



Jueves, 23 de enero de 2020

Noticias



Santiago, 22 de abril de 2019

Rol de TC, nueva Constitución, democracia.

Agustín Squella, profesor de filosofía del Derecho: "Ya no es sólo una crisis la que afecta a la democracia en el planeta".

"Como no hay manera de acreditar el mayor valor de verdad de un determinado ideal de justicia sobre los restantes, puesto que los hay varios, diferentes y hasta contrapuestos, en las elecciones no se decide acerca de la verdad, sino solo acerca de quién tendrá derecho a ocupar el gobierno y ejercer el poder".

Por Mauricio Fuentes*

Su bibliografía comprende varios libros y artículos que, si hubiera que clasificar, abordan, por un lado, asuntos propios de la teoría del derecho y la filosofía jurídica y, por otro, exponen aspectos biográficos o de carácter más personal. Ante un lector que quisiera adentrarse en su trabajo, ¿por dónde debería empezar? ¿Cuáles cree usted que son las obras centrales de su pensamiento filosófico y cuáles son las que exponen de manera más cabal el aspecto auto biográfico de sus escritos?

Agustín Squella: Es difícil hablar de uno mismo y más aún es hacerlo de la obra que uno ha producido. Esta última nos pertenece, es verdad, pero de alguna extraña manera deja de ser nuestra en la medida en que se publica y pasa a ser leída por otras personas.

La pregunta hace una correcta distinción en este sentido: libros de teoría y filosofía del derecho, especialmente para estudiantes, y libros que tratan de asuntos más personales, subjetivos incluso. Entre los primeros destaco *Introducción al Derecho*, especialmente en la versión de Thomson Reuters, *Filosofía del Derecho*, y *Curso de Filosofía del derecho*, este último en conjunto con Luis Villavicencio y Alejandra Zúñiga. Entre los segundos debo mencionar *¿Cree usted en Dios?, Yo no, pero..., ¿Es usted feliz?, Yo sí, pero..., Soy de Wanderers y de Valparaíso*, y *Lugares sagrados. Hermano, no tardes en salir* es tal vez el libro más personal, y da cuenta de mi mundo familiar y de la actividad hípica. Hay también obras de teoría política, breves, sencillas, dedicadas y destinadas a jóvenes universitarios que se interesan por las palabras que sigue y los valores que hay detrás de cada una de ellas, tituladas *Igualdad, Libertad, Fraternidad y Democracia*, esta última aparecida en marzo de 2019 y con un subtítulo algo atemorizante: *¿Crisis, decadencia o colapso?* Un texto que valoro mucho, es *Deudas intelectuales*, en las que hago una

semblanza intelectual, y espero que también vital, de cuatro figuras que me han influenciado mucho en mis ideas jurídicas y políticas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Jorge Millas y Carlos León. La influencia de Carlos León fue decisiva para mí, aunque no en el terreno jurídico ni político, sino existencial. Reforzó en mí un cierto escepticismo y una mirada más compasiva sobre los hechos y personas de nuestra vida. Lo que debemos dispensarnos unos a otros es ese contrato de indulgencia mutua de que habló Séneca.

¿Por dónde empezar? Es difícil decirlo. Mejor confiar en que sean los lectores quienes lo decidan, teniendo en cuenta sus preferencias intelectuales, aunque, claro, los estudiantes de derecho tendrían que hacerlo partiendo por *Introducción al Derecho*. De esa manera puedo compartir con ellos mi visión del derecho, de sus fuentes, de sus funciones y fines, del ordenamiento jurídico, de la interpretación, y todo ello sin que los jóvenes tengan que soportar las clases en vivo y en directo de un profesor con poca paciencia y con fama de cascarrabias.

