

La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional

Sergio Verdugo R.*

Profesor de Derecho Constitucional
Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo

RESUMEN: En este ensayo el autor argumenta que las teorías de algunos constitucionalistas chilenos que justifican la imposibilidad de modificar la Constitución de acuerdo a límites materiales derivados especialmente del Derecho (y jurisprudencia) Internacional, es contraria a la libre deliberación que debiera existir en nuestra democracia constitucional.

Introducción

Parte de la doctrina nacional ha discutido si el constituyente derivado tiene o no límites materiales, cuestión que el texto constitucional no resuelve de manera explícita. La posición de algunos autores persigue que la Constitución chilena ("CPR") no pueda ser modificada si la reforma que se propone vulnera alguna norma (o interpretación de ella) que se estima como superior; y que el Tribunal Constitucional ("TC") debería, en consecuencia, declarar ilícitos aquellos proyectos de modificación constitucional que las infrinjan. En este ensayo rechazaré una de estas posiciones (la que se asocia con el bloque de constitucionalidad), ya que ha olvidado argumentos relevantes para el sistema político y no se ha hecho cargo de las consecuencias que ella tendría para nuestra democracia constitucional¹.

* Agradezco la colaboración de Carla Ottone, ayudante de la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

Todas las traducciones realizadas de los textos en inglés fueron efectuadas por el propio autor.

¹ La perspectiva de este breve ensayo es acotada y no tiene como objetivo ofrecer una síntesis respecto de todas las miradas posibles respecto a la teoría de la reforma constitucional. Sobre esta materia hay mucha literatura comparada. Entre ellas, ver por ejemplo la obra de DÍAZ (2004) y la de ELKINS, GINSBURG y MELTON (2009). En este ensayo no me referiré al Derecho Comparado. Sin embargo, cabe hacer presente que las cláusulas pétreas son comunes en el mundo, aunque no su carácter justiciable (se trataría de declaraciones políticas), como ocurre con la Constitución francesa. Algunas Constituciones que contienen normas inmodificables son Estados Unidos (art. V), Turquía, Francia, Noruega, Grecia, Italia, República Checa, Suiza, Brasil, Alemania, Portugal, Ucrania, Guatemala, El Salvador, Cuba, Afganistán, entre otras. "Entre los principios especiales protegidos por la imposibilidad de ser modificados se encuentran varios de los siguiente: la forma de gobierno democrático (o republicano),

En primer lugar (I) examinaré brevemente las diferentes posiciones que defienden los límites materiales a la reforma constitucional, identificando aquella que pretendo contestar. En esta misma sección revisaré los argumentos que otros autores chilenos y el TC han elaborado para rechazar estas teorías en general. Analizaré el debate identificado, concluyendo que los argumentos que prevalecen en el mismo responden a un formalismo jurídico que no cuenta con una perspectiva democrática profunda. Luego (II) argumentaré que este debate debería considerar la importancia de que nuestro sistema político cuente con altos niveles de deliberación política. Explicaré las razones por las cuales no debería aceptarse la tesis que defiende los límites materiales de la reforma constitucional, y por qué ningún tribunal debería estar facultado para controlar el fondo de los proyectos de modificación a la CPR. En seguida (III) me referiré brevemente a un contraargumento que los defensores del poder de los jueces interpretando DD.HH. con fuerza normativa superior, podrían contestar a la objeción democrática. Finalmente (III) concluiré defendiendo la idea de que la reforma constitucional sólo debería estar sujeta a restricciones procedimentales, y no materiales.

I. La doctrina nacional, los límites a la reforma de la Constitución y la jurisprudencia constitucional

El debate nacional acerca de la doctrina de los límites a la reforma constitucional se ha suscitado a propósito de las facultades del TC en el control de la reforma constitucional. El primer fallo sobre esta materia data del primer período del TC². En esta sentencia (también conocida como “Áreas de la Economía”) el TC sostuvo que el control sobre la reforma constitucional sólo le permitía examinar el cumplimiento de las normas procedimentales acerca de la reforma constitucional, en una actitud autorrestrictiva de sus propias facultades. El argumento se vinculaba con el sistema de fuentes jurídicas: la facultad de modificar la CPR recae en el constituyente, y si el TC controlara el contenido del proyecto de reforma, entonces (en palabras del TC) se “usurparía la función genuina” de este constituyente (considerando 20). Las reformas constitucionales no son, en opinión del TC, leyes ordinarias (considerando 17).

Sin perjuicio de que existen otros casos donde el TC se ha enfrentado indirectamente a supuestos límites sobre el poder constituyente³, la inexistencia de

la estructura federal, la soberanía, el territorio indivisible y algunos derechos fundamentales o libertades. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010): p. 42, pp. 44-47. Ver también CONSTITUTIONMAKING.ORG (2008)

² Tribunal Constitucional (1973) Rol 15, en especial, ver los argumentos contenidos entre los considerandos 13 y 22.

³ En un caso, por ejemplo, el TC declaró improcedente (aunque por otras razones) un requerimiento parlamentario en contra de un proyecto de reforma constitucional. Ver Tribunal Constitucional (1997)

nuevas opiniones jurisprudenciales que entreguen una respuesta directa abre las puertas a que el día de mañana pueda existir un giro en la posición primitiva del TC. De hecho, la creciente influencia de la doctrina que valora los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia ("Corte IDH") pueden hacer que, en el futuro, los ministros del TC se convenzan de la veracidad de alguna tesis relativa a los límites materiales del constituyente derivado y, por consiguiente, decidan adoptar una posición más agresiva frente a los proyectos de reforma constitucional⁴. Por ello, y sin perjuicio de que hoy la posición mayoritaria sostiene que no existen dichos límites materiales⁵, es probable que en el futuro esto cambie.

