentido, que es precisamente dar forma a cuestiones que sin él no tendrían forma y no podrían ser identificadas sin conflicto. Pero esta función implica, a su vez, una limitación al momento de tratar cuestiones políticas importantes: si ellas son entendidas a través del derecho, lo que es políticamente decisivo será irrelevante, y lo que es políticamente irrelevante será decisivo.

Aquí puede ser útil hacer una digresión sobre el conflicto político para entender por qué su trivialización, por parte del derecho, no puede ser

4 Hoy es un lugar común negar la relevancia de la distinción entre derecho y política sosteniendo, por ejemplo, que en la interpretación constitucional ambas dimensiones están en alguna medida mezcladas. Se dice así, como si con eso se solucionara algún problema, que la interpretación constitucional es una tarea “jurídico-política”. Esta es quizá la señal distintiva de una reflexión jurídica que ha devenido complacientemente conceptualista, es decir, una reflexión jurídica para la que el derecho no tiene ninguna importancia. Decir que la interpretación de la constitución es “jurídico-política” —sin que eso sea el prólogo a alguna discusión importante— es un absurdo porque ignora que el sentido del derecho es, como veremos, despolitizar, hacer de lo polémico algo no polémico.

entendida como un déficit, como un problema, sino como la explicación de por qué el derecho es necesario para hacer la política posible. El conflicto político es polémico. En el sentido en que uso aquí esta palabra, un conflicto es polémico cuando no puede ser adjudicado, no puede ser decidido sin tomar partido. No toda controversia es en este sentido polémica. Cuando el juez, por ejemplo, decide que el imputado efectivamente es responsable del delito por el que se le acusa, está decidiendo la controversia entre él y el ministerio público, pero no está tomando partido por este último: si el juez tomara partido por una de las partes no podría ser juez. El juez resuelve la controversia desde el punto de vista del derecho, que es imparcial al ministerio público y al acusado (si no lo es, ese es por supuesto su déficit. El derecho reclama ser imparcial, y si no lo es incumple su propia promesa). El derecho aquí constituye para el juez una perspectiva que pretende imparcialidad, una perspectiva que le permite decidir la contienda que las partes libran delante suyo que por decidirla se esté revelando como un aliado de la parte que a su juicio merece ganar. El supuesto básico, elemental, de la idea de jurisdicción y poder judicial es que los conflictos que se deben solucionar son conflictos no polémicos, es decir, conflictos que pueden ser solucionados desde una perspectiva imparcial, sin que solucionarlos implique tomar partido. Es por esto, por ejemplo, que el juez debe fundar su decisión en derecho y le debe a quien pierde el juicio una explicación o justificación de por qué su fallo es una resolución imparcial de la controversia. A lo mismo se debe, también, que un diputado no necesite fundamentar su voto a favor o en contra de un proyecto de ley: un diputado socialista no tiene el deber de decidir con imparcialidad, sino desde una óptica socialista. Muchas otras cuestiones importantes se siguen de aquí: el juez es independiente y debe ser inmune a la opinión pública, el diputado no; el diputado obtiene su legitimidad del hecho de ser elegido popularmente, el juez de haber sido nombrado a través de un proceso que da garantía de su conocimiento del derecho (de eso que le da la posibilidad de decidir imparcialmente).

El conflicto político, hemos dicho, es polémico. Es el conflicto sobre lo que va en el interés de todos. Esto, por cierto, no supone ingenuidad alguna al respecto, sino solo tratar de identificar cuál es el estándar interno a la discusión pública⁵. Ese estándar es el interés de todos: quien participa de la discusión política reclama estar defendiendo una posición acerca de lo que va en el interés de todos. Si la UDI defiende la educación provista con fines de lucro, el argumento que usará en público será que cree que permitir

5 Para una discusión más detenida de esta forma de caracterizar lo político, véase Fernando Atria. *Veinte Años Después: Neoliberalismo con Rostro Humano* (Santiago: Catalonia, 2013).

la educación con fines de lucro es algo bueno para el sistema escolar; dirá que eso es algo conveniente para todos. Por supuesto, quienes creen que es imprescindible eliminar la educación provista con fines de lucro alegarán precisamente lo contrario: que esa eliminación es lo que va en el interés de todos, y que la posición de quienes defienden esa forma de provisión es una manera oculta de defender el interés de los empresarios, etc.

Yo por supuesto no soy imparcial en este debate⁶. En realidad ese es precisamente el punto: no se puede ser imparcial en ese debate, porque decidirlo es tomar partido. Esto quiere decir que el conflicto no puede ser llevado a un tercero imparcial porque no hay una perspectiva imparcial desde la cual decidirlo.

Nótese que el hecho de que el conflicto político sea polémico no tiene nada que ver con otra discusión con la que a veces suele mezclarse: la de si hay o no “verdad”, o si esta es relativa, etc. El punto no es sobre lo que es verdadero, sino sobre la inexistencia de un modo de decidir imparcialmente un conflicto. Al decir que la proposición “debe prohibirse la educación provista con fines de lucro” es objetivamente correcta yo estoy diciendo que ella se apoya en las mejores razones. Que sea una cuestión política (polémica) no depende de que descansa o no en las mejores razones, sino del hecho de que aceptar o rechazar esa proposición produce una alineación política. Es por eso que es posible que cuestiones políticas (polémicas) dejen de serlo y que, recíprocamente, cualquier conflicto puede hacerse político, en la medida en que deviene polémico.