M.F.: *Desde sus primeros trabajos a la fecha, ¿advierte en su obra una evolución o cambio en sus puntos de vista acerca de la filosofía jurídica y la teoría del derecho?*

A.S.: No creo haber cambiado mucho a ese respecto, salvo que en los últimos años me he ocupado de temas que están más cerca de la filosofía política que jurídica. Así los muestran, según creo, mis publicaciones sobre el liberalismo, los derechos humanos, la libertad, la igualdad, la fraternidad, y, sobre todo, en el libro de este año, *“Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?”* Cuando me incorporé como miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile leí un trabajo que titulé *“¿Qué he aprendido enseñando filosofía del derecho?”*, que hoy, transcurrido ya más de una década y media, suscribiría en todas sus partes. Otra prueba de que ha existido una cierta continuidad de pensamiento será *Desobediencia*, un libro breve en el que trabajo en este momento y que estará dedicado y destinado a lectores jóvenes. El libro estará en línea con un texto mío, de 1999, titulado *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el derecho?*

M.F.: *A propósito de su trabajo en la filosofía del derecho, usted la describe como un tipo de filosofía regional, es decir, como un tipo de saber especializado que se ubica dentro de la filosofía general. Siguiendo esta idea, ¿usted cree que dentro de esta filosofía regional especializada exista, a su vez, una filosofía del derecho propia del mundo latino? De ser así, ¿cuáles son los temas centrales que debieran preocupar a una filosofía regional latinoamericana que se enmarque dentro de esa otra filosofía regional que es la filosofía del derecho?*

A.S.: Hay un cierto boom de las filosofías regionales o especializadas. Me refiero a la filosofía de la política, del arte, de la religión, de la ciencia, y por supuesto del derecho. En cuanto a esta última, existe por cierto una hispanoamericana, aunque entendiendo por tal la que ha sido producida por autores de habla castellana, especialmente españoles, mexicanos y argentinos. También chilenos, pero en menor número y con menor impacto. Pero eso es todo. Los principales filósofos del derecho en nuestra lengua han escrito sobre problemas generales de la filosofía del derecho, no sobre asuntos que conciernan solamente a nuestros países, y han hecho bien al proceder de esa manera. Hay también abundante y muy buena filosofía del derecho en Brasil, y en la misma línea general antes indicada. La filosofía general, y también la del derecho, tienen una pretensión de universalidad. Una pretensión difícil de lograr, pero que no está mal proponérsela. La filosofía, ni la general ni la del derecho, pueden ser locales, aunque bien pueden enfatizar

de pronto el análisis de cuestiones generales que, por alguna circunstancia, tienen una aplicación más directa en asuntos de tipo local y contingente. Pero la filosofía del derecho, por definición, se ocupa del derecho, así, en general, o, si se prefiere, en universal, y no de uno más derechos en particular.

M.F.: *En los últimos años, se ha verificado un debate acerca de la posibilidad de reducir las horas de filosofía en la educación escolar. A propósito de ello, en su opinión, ¿dónde radica la relevancia de la formación en filosofía general, y de filosofía jurídica en particular, para los estudiantes de derecho?*

A.S.: La filosofía general debe tener presencia en la enseñanza media. No debe ser suprimida ni tampoco reemplazada por cursos de psicología o, peor, por cursitos de autoayuda. Jorge Millas decía que filosofar es poner en tensión la inteligencia y pensar hacia el límite de nuestras posibilidades. Hacia el límite, no hasta el límite, porque ¿quién puede decir que llega a pensar hasta el límite sus posibilidades? Y la filosofía del derecho, de la mano de esa idea, consistiría en tensionar nuestra inteligencia acerca del derecho y pensar sobre este hacia el límite nuestras posibilidades. Poner en tensión la inteligencia, digo yo, al modo como cuando recogemos del suelo un delgado cable de acero y lo estiramos desde sus dos extremos. Tensión como un estado de alerta y no como una manera de abrumarnos innecesariamente. Esa tensión debe ser ejercitada desde la enseñanza media y, en el caso de la formación jurídica, continuada en las facultades de derecho. ¿Qué es el derecho? ¿Cuáles son las funciones del derecho y cuáles sus fines? ¿Qué es justicia? ¿Cuáles son las distintas concepciones de la justicia?, son típicas preguntas a partir de las cuales debemos tratar en un curso de filosofía jurídica que los estudiantes intenten pensar hacia el límite sus posibilidades, sin satisfacerse con algunas definiciones o explicaciones de manual que abundan en los textos de estudio, pero que simplifican mucho esas cuestiones. Por ejemplo, en la enseñanza media no estaría nada de mal que se trabajara en problemas de ética práctica -por ejemplo, fecundación artificial, contracepción, aborto, eutanasia, pena de muerte, etc-, mas no para decir a los jóvenes qué deben pensar sobre cada uno de tales asuntos, sino para ayudarlos a que ejerciten su razonamiento y argumentación moral a propósito de ellos. Ejercitarse en el razonamiento moral y no transmitir verdades morales, a eso me refiero.