La defensa de los límites materiales a la reforma constitucional ha sido elaborada por varios autores, aunque con distintos fundamentos y alcances. Alejandro Silva B., por ejemplo, sostiene que la CPR contiene límites implícitos en su espíritu democrático⁶. Para él, la forma republicana no puede ser alterada, aunque el texto no lo señale de manera expresa⁷. Por su parte, Cristóbal Orrego ha dicho que ella (la reforma constitucional) tiene un límite en la naturaleza humana (y el Derecho Natural), en tanto fuente jurídica preconstitucional reconocida por el art. 5, inc. 2 de la CPR⁸. Otra opinión la ha dado Humberto Nogueira, quien ha sostenido que los derechos fundamentales del Derecho Internacional constituyen un límite al constituyente derivado, el que nuestra CPR habría reconocido expresamente en el art. 5, inc. 2⁹. La tesis de Nogueira se vincula con la posición que este autor promueve en torno al bloque de constitucional-

Rol 269. En otro requerimiento, el TC se limitó a analizar cuestiones meramente procedimentales. Tribunal Constitucional (2006) Rol 464. Sobre esta última sentencia, ver el comentario de DÍAZ DE VALDÉS (2007).

⁴ Recuérdese que el TC ya ha aceptado posiciones vinculadas a lo anterior, como ocurre con la tesis del control de convencionalidad. Tribunal Constitucional Rol 804 (2007). Cabe hacer presente, sin embargo, que la posición mayoritaria del TC, a propósito del caso de la ley de pesca, recientemente ha sostenido la tesis por la cual no le corresponde examinar la constitucionalidad de un proyecto de ley utilizando como parámetro de control los tratados internacionales (el Convenio 169). Ver sentencia del Tribunal Constitucional (2013) Rol 2387, considerandos 11 y 12. Esta tesis le quitaría fuerza al denominado control de convencionalidad, a lo menos en manos del TC. La posición favorable al control de convencionalidad ha sido frecuentemente sostenida por la Corte IDH. Ver, por ejemplo, los casos *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, 2006, Serie C, N° 154, párr. 124; *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, 2010, serie C, N° 219, párr. 176; *Cabrera García y Montiel Flores v. México*, 2010, serie C, N° 220, párr. 225; *Gelman v. Uruguay*, 2011, Serie C N° 221, párr. 193; y más recientemente en el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*, 2012, serie C, N° 239, párr. 281 y 282. Sobre esta materia, ver IBÁÑEZ (2012) pp. 103-113.

⁵ DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 164.

⁶ SILVA BASCUÑÁN (2004) p. 264.

⁷ Algunas ideas similares fueron discutidas en la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución. Ver la sesión 361. Cabe hacer presente que, como explica Sergio Díaz, cualquier teoría que quiera imponer límites al constituyente derivado debe descansar en bases democráticas. DÍAZ (2004) pp. 612-613.

⁸ El TC "debe rechazar un proyecto de reforma constitucional contrario a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana (...). De lo contrario, la alusión de la Constitución a la naturaleza humana sería una expresión vacía e inoperante (...)". ORREGO (1993) p. 63.

⁹ Entre otros trabajos donde se ha referido a la materia, ver un buen resumen de sus argumentos en NOGUEIRA (2006) pp. 443-447 y en NOGUEIRA (2009).

dad, y que le da a los DD.HH. y a la jurisprudencia de la Corte IDH un estatuto superior al ordenamiento constitucional, el que se constituiría como límite al constituyente derivado¹⁰. Este tipo de argumentos son muy comunes entre los promotores del Derecho Internacional de los DD.HH., especialmente entre activistas con agendas precisas en diferentes áreas¹¹, lo que ha originado toda una literatura escéptica del modo en que se utilizan los DD.HH.¹². El propósito suele vincularse con la creación de caminos judiciales para que sus demandas políticas y filosóficas puedan ser acogidas, aun cuando hayan sido derrotados en el canal democrático representativo¹³.

Como puede advertirse, tanto Orrego como Nogueira utilizan el art. 5, inc. 2 de la CPR, como fundamento jurídico de sus posiciones. Sin embargo, el tratamiento que le dan al mismo es diferente. Donde Orrego ve naturaleza humana como fuente superior, Nogueira ve tratados internacionales de DD.HH. y jurisprudencia de la Corte IDH como fuente supraconstitucional, cuestión que el primero rechaza al darles a los tratados internacionales un valor jurídico subordinado a la CPR¹⁴. El argumento democrático que desarrollaré más adelante sólo va dirigido contra estas últimas posiciones, especialmente aquella que se vincula con la defensa de un bloque de DD.HH. basado principalmente en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta tesis, como ya lo indiqué, podría ser adoptada con cierta facilidad en el futuro¹⁵.

Por el contrario, otro grupo de autores ha sostenido que la reforma constitucional no se encuentra limitada por restricción material alguna. Para ellos, el rol del TC sólo se limita a evaluar que el procedimiento de modificación constitucional se lleve a cabo de acuerdo a las formas que la propia CPR prescribe al efecto en su capítulo final. Estos autores, en general, comparten el razonamiento de la sentencia del TC de 1973 y critican posiciones como la de Silva B., Orrego y Nogueira.