Esto es lo que hace tan problemática la apelación al “conocimiento experto” en política. El conocimiento experto se legitima precisamente por su pretensión de imparcialidad, pero cuando se usa políticamente es un conocimiento que alega ser imparcial pero no lo es. Los “expertos” siempre fundan sus aseveraciones en lo que “la evidencia empírica sugiere”, pero dado lo que dicen cuando hablan de cuestiones políticamente relevantes pareciera que hay evidencia empírica de derecha y de izquierda.

Las instituciones políticas son las formas en que lo polémico del conflicto político es contenido para permitir la discusión y el conflicto político sin que se desate la violencia. El sentido de la discusión pública, tanto en sus espacios formalizados como en los informales (el Parlamento y la opinión pública, respectivamente) es que en ella han de enfrentarse quienes tienen posiciones opuestas sobre, por ejemplo, la conveniencia de la educación provista con fines de lucro. De esta discusión podrá surgir una decisión al

6 Véase Fernando Atria, *Mercado y Ciudadanía en la Educación* (Santiago: Flandes Indiano, 2007) y *La Mala Educación* (Santiago: Catalonia, 2012).

respecto, que puede ser promulgada como una ley. La ley decide que, a su vez, será una determinación de la cuestión política discutida: ¿es conveniente la existencia de la educación provista con fines de lucro? Nótese que cuando la ley ha sido dictada, es posible responder esta pregunta imparcialmente, por referencia al derecho y con independencia de la posición de cada uno al respecto (que sigue siendo polémica). Ahora es posible decir que, conforme a la ley, la educación con fines de lucro es (o no) permitida. Esta cuestión sobre la educación provista con fines de lucro es de hecho hoy evidentemente polémica (=política) en Chile. Pero no es polémica la cuestión de si es lícito ofrecer educación escolar o universitaria con fines de lucro (la respuesta no polémica, por supuesto, es afirmativa en el primer caso, negativa en el segundo) porque esto está zanjado por una ley. Y determinar el contenido de la ley no es polémico. El derecho, entonces, hace de lo polémico algo no polémico. Lo hace trivializándolo, porque ahora la pregunta no es qué es lo que va en el interés general, sino qué es lo que dispone la ley. Y para saber esto basta con leer el diario oficial⁷.

El derecho es, entonces, una manera de hablar del conflicto político; una manera cuyo sentido es purgar a este de su dimensión polémica y hacerlo medible, comparable, predecible. Esta es la dimensión positiva del hecho ya notado de que el lenguaje jurídico es paleontológico. Solo cuando un concepto se ha purgado de su “polemicidad” puede ser reconocido por el derecho. Por eso el argumento anterior no debe ser entendido como un argumento “antiintelectualista”, es decir, uno que rechaza la reflexión teórica sobre el derecho y su significación, o la dignidad de la perspectiva propia del derecho. Al contrario, es un argumento que rescata y defiende la autonomía

7 Al discutir, en el anexo, sobre interpretación constitucional, veremos que hoy está de moda una manera de interpretar la constitución que se ufana de ser no “literalista” sino “sistemática y finalista”. Como veremos entonces, una comprensión puramente finalista de la interpretación reclama que para interpretar un texto como el constitucional lo que debe ser determinante es la realización de la finalidad constitucional, y que cuando dicha finalidad no se realice en las reglas respectivas, esas reglas deben ser reformuladas por la vía interpretativa para que la finalidad sea cumplida. Este entendimiento de la interpretación tiene una base de verdad, ya que se alza como reacción a una idea formalista o literalista de la interpretación (donde lo que importa no es el sentido de las reglas sino su formulación literal). Pero una interpretación puramente finalista es una deformación, precisamente porque niega el momento trivializador del derecho y restablece lo polémico de lo político. En efecto, como las finalidades constitucionales no son identificables sino polémicamente, una interpretación puramente finalista implica transformar el derecho en un concepto polémico. Estas apreciaciones generales se harán, o al menos así lo espero, más claras cuando consideremos, en el anexo, la acusación de que una determinada interpretación de ciertas reglas constitucionales es un fraude o un resquicio.

del derecho y que la interpreta como la trivialización de lo polémico. Pero la autonomía del derecho (es decir, el hecho de que la determinación de lo que es jurídicamente el caso sea, al menos normalmente, autónomo de la determinación de lo que es políticamente conveniente o justificado) tiene un precio, y ese precio es que el derecho, en tanto lenguaje para hablar de lo político, es un lenguaje invertido. Y cuando se trata de lo político necesitamos recuperar ese lenguaje polémico. Así ocurre con el tema de la nueva constitución/asamblea constituyente: este no puede ser entendido a menos que recuperemos ese lenguaje, que le restituyamos al lenguaje la polemicidad que el derecho le extrajo. Para eso, debemos recorrer el camino que va de la política al derecho pero en sentido inverso: desde el derecho hacia lo político. Es posible hacer esto porque al trivializar los conceptos políticos el derecho deja huellas, es decir, deja marcado el camino que fue necesario recorrer. Recorrer ese camino en sentido inverso es lo que aquí será llamado “hablar al revés”. Antes de explicar qué es esto, es conveniente detenerse en por qué es importante hacerlo.