M.F.: *En su trabajo usted ha defendido, desde su tesis doctoral, una noción de positivismo jurídico que propone una distinción conceptual entre derecho y moral. Sin embargo, en el último tiempo, a raíz de la recepción de la teoría de los principios jurídicos y de la teoría de la ponderación, han surgido una serie de autores que vinculan, en mayor o menor medida, ambos conceptos. Se trata del fenómeno del neoconstitucionalismo, el que ha adquirido una cada vez más frecuente aceptación y recepción, incluso en tribunales como el Tribunal Constitucional chileno. ¿Cómo evalúa este fenómeno? ¿Comparte algunos de los postulados del neoconstitucionalismo?*

A.S.: Yo entiendo el positivismo jurídico, ante todo, como una doctrina monista, esto es, que afirma la existencia del derecho positivo como único derecho, entendiendo por tal el que la especie humana ha producido y produce y que no ha recibido de ninguna divinidad que nos lo haya entregado al modo como Jehová entregó a Moisés las tablas de la ley o que lo hubiera esculpido en nuestra naturaleza racional o depositada en el interior de las cosas. Una típica doctrina dualista son las doctrinas del derecho natural, que afirman que además del derecho positivo, del derecho puesto o creado por actos de voluntad humana, existe un derecho natural anterior y superior a aquel, que habría sido dado por Dios, esculpido en nuestra naturaleza racional o que se encontraría ínsito en la naturaleza de las cosas. Es más, para un positivista la expresión "derecho positivo" es redundante, puesto que no hay más derecho que el positivo.

Asimismo, los positivistas sostenemos que es posible identificar algo como derecho con independencia del juicio nos merezca desde un punto de vista moral. ¿Hubo derecho en la Alemania de Hitler? Por supuesto que lo hubo. ¿Lo hubo en la Rusia de Stalin, en la Cuba de los hermanos Castro, en la España del general Francisco Franco o en el Chile de Pinochet? Claro que lo hubo. Algunos o todos esos derechos pueden merecernos graves cuestionamientos morales, y con justa razón, mas no por ello dejan de ser lo que fueron o son: ordenamientos jurídicos que tuvieron vigencia, obediencia y aplicación en un lugar y tiempo determinados. Cuando un ordenamiento jurídico o cualquiera de sus normas o instituciones nos parecen inmorales, lo que hay que hacer no es negarles el carácter de derecho, sino, como proponía Herbert Hart, decir que eso es derecho, pero que, a la vez, resulta demasiado inicuo para obedecerlo como tal, llamando entonces a la desobediencia civil y, si cabe, a la desobediencia revolucionaria.

Por otra parte, el constitucionalismo ha representado un problema para el positivismo jurídico, mas no un problema insalvable. El constitucionalismo, visto como un hecho, consiste en llevar más y más derecho a las Constituciones, bajo la forma no solo de reglas, sino también de principios, derechos fundamentales y valores superiores, unos estándares, estos tres últimos, que tiene una clara raíz moral. Por otra parte, el constitucionalismo, visto ahora como doctrina, es un punto de vista acerca de que ese fenómeno que acabo de describir es bueno, favorable, y que debe ser alentado. Pero, aunque el derecho tenga una carga moral, o una raíz moral, ello no impide reconocerlo como tal al margen del juicio que nos merezca desde un punto de vista igualmente moral.