Frente a ellos, algunos autores, como Miriam Henríquez, sostienen que el texto de la CPR y la naturaleza de la ley de reforma (en tanto Constitución y no ley) traen como consecuencia que el control constitucional de la reforma sea solo

¹⁰ La jurisprudencia de la Corte IDH es, para Nogueira, vinculante para los jueces domésticos. Ver NOGUEIRA (1997) pp. 85-88; NOGUEIRA (2006a) pp. 244-254; y NOGUEIRA (2010) p. 24-77.

¹¹ Ver un buen ejemplo en MERRY (2006).

¹² Por ejemplo, ver el libro editado por CAMPBELL, EWING y TOMKINS (2001), que reúne numerosos trabajos en que se plantean interrogantes útiles en relación a este punto.

¹³ Esta es una de las críticas más comunes en contra del activismo judicial. Ver, por ejemplo, a BORK (1991) p. 17, y a GRAGLIA (1996) p. 294

¹⁴ ORREGO (1993) pp. 66-67

¹⁵ "No sería particularmente difícil para el TC invocar el respeto a los derechos fundamentales como límite a la revisión constitucional. (...) este fenómeno [el de los derechos fundamentales] le otorgaría un importante sustento jurídico-político a la acción 'progresista' del TC en estas materias", además de encontrar una disposición constitucional específica en su apoyo. DÍAZ DE VALDÉS (2007) p. 168.

formal, y jamás material¹⁶. Un argumento diferente ha sido el desarrollado por Francisco Zúñiga, para quien el TC no debe sustituir al constituyente derivado, ya que, si lo hiciera, se podría quitar legitimidad a las reformas constitucionales que terminaron con los denominados “enclaves autoritarios” de la Constitución de 1980, cuestión que estima contraria a la democracia¹⁷.

Ambos argumentos tienen diferencias. Mientras el de Henríquez está preocupado de la integridad del sistema de fuentes, el de Zúñiga observa el carácter democrático del contenido de la CPR de 1980. En este sentido, el primero de ellos se parece más a la posición del TC de 1973. Como se verá, todas estas posiciones, aunque de naturaleza diferente, pueden ser compatibles (aunque no necesariamente) con el argumento democrático que defenderé en la sección III.

En general, las posiciones que se sustentan en el art. 5º, inc. 2º de la CPR se apoyan en argumentos de tipo textualista que tienden a mostrarse como neutrales, aunque, como vimos, ellos normalmente carecen de neutralidad al estar al servicio de alguna agenda ideológica concreta. La literatura favorable a este tipo de argumentos textualistas también suele considerar las normas relativas a las atribuciones del TC (art. 93, N° 3 de la CPR) y del capítulo referido a la reforma constitucional¹⁸, además de la prohibición que la CPR dispone para el establecimiento de un régimen autocrático (art. 19, N° 15), la Convención de Viena y la jurisprudencia internacional de DD.HH.¹⁹ La posición que niega la posibilidad de limitar materialmente al constituyente derivado suele utilizar argumentos de tipo sistemático²⁰, y otros asociados a la naturaleza de las fuentes jurídicas que se analizan²¹, aunque también persiguen encontrar razones de texto²².

En general, y salvo las consideraciones amplias que desarrolla José Manuel Díaz de Valdés²³ y algunas precisiones menores de Francisco Zúñiga²⁴, la doctrina nacional no suele abordar el problema desde una perspectiva democrática²⁵.

¹⁶ Ella concluye diciendo que la “naturaleza jurídica de la norma de reforma es constitucional y no legal. Esto por cuanto la norma de reforma tiene un ámbito competencial y función distintos que la ley. (...) La validez de la norma de reforma depende de su adecuación a la norma de reforma. HENRÍQUEZ (2011) pp. 476-477.

¹⁷ ZÚÑIGA (2006) p. 432.

¹⁸ Sobre una buena explicación de las normas jurídicas pertinentes. Ver DÍAZ DE VALDÉS (2007) pp. 155-164.

¹⁹ Por ejemplo, ver NOGUEIRA (2006) pp. 443-447.

²⁰ Como ZÚÑIGA (2006) pp. 429-432.

²¹ HENRÍQUEZ (2011) pp. 475.

²² Como ocurre con el fallo de 1973 del TC, ya citado.

²³ DÍAZ DE VALDÉS (2007) pp. 155.

²⁴ ZÚÑIGA (2006) pp. 432-433.

²⁵ Cabe mencionar el trabajo de Ximena Fuentes, quien ha desarrollado entre nosotros la perspectiva democrática de la relación entre Derecho Nacional y Derecho Internacional. Su trabajo, aunque no sea directamente sobre el problema que aquí trato, adquiere mucha importancia para este debate, atendida la riqueza de su enfoque. Ver FUENTES (2008) pp. 497-500.

¿En qué medida nuestra CPR podría estimular el debate público? ¿De qué manera el proceso de reforma constitucional podría incrementar los niveles de deliberación y discusión política y social? ¿Cómo debe reaccionar nuestra comunidad política y nuestro sistema institucional frente a los grandes debates existentes en torno a los derechos fundamentales? ¿Debemos ser meros observadores subordinados de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se refiere a materias discutibles bajo nuestro marco constitucional? Preguntas como las anteriores se encuentran, en general, excluidas de este debate.