Personalmente, tengo algunas reservas frente a ese fenómeno, sobre todo ante la tendencia de llevar o poner más y más derecho en las Constituciones. Ni Constituciones telegráficas ni tampoco Constituciones sobreescritas. Ni grafomanía ni telegrafía constitucional. Ese es el camino, según creo. Llevar más y más derecho a las Constituciones, atendidos los quórumos supramayoritarios que estas requieren para su modificación o cambio, es una manera de sustraer ciertos contenidos o materias al debate democrático y a la aplicación de la regla de oro de la democracia: la regla de la mayoría. De alguna manera, llevar más y más derecho a las Constituciones es congelar ese derecho y dejar atados de manos a los electores y legisladores del futuro. ¿Con qué derecho? En tal sentido, el constitucionalismo es un fenómeno y una doctrina con un evidente tufillo conservador.

M.F.: *Vinculado con lo anterior, durante el último tiempo se han dirigido fuertes críticas al rol del Tribunal Constitucional a raíz de un conflicto institucional no resuelto con la Corte Suprema. ¿Cuáles cree usted que son las causas que explican esta crisis y, en particular, cuál es el papel que juega en este problema la reforma constitucional de 2005, que amplió las facultades de dicho tribunal?*

A.S.: No pocas de las críticas a la Corte Suprema, y en general a nuestros tribunales de justicia, provienen de una mala comprensión de la función jurisdiccional o de un entendimiento de esta muy ligado a la escuela de la exégesis, que veía en el juez solo a un esclavo de la ley, algo así como la boca por la que hablan la ley y su creador, como si los jueces aplicaran y no crearan derecho. Legisladores y jueces crean y aplican derecho, y para aplicarlo, lo interpretan. Hay una trama inescindible entre las funciones de crear, producir e interpretar derecho. El legislador, que produce derecho por medio de la ley, aplica e interpreta el derecho que está en la Constitución, mientras que los jueces, que indudablemente aplican e interpretan el derecho, no por ello dejan de producirlo en los fallos que dictan. Es un error ver separadas y más aún enfrentadas esas tres operaciones: crear, aplicar e interpretar el derecho. La diferencia entre legisladores y jueces es solo de grado: en el caso de los primeros, hay mayor énfasis en la producción de derecho que en la aplicación e interpretación de este, y en el caso de los jueces el énfasis está en la aplicación e

interpretación y no en la producción. Pero eso es todo. Y acerca de la interpretación, algo más: el derecho es interpretable. Suele tener por base de sustentación un texto (el de una Constitución, de una ley, de un tratado, de una resolución administrativa, de un contrato), y cada uno de esos textos llama a que lo interpreten. Tienen, si se quiere, una apetencia interpretativa. E interpretar esos textos no es una operación intelectual encaminada a establecer el correcto sentido y alcance de los mismos, sino los posible sentidos y alcances que los textos admiten, y esto, en el caso de los jueces, no de una manera abstracta y general, sino por referencia a cada uno de los determinados casos o asuntos de que conocen los jueces.

M.F.: *En Deudas Intelectuales, usted suscribe las ideas de Kelsen a propósito de la vinculación entre relativismo ético y democracia. Habida cuenta del auge del populismo que, por vía democrática, ha puesto en tensión derechos humanos que se suponían compartidos globalmente, ¿cree que es hora de revisar la relación existente entre ambos conceptos?*

A.S.: Una manera de fundamentar la democracia, esto es, de dar razones a favor de esa forma de gobierno, es la que señala la pregunta. Como no hay manera de acreditar el mayor valor de verdad de un determinado ideal de justicia sobre los restantes, puesto que los hay varios, diferentes y hasta contrapuestos, no queda más que los ciudadanos sean llamados a votar y decidir entre ellos, por breves períodos de tiempo, porque ningún gobernante ni fuerza democrática se elige para toda la vida, sino por determinados períodos. A mí me parece una manera muy convincente de fundamentar la democracia: como no es posible dirimir racionalmente entre ideales o doctrinas acerca de la justicia que no son compatibles entre sí, no queda más que consultar a los ciudadanos para que sean estos los que se pronuncien acerca de ellos y de los programas de gobierno que compiten en las elecciones. Elecciones en las que no se decide acerca de la verdad, sino solo acerca de quién tendrá derecho a ocupar el gobierno y ejercer el poder.