II. El argumento democrático contra los límites materiales a la reforma constitucional

Como ya lo indiqué, bajo una perspectiva democrática podría argumentarse que la CPR contiene cláusulas pétreas (implícitas) derivadas de su "esqueleto" republicano. Si bien esta perspectiva responde a una concepción relativamente débil del rol de las mayorías en el sistema político, no se trata de una tesis que necesariamente elimine los canales de deliberación, sino en la medida en que los jueces puedan tener amplias atribuciones para interpretar dicho esqueleto. En otras palabras, su carácter democrático dependerá de la manera en que ella es interpretada y del carácter justiciable de dichos límites ante autoridades no electas. Sin perjuicio de lo anterior, el argumento democrático que explicaré más abajo no se dirige en contra de esta teoría, sino que contra la tesis que utiliza los derechos fundamentales para restringir la reforma constitucional, y que justifica el control judicial sobre dicha reforma.

En síntesis, la posición que quiero rebatir opera bajo las siguientes premisas: (1) en virtud del art. 5° inc. 2° de la CPR, los DD.HH. son superiores a todo, incluyendo al constituyente; (2) esos derechos se encuentran reconocidos en tratados internacionales (especialmente la Convención Americana de DD.HH., "CADH"); (3) los intérpretes finales de los tratados internacionales son las Cortes de DD.HH. (especialmente la Corte IDH); (4) los jueces domésticos deben seguir la jurisprudencia de las Cortes de DD.HH. incluso contra normas internas; (5) el TC debe utilizar la jurisprudencia de las Cortes de DD.HH. en contra de reformas constitucionales contrarias a los DD.HH.²⁶

Todos los pasos lógicos del silogismo admiten discusión. (1) La interpretación que los partidarios del bloque de constitucionalidad entregan al art. 5° inc. 2° de la CPR es discutible, tanto en sus fundamentos como en sus consecuencias²⁷.

²⁶ Cabe hacer presente que este tipo de argumento no sólo es atribuible a parte de la doctrina chilena (representada por Nogueira), sino que también a extranjeros que estudian la jurisprudencia interamericana. Por ejemplo, ver el trabajo del argentino SAGÜÉS (2010).

²⁷ En otra parte ya me he referido a esta refutación. VERDUGO (2010).

(2) La CPR también es un instrumento que reconoce DD.HH., y muchas veces existen diferencias entre la manera en que los distintos instrumentos jurídicos tratan los diversos problemas. (3) Los órganos internos también tienen derecho a interpretar los tratados de DD.HH.; no existe un intérprete final, y si existiera, no sería conveniente que fuera la Corte IDH²⁸. (4) La jurisprudencia de las Cortes de DD.HH. no produce cambios normativos internos, sino la posibilidad de la responsabilidad internacional del Estado. No existe en el Derecho Internacional el deber de los jueces domésticos de controlar la convencionalidad de las normas nacionales²⁹. El rol de efectuar los cambios internos le pertenece a la autoridad política electa y responsable frente a la ciudadanía. (5) La potestad constituyente no goza de límites materiales, además de los argumentos resumidos en la sección anterior, debido a que restringir al constituyente derivado implicaría un costo inaceptable a nuestra soberanía nacional y a las posibilidades de la comunidad política de autogobernarse.

Los DD.HH. admiten muchos debates que los textos normativos no solucionan de manera directa, e incluso existiendo razones literales para una posición u otra, normalmente la existencia de principios y valores hace relativamente impredecible la interpretación del mismo. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el art. 4.1 de la CADH señala que el derecho a la vida “estará protegido, en general, a partir del momento de la concepción”, sin precisar las excepciones que serían admisibles bajo la expresión “en general”³⁰. No es de extrañar, entonces, que existan diversas interpretaciones, algunas más permisivas con el aborto y otras más protectoras del no nacido³¹. En esta materia, el Derecho Constitucional chileno admite algunas discusiones hermenéuticas (como la constitucionalidad del aborto terapéutico y de la píldora del día después), pero (casi) nadie cuestiona que nuestra CPR en su art. 19 N° 1 contiene un mandato de protección al no nacido que implica la prohibición del aborto³².

Si quisiéramos modificar nuestro régimen sobre el aborto, debiéramos someternos a la rigidez de la reforma constitucional del capítulo III de la CPR, por

²⁸ Sobre la importancia del pluralismo interpretativo en los instrumentos de DD.HH. y las debilidades institucionales del sistema interamericano de DD.HH., ver VERDUGO y GARCÍA (2012). Sobre el pluralismo interpretativo en las diferentes comunidades políticas, ver el interesante argumento de STITH (2008).

²⁹ Este punto lo explica con mucha claridad Ximena FUENTES (2008) pp. 487-488. Además, agrega que el Derecho Internacional no considera norma alguna para sostener la obligación de los jueces de ejercer el denominado control de convencionalidad, cuestión que también sería aplicable al debate que analizo en este trabajo, ya que, de alguna forma, los límites materiales a la reforma constitucional son una especie de control de convencionalidad dirigida no a la ley ordinaria, sino que al constituyente. Por eso a veces los argumentos de ambos debates se comunican.

³⁰ Uno de los mejores ejemplos de lo anterior es la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica*, 2012, Serie C, N° 257, donde la Corte hizo una interpretación discutida del derecho a la vida, por sobre la decisión tomada internamente por el Estado de Costa Rica. Ver una crítica a esta sentencia en PAÚL (2013).

³¹ Ver el caso de la Comisión Interamericana de DD.HH. denominado *Baby Boy*, y el trabajo de PAÚL (2012).

³² Por ejemplo, ver los trabajos de UGARTE (2004), ZAPATA (1998) y FIGUEROA (2007).

lo que se requeriría de un acuerdo político amplio y representativo de vastos sectores de nuestra sociedad. Sin embargo, si se creyera que la reforma constitucional tiene límites materiales, entonces el TC podría “vetar” este acuerdo, y prevalecería la posición que los jueces decidan adoptar en su momento. Así, por ejemplo, si el TC fuera abortista (*pro-choice*), entonces podría “vetar” una reforma que haga más clara la prohibición del aborto, argumentando, por ejemplo, que ese no es el estándar internacional bajo la CADH y la jurisprudencia de la Comisión Interamericana o la Corte IDH (como diría Nogueira). Por el contrario, si el TC quisiera defender la vida del no nacido (*pro-life*), entonces podría declarar ilícita una reforma constitucional que permita el aborto bajo ciertas circunstancias argumentando, por ejemplo, que el aborto es contrario a la naturaleza humana (como diría Orrego). En cualquiera de estas hipótesis, un grupo de jueces no electos habría “vetado” un amplio consenso político acordado entre mayorías y minorías. Esta situación es inaceptable bajo la perspectiva de la democracia deliberativa. Existen buenas razones para establecer el control constitucional (y revisión judicial) de los proyectos de ley³³, e incluso de leyes vigentes, pero dichas razones no operan con igual intensidad tratándose de proyectos de reforma constitucional, donde mayorías y minorías han acordado la modificación de una parte de nuestro “contrato social” con altos niveles de legitimidad política y, probablemente, en virtud de valiosas justificaciones de diferente naturaleza (sociales, culturales, económicas, políticas)³⁴.

Si la doctrina de los límites materiales impidiera realizar reformas constitucionales en torno al derecho a la vida, probablemente el asunto se continuaría discutiendo en diferentes niveles de la sociedad, pero sin la posibilidad de generar cambios normativos. Esto privaría a nuestra comunidad política de elementos importantes de autogobierno y despojaría a nuestros representantes electos y responsables frente a nuestra comunidad de la posibilidad de generar acuerdos basados en la voluntad de la ciudadanía. En cambio, la decisión final de los asuntos estaría en manos de algunos jueces constitucionales que tendrían la obligación de seguir lo que otros jueces (esta vez internacionales) han dicho sobre el punto³⁵.

La situación descrita tiene dos grandes defectos. En primer lugar (1), se generaría un costo inevitable a nuestra soberanía nacional y se reduciría considerablemente el ámbito que corresponde a nuestra democracia (con lo que se lesionarían algunas de las bases de nuestra institucionalidad³⁶) y, en segundo lugar (2), la

³³ Ver un buen resumen de estas razones en el capítulo I del libro de ZAPATA (2008) y, también, en VERDUGO (2013).

³⁴ Ver DÍAZ DE VALDÉS (2007), donde se sintetizan los fundamentos de la reforma constitucional.

³⁵ Sobre el argumento de la objeción democrática, aplicada al Derecho Internacional, ver FUENTES (2008) pp. 497-500.

³⁶ ¿Cuál es, en definitiva, la mejor lectura de aquellos preceptos constitucionales que disponen que la soberanía reside esencialmente en la nación, y que Chile es una república democrática? (arts. 4° y 5°).

decisión sería entregada a jueces internacionales que no pertenecen a nuestra comunidad política, ni están llamados a interpretar nuestro “contrato social”, ni están dotados de suficientes mecanismos de *accountability* frente a nosotros. Se trata de jueces cuyos estatutos carecen de suficientes normas que resuelvan sus eventuales conflictos de interés, no tienen dedicación exclusiva y remuneraciones estables, no están dotados de suficientes garantías institucionales que garanticen su imparcialidad e independencia, y llevan adelante sus procedimientos judiciales sin instrumentos procesales que aseguren la bilateralidad de la audiencia y posibilidad de impugnar su decisión final³⁷. Entre otros, una situación como la descrita reduciría el ámbito del principio de responsabilidad, la doble instancia, la igualdad ante la justicia, el debido proceso y el principio de juridicidad.

Además, existen otras preguntas adicionales que los internacionalistas como Nogueira debieran contestar. ¿Por qué el Derecho Internacional debiera ser la solución a problemas que el Derecho doméstico, se estima, no ha resuelto?³⁸ ¿En qué consiste la política que se observa en el escenario internacional y cuáles son sus actores más influyentes? ¿Son las normas internacionales la expresión de una comunidad política como las domésticas?³⁹.

Los DD.HH., con frecuencia, suponen la existencia legítima de posiciones diversas, y normalmente los jueces deciden en favor de una o de otra (no pueden, lógicamente, tomar decisiones contradictorias). Los jueces forman parte del debate social. Normalmente, como diría Waldron, los debates judiciales en DD.HH. no son muy diferentes de las discusiones morales que se observan públicamente⁴⁰. Por eso, los jueces no pueden tener la última palabra en una democracia. Ello sería equivalente a reconocer que los debates tienen un punto final y a que una posición parcial (mayoritaria o no) se impondrá mientras esos jueces mantengan la misma. En un sistema constitucional, la última palabra la debe tener el constituyente derivado, y no los jueces⁴¹. Y como existe la posibilidad de modificar la CPR, entonces, en realidad, nadie tiene la última palabra. En eso consiste, a mi juicio, el debate libre en una democracia constitucional.

Por razones como estas, en un contexto menos grave que el descrito, producido por Constituciones europeas que contienen normas inmodificables, la denominada Comisión de Venecia se ha mostrado relativamente crítica al carácter justiciable de los límites materiales a la reforma constitucional. Se ha sostenido que se trata de Constituciones muy rígidas y antiguas (con explicaciones históricas particulares, como la de la Alemania de la posguerra) que

³⁷ Sobre estas críticas y otras, VERDUGO y GARCÍA (2012).