Hay por cierto otras maneras de fundamentar la democracia. Algo se dice sobre cada una de ellas en mi último libro, *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?* Y, la verdad sea dicha, ya no es solo una crisis la que afecta a la democracia en el planeta. Es algo más. Algo parecido a su decadencia, a su término, a su colapso. ¿Podremos parar eso? Ojalá, porque no se ha inventado una forma de gobierno mejor que la democracia. Con todas sus limitaciones, propias de ella algunas y otras puestas por sus enemigos, la democracia es la forma de gobierno que mejor examen rinde en cuanto a la declaración, protección y promoción de los derechos fundamentales, de manera que quien de valor a estos últimos debería darlo también a la democracia. Ahí tiene usted otra manera de justificar la democracia, o sea, de argumentar a favor de la preferencia que tenemos por ella y no por otras formas de gobierno.

M.F.: *En su último trabajo usted expone una fuerte preocupación por el estado actual de la democracia y propone evitar el inmovilismo o desazón respecto del futuro de esta forma de gobierno. Suponiendo que, como describe en su texto, las causas de la crisis, decadencia o colapso de la democracia tienen que ver con prácticas políticas a propósito de fenómenos como la corrupción, la pérdida de relevancia de la ética política, el debilitamiento de la participación y deliberación democráticas, el empobrecimiento del lenguaje y el populismo, ¿qué reformas abordaría con mayor urgencia para un mejor estado de la democracia en Chile?*

A.S.: Mi libro identifica los males que para la democracia representan los que se identifican en la pregunta. Pero el mal mayor me parece aquel que se desarrolla en el tercio final del libro: el matrimonio entre democracia y capitalismo, y más precisamente, entre democracia y capitalismo neoliberal. El capitalismo es un sistema económico, pero tiene desde hace ya sus buenas tres o cuatro décadas un refuerzo en la doctrina neoliberal, que es mucho más que económica, y mi sensación es que podrían estarse pasando hoy cuentas a la democracia, que es un régimen político, no económico, que en verdad tendrían que ser pasadas a ese capitalismo neoliberal que se ha impuesto a nivel planetario. No empleo aquí la palabra “neoliberalismo” de manera peyorativa, que es lo que suele hacerse, como un término que resumiría todo lo que no nos gusta de nuestras actuales sociedades. La empleo de manera objetiva, descriptiva, para aludir a una muy precisa corriente del liberalismo, que tiene no pocos autores del siglo XX y del actual que la suscriben como la mejor versión o aplicación de la doctrina liberal. El liberalismo es un árbol con varias ramas, y el neoliberalismo es una de ellas, o, si se prefiere, el liberalismo es una raíz bajo tierra de la que han emergido varios troncos, uno de ellos el neoliberalismo, igual que pasa en la naturaleza con algunos árboles que no tienen uno, sino varios troncos.

En el caso de Chile, habría que partir por darnos una nueva Constitución, esta vez sí democrática, tanto en su origen como en sus contenidos. Pero ya ve usted como el problema ha sido escamoteado. Este es un país que vive presa del miedo, y ni qué decir de eso cuando gobierna la derecha. Un país cuyas elites entran en pánico ante la sola posibilidad de que se discuta sobre un cambio de nuestra Constitución.

Sin una nueva Constitución seguiremos en lo que venimos haciendo desde 1989: parchando la Constitución que dejó Pinochet y las fuerzas civiles y políticas que los respaldaron de manera incondicional. Y, atendidos los altos quórum supramayoritarios para modificarla, parchándola siempre al gusto de quienes apoyaron esa Constitución.

*Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y Magíster en Derecho Público por la Universidad de Valparaíso.