³⁸ FUENTES (2008) p. 497.

³⁹ FUENTES (2008) p. 498.

⁴⁰ WALDRON (1999).

⁴¹ Sobre una crítica al hecho de que los jueces tengan la última palabra, ver el artículo de SILVA (2012).

hoy no representan la tendencia dominante⁴², no siendo parte necesaria del constitucionalismo⁴³. La comisión constata que la mayoría de las Constituciones que contienen cláusulas pétreas no disponen de mecanismos que hagan justiciables las mismas, por lo que ellas pasan a transformarse en declaraciones políticas más que en limitaciones legales al constituyente⁴⁴.

Se trata de instrumentos complejos y “potencialmente controversiales que deben ser aplicados con prudencia y reservarse solamente para los principios básicos del orden democrático. En principio, una democracia constitucional debiera permitir la discusión abierta de la reforma incluso en sus más básicos principios y estructuras de gobierno”⁴⁵. Más adelante, la Comisión de Viena agrega que la “revisión judicial sustantiva de las reformas constitucionales es un instrumento problemático, el que solo debería ejecutarse en aquellos países donde ya se sigue alguna doctrina clara y establecida, e incluso entonces debe ejercerse con prudencia, permitiendo un margen de apreciación para el constituyente derivado”⁴⁶.

Las cláusulas inmodificables pueden producir problemas más que soluciones, ya que elevan los costos de reforma a niveles inesperados, y sólo mediante la captura de tribunales se lograrían generar cambios relevantes en las materias protegidas. Es verdad que una cláusula acotada, por ejemplo, que defienda la soberanía, probablemente no produciría mayores problemas. Sin embargo, tratándose de elementos jurídicos amplios e interpretables, respecto de los cuales existe mucho debate y pocos acuerdos, como ocurre con los DD.HH., una cláusula pétrea (sea expresa o implícita) generaría un grado de rigidez incompatible con la democracia en su forma deliberativa y mayoritaria. Si además la fuente del límite al constituyente derivado se encuentra en instituciones foráneas no electas, que no rinden cuentas a nuestra ciudadanía ni forman parte de nuestro debate local, entonces no sólo se lesionaría un aspecto importante del sistema político (la libre discusión y el autogobierno), sino que también se correría el riesgo de generar situaciones sociales intolerables, como ocurriría en la situación hipotética sobre el aborto que propuse algunos párrafos atrás. Por eso, Constituciones como la irlandesa aciertan cuando establecen de manera expresa que “Cualquier disposición de esta Constitución puede ser modificada (...)” (art. 46).

Finalmente, hay que señalar que la idea del argumento democrático en contra de los límites materiales a la reforma constitucional no es una rareza en el derecho constitucional comparado, ya que argumentos similares han sido

⁴² EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) pp. 40-41.

⁴³ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 43.

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 41.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 43.

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) p. 46.

elaborados en otras partes del mundo. Así, por ejemplo, Elai Katz ha propuesto que todas las normas deben estar sujetas a la posibilidad de cambio, sin perjuicio de establecer mecanismos de rigidez (no absolutos) respecto de algunas que requieren de niveles superiores de deliberación⁴⁷. Se propone un ejemplo interesante, por el cual se supone que algunos parlamentarios presentan un proyecto para eliminar la independencia del Poder Judicial, cuestión abusiva que sólo podría permitirse después de que se asegurara suficiente apoyo parlamentario y, también, solo si fuera del Congreso existe masivo apoyo popular que pide más confianza en dicho Congreso⁴⁸. La idea no es prohibir los cambios constitucionales, sino que asegurar que los métodos de reforma funcionen de manera sensata, libre e informada, con los suficientes consensos como para asegurar la salud del sistema político.

III. La cuestión del poder de los jueces en materia de DD.HH.

Alguien podría argumentar que, atendido el supuesto (muy discutible en sus fundamentos y alcances) de que nuestras instituciones políticas tienen problemas de representatividad e inclusión de las minorías, se justifica entregar a los jueces la capacidad para decidir cuestiones relevantes en materia de DD.HH., incluso para limitar el constituyente derivado⁴⁹. La novedad de este argumento es que dice descansar en razones democráticas: debido a que el sistema político es poco *democrático*, entonces los jueces deben fortalecer la *democracia* incluso en contra de la voluntad de los dirigentes políticos.

Para argumentos como estos, los jueces podrían defender límites al constituyente (o a cualquier norma interna) con el objeto de avanzar en algo que estima correcto (aunque sea discutible). Un problema previo es que la retórica de la democracia no permite distinguir fácilmente el tipo de sistema político que quiere defenderse. Probablemente no será una forma política basada en la regla de mayoría y la separación de funciones estatales, sino que en decisiones que se estiman *justas*. Lo relevante serán las decisiones (y sus resultados) que se adopten, más que el procedimiento que ellas siguieron para ser elaborados,

⁴⁷ KATZ (1996). Ver también el interesante artículo de ALBERT (2010).

⁴⁸ KATZ (1996) p. 291.

⁴⁹ Un ejemplo de este tipo de argumento ha sido elaborado por el profesor Lovera para defender el poder de los jueces reaccionando contra un sistema que estima excluyente de las minorías: "(...) las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. (...) Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen (...) no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena". Aunque no se refiere al constituyente derivado ni a sus límites de manera directa, su razonamiento es igualmente aplicable contra una reforma constitucional que estima contraria a las minorías. LOVERA (2010) pp. 136-137.

lo que desde ya pone en tensión a distintas formas de explicar y entender la democracia.

Este tipo de argumentos reducen el *accountability* de las instituciones representativas, volviéndolas menos responsables (al reducir sus poderes) de responder a las necesidades que, se dice, se quiere solucionar. Una opción es estar de acuerdo con el diagnóstico que dice que las instituciones políticas adolecen de una crisis de representación, y proponer un camino participativo (no el judicial) para dar las respuestas que se estimen adecuadas. Una segunda opción es no estar de acuerdo con el diagnóstico o quitarle importancia a sus consecuencias. En cualquier caso, el camino de la política (y no el de los jueces) parece más aconsejable. Lo anterior se debe a que del argumento de la crisis institucional no se sigue que sean los jueces los que se encuentran en una mejor posición para entregar las respuestas que se buscan. ¿Están los jueces mejor posicionados que los políticos electos para tomar estas decisiones? ¿Tienen mayor legitimidad? ¿Tienen una mejor capacidad para interpretar el interés nacional y la opinión de la ciudadanía? ¿Gozan de herramientas que doten de suficiente eficacia a sus decisiones?

Si se estima, por ejemplo, que el Congreso tiene problemas de representación (lo que es discutible), no debe suponerse automáticamente que ese déficit lo deben sanear los jueces, ya que ellos están en peor posición para contestar las preguntas del párrafo anterior. Es más, existen más motivos para sostener que los jueces son menos democráticos que los dirigentes políticos electos. Si la preocupación es la manera en que los representantes dan respuestas políticas a las necesidades sociales, sería conveniente discutir algunas reformas que fortalezcan los canales electorales y legislativos, y no debilitarlos haciéndolos menos responsables de sus decisiones.

IV. Conclusión

1. La doctrina nacional se divide en torno a la posibilidad de que el TC pueda controlar las reformas constitucionales por razones de fondo (no sólo procedimentales o de forma). La mayoría parece rechazar tal tesis, pero es probable que en el futuro el TC adopte alguna variante de esta teoría (modificando su antigua jurisprudencia), la que posiblemente se asociará a alguna idea sobre el bloque constitucional de derechos, valorando especialmente el sistema interamericano de DD.HH.
2. Salvo algunas excepciones, el debate nacional utiliza argumentos relacionados con la interpretación literal o sistemática de la CPR, o atendiendo a la naturaleza de la ley de reforma constitucional como fuente jurídico-constitucional. Este tipo de argumentos son presentados con cierta "neutralidad" (aunque efectivamente no sean neutrales) y normalmente no se vinculan con el fortalecimiento de nuestro sistema político democrático.

3. Es importante que, si se avanza en el desarrollo de las influyentes teorías sobre el valor jurídico de la jurisprudencia de la Corte IDH en la interpretación de la CADH y el supuesto deber de los jueces domésticos de ejecutar un control de convencionalidad respecto de cualquier norma interna, el tipo de debate que se presente considere también algunos valores importantes en una democracia, como los niveles de deliberación pública, la capacidad de los dirigentes políticos de representar los intereses de los diversos sectores de la ciudadanía, el autogobierno de la comunidad política y el desarrollo libre de todas las ideas, especialmente tratándose de discusiones relacionadas con los DD.HH.
4. Los DD.HH. normalmente admiten múltiples interpretaciones posibles y posiciones que se confrontan. Ello es natural en democracias diversas y sociedades complejas. Limitar la capacidad del constituyente para modificar nuestra CPR, utilizando como argumento para ello el Derecho Internacional de los DD.HH. y el carácter superior de las Cortes Internacionales de DD.HH., produciría graves costos a la manera en que organizamos nuestro sistema político y nos vemos representados en el proceso institucional de toma de decisiones.
5. Es importante avanzar en teorías que permitan equilibrar el interés por el respeto a los DD.HH., con la democracia mayoritaria y deliberativa, y para ello nuestras autoridades no pueden verse impedidas de discutir cuestiones fundamentales para la sociedad. Por eso, teorías que promueven el pluralismo interpretativo y que permiten una suerte de diálogo institucional donde los jueces no tengan la última palabra, tienden a ir en la dirección correcta. Y frente a ello, aquellas posiciones que privilegian el poder hermenéutico y obligatorio de algunos jueces internacionales por sobre nuestra capacidad para autogobernarnos, debieran conducir a una concepción demasiado débil de la democracia.

Bibliografía citada

1. Artículos y libros

ALBERT, Richard (2010): "Constitutional Handcuffs", en *Arizona State Law Journal*, Vol. 42: pp. 663-715.

BORK, Robert H. (1991): *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (New York, Touchstone), 440 pp.

CAMPBELL, Tom, EWING, K.D., TOMKINS, Adam –editores– (2001): *Sceptical Essays on Human Rights* (Oxford University Press) 423 pp.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007): "Algunas Preguntas Pendientes acerca del Control de Constitucionalidad de los Proyectos de Reforma Constitucional", en FERMANDOIS, Arturo (ed.), *Sentencias Destacadas 2006, Libertad y Desarrollo* (1ª edición, Santiago, Editorial propia Libertad y Desarrollo) pp. 145-176.

DÍAZ RICCI, Sergio (2004): *Teoría de la Reforma Constitucional* (Buenos Aires, Ediar).

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom, y MELTON, James (2009): *The Endurance of National Constitutions* (New York, Cambridge University Press).

FIGUEROA, Rodolfo (2007): "Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. 20: pp. 95-130.

FUENTES, Ximena (2008): "International and Domestic Law: Definitely an odd couple", en *Revista Jurídica UPR*, Vol. 77, N° 2: pp. 483-505.

GRAGLIA, Lino (1996): "It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 19, N° 2: pp. 293-299

HENRÍQUEZ, Miriam (2011): "El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en el Ordenamiento Constitucional Chileno", Couso, Javier (ed.), *Anuario de Derecho Público 2011*, (Santiago, Ediciones UDP) pp. 461-477.

IBÁÑEZ, Juana (2012): "Control de Convencionalidad: Precisiones para su Aplicación desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", Coddou, Alberto (ed.), *Anuario de Derechos Humanos 2012*, (Santiago, Ediciones UDP) pp. 103-113.

KATZ, Elai (1996): "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", en *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Vol. 29: pp. 251-292.

LOVERA, Domingo (2010): "¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 11, N° 1, pp. 119-141.

MCWHINNEY, Edward (2006): "The International Court of Justice and International Law-making: The judicial activism/self-restraint antinomy", en *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, N° 1: pp. 3-13.

MERRY, Sally Engle (2006): "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist*, Vol. 108, N° 1, pp. 38-51.

NOGUEIRA, Humberto (1997) *Dogmática Constitucional* (Talca, Editorial Universidad de Talca).

NOGUEIRA, Humberto (2006) "Los Límites del Poder Constituyente y el Control de Constitucionalidad de las Reformas Constitucionales en Chile", en *Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Año 4: pp. 435-455.

NOGUEIRA, Humberto (2006): *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* (Santiago, Librotecnia).

NOGUEIRA, Humberto (2009): "Consideraciones sobre el Poder Constituyente y Reforma de la Constitución en la Teoría y Práctica Constitucional", en *Ius et Praxis*, Vol. 15: pp. 229-262.

NOGUEIRA, Humberto (2010): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, (Tercera edición, Librotecnia) Tomo I.

ORREGO, Cristóbal (1993): "Vigencia de los Derechos Esenciales que Emanan de la Naturaleza Humana y su Reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 20: pp. 59-67.

PAÚL, Álvaro (2012): "Controversial Conceptions; The Unborn and the American Convention on Human Rights", en *Loyola University Chicago International Journal Law Review*, Vol. 9: pp. 209-247.

PAÚL, Álvaro (2013): "La Corte Interamericana in vitro comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia", en *Derecho Público Iberoamericano*, N° 2: pp. 303-345.

SAGÜÉS, Néstor Pedro (2010): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 1: pp. 117-136.

SILVA, Luis Alejandro (2012): "Supremacía Constitucional y Aplicación Judicial de la Constitución en los Estados Unidos. Objeciones a la Judicial Supremacy", en *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, pp. 117-144.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2004): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo X.

STITH, Richard (2008): "Securing the Rule of Law through Interpretative Pluralism: An Argument from Comparative Law", en *Hasting Constitutional Law Quarterly*, Vol. 35: pp. 401-448.

UGARTE, José Joaquín (2004): "Momento en que el embrión es persona humana", en *Estudios Públicos*, N° 96: pp. 281-323.

VERDUGO, Sergio (2010): "Entre la responsabilidad internacional del Estado y la supremacía de la Constitución: Una propuesta para enriquecer el debate nacional", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 22: pp. 55-100.

VERDUGO, Sergio (2012): "Objeción Democrática contra la Revisión Judicial de las Leyes. Alternativas de Diseño Institucional y Teorías Constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, en prensa.

VERDUGO, Sergio, y GARCÍA, José Francisco (2012): "Radiografía al sistema interamericano de derechos humanos", en *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, N° 25: pp. 175-216

VERDUGO, Sergio (2013): "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 1: pp. 181-223.

WALDRON, Jeremy (1999): *Law and Disagreement* (New York, Oxford University Press).

ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008): *Justicia Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ZÚÑIGA, Francisco (2006): "Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional", en *Estudios Constitucionales*, Año 4, N° 2: pp. 415-434.

2. Sentencias citadas

Corte IDH (2006): Serie C, N° 154, *Almonacid Arellano y otros v. Chile*.

Corte IDH (2010): Serie C, N° 219, *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*.

Corte IDH (2010): Serie C, N° 220, *Cabrera García y Montiel Flores v. México*.

Corte IDH (2011): Serie C, N° 221 *Gelman v. Uruguay*.

Corte IDH (2012): Serie C, N° 257 *Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) v. Costa Rica*.

Corte IDH (2012): Serie C, N° 239 *Atala Riffo y Niñas v. Chile*.

Tribunal Constitucional (1973): Rol 15, 30 de mayo de 1973, *Diario Oficial*, 2 de junio de 1973.

Tribunal Constitucional (1997): Rol 269, 17 de diciembre de 1997, *Diario Oficial*, 22 de diciembre de 1997.

Tribunal Constitucional (2006): Rol 464, 31 de enero de 2006.

Tribunal Constitucional (2007): Rol 804, 28 de diciembre de 2007.

Tribunal Constitucional (2013): Rol 2387, 23 de enero de 2013.

3. Otros

Actas de la Comisión de Estudio para la Nueva Constitución, disponibles en www.bcn.cl

CONSTITUTIONMAKING.ORG (2008) "Constitutional Amendment", Option Reports

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (2010) *Report on Constitutional Amendment*, Venice Commission, 81st Plenary Session.

Entrevista al ministro Domingo Hernández. http://www.diarioconstitucional.cl/articulo-det.php?id_articulo=3662&id_cat=20