

LOS DERECHOS SOCIALES Y EL DEBATE CONSTITUYENTE CHILENO

SOCIAL RIGHTS AND THE CHILEAN CONSTITUTION-MAKING DEBATE

*Sergio Verdugo**

RESUMEN: El modo cómo la futura Constitución chilena debe proteger los derechos sociales, ha generado controversia entre académicos chilenos, quienes suelen discutir, por ejemplo, si ellos son genuinos derechos, si deben someterse al mismo estatuto que los derechos civiles y políticos, y si los mismos deben poseer algún tipo de garantía judicial. Aunque el debate es más complejo, las posiciones se suelen agrupar en dos frentes. Ambos son vulnerables a ataques basados, por ejemplo, en diversas concepciones de la democracia, del papel de los jueces, de la necesidad y del modo de producir cambios sociales relevantes. Al mismo tiempo, los constitucionalistas chilenos todavía no han prestado suficiente atención a la posibilidad de diseñar modelos alternativos (diferentes de los modelos tradicionales de tutela judicial) para la protección de los derechos sociales. En este contexto, este ensayo tiene dos objetivos. El primero es descriptivo: sintetizar algunos modelos que el debate político no ha considerado todavía, tomando los casos de Nueva Zelanda, el Reino Unido, Canadá y dos provincias de Australia. El segundo es normativo: sugerir que, tomando estos casos como ejemplos, es posible diseñar un modelo que reduzca las debilidades de las posiciones que, hasta el momento, han sido predominantes en Chile.

PALABRAS CLAVE: Derechos sociales, control constitucional, debate constituyente chileno.

* Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional de dicha casa de estudios. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magister en Derecho Público, Pontificia. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Agradezco a María Luisa Avilés Aguayo por su colaboración revisando las referencias y el listado bibliográfico incorporado al final de este trabajo.

ABSTRACT: Chilean scholars disagree on how the future constitution should protect social rights. For example, they disagree on whether social rights should be treated as true legal rights, if those rights should have the same status and regulations than the civil and political rights, and if the constitution should provide a judicial mechanism to protect them. Even though the discussion is complex and needs a nuanced analysis, the diverse positions are often grouped in two fronts. Both fronts are vulnerable to arguments based on, for example, a specific conception of democracy, the proper judicial role, the need to achieve significant social transformations. At the same time, Chilean scholars have paid little attention to models other than the ones offering a judicial legal action. In this context, this brief essay advances two goals. The first is descriptive: to introduce and synthesize some alternative models that have yet to be considered by Chilean scholars, using the cases of New Zealand, the UK, Canada and two states of Australia. The second is normative: to suggest that, taking these countries as examples, it is possible to design a rights' model reducing the weaknesses of the Chilean predominant approaches to social rights protections.

KEYWORDS: Social rights, judicial review, Chilean constituent debate.

I. INTRODUCCIÓN

Una gran parte del debate chileno sobre los derechos sociales tiene un punto de partida definido. Aunque el debate es más complejo, y el mismo ha estado condicionado por la discusión existente en torno al modo como opera o debe operar la acción de protección, es importante tener presente que las posiciones suelen agruparse en dos frentes. Por un lado, se encuentran aquellos que promueven el reconocimiento de dichos derechos y de garantías de justicia-bilidad (por ejemplo, siguiendo el modelo sudafricano)¹. Por otro lado, están aquellos que niegan su carácter de derechos o, que aceptando dicha naturaleza, rechazan la conveniencia de hacerlos justiciables². Aunque ambas posiciones pueden estar basadas en argumentos jurídicos relativamente persuasivos, ellas suelen no poder responder a todas las críticas cuando las mismas se hacen en un contexto prescriptivo. En otras palabras, cuando el debate deja de ser jurídico-positivo y nos preguntamos por el modo cómo *debemos* redactar la Constitución en el futuro, las posiciones existentes en la literatura chilena no

¹ La literatura es abundante. Véase, por ejemplo, FIGUEROA (2009a) y 2009b).

² Véase, por ejemplo, MARTÍNEZ (2010) y SOTO (2014).

han logrado, todavía, hacerse cargo de todas las debilidades posibles. Mientras la posición favorable al reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales debe hacerse cargo del posible costo democrático, de política pública y de regresividad asociada a este tipo de derechos³, la segunda tiene la difícil tarea de identificar las diferencias entre los derechos de diferentes generaciones⁴, de justificar otras formas de dar protección a las pretensiones sociales que se encuentran detrás de los derechos sociales y de dar una respuesta satisfactoria a la necesidad de realizar cambios sociales relevantes en determinadas áreas.

En este breve ensayo, discuto algunos modelos alternativos para argumentar

- 1) que las alternativas que se han servido como punto de partida en la discusión chilena representan un falso dilema y
- 2) que existen modelos intermedios que pueden reducir los costos asociados al reconocimiento y justiciabilidad de los derechos sociales.

Para ello, es importante que la política, desde el Congreso, pueda enriquecer el debate en torno a las prestaciones sociales y generar mecanismos de supervisión y argumentación constitucional parlamentarias, estimulando la formación de coaliciones legislativas que permitan llevar adelante estos programas. Los jueces no deben ser los protagonistas de la agenda política asociada a los derechos sociales, pero pueden prestar un servicio útil al identificar problemas en la aplicación de las leyes o hacer más visibles algunas infracciones graves a derechos fundamentales. Para reconciliar estas ideas, hay tres órdenes de arreglos institucionales que pueden considerarse. En primer lugar, una reforma al régimen de gobierno (que no discutiré acá). En segundo lugar, la generación de mecanismos legislativos que estimulen una forma de constitucionalismo político (*political constitutionalism*), combinado con un control preventivo no judicial de los proyectos de ley (*pre-enactment review*). Estos dos últimos pueden fortalecer la deliberación política en la materia y, además, permitir un monitoreo parlamentario permanente respecto de la implementación de programas contenidos en leyes dictadas. En tercer lugar, la creación de modelos débiles de control constitucional. Eventualmente, también podría considerarse la adopción del modelo de directrices, que no discutiré en este ensayo, también podría considerar la adopción del modelo de directrices⁵.

³ Para un análisis de algunos de los problemas asociados a los derechos sociales, véase, por ejemplo, CROSS (2001).

⁴ Véase HOLMES & SUNSTEIN (2002).

⁵ Sobre los modelos de directrices, sus características y ventajas normativas, véase WEIS (2017); KHAITAN (2018) y (2019).

Esta propuesta está inspirada en los modelos asociados a los países de la Commonwealth británica, aunque también ha estado presente (con matices) en experiencias pasadas de algunos países latinoamericanos⁶. En palabras de Janet Hiebert, estos modelos se caracterizan por

- 1) permitir la discrepancia política sobre sentencias judiciales y
- 2) establecer mecanismos de evaluación de los proyectos de ley que consideren una interpretación de los derechos fundamentales⁷.

Aunque estos modelos no están diseñados específica y necesariamente para dar garantía a los derechos sociales (normalmente se trata de modelos de protección general de los derechos), sugiero explorar la utilización de una versión similar a estos modelos para la regulación de este tipo de derechos. Esto no significa, por supuesto, que los derechos civiles y políticos no puedan estar sujetos a estándares similares. No obstante, respecto de estos últimos derechos, me parece importante que exista un control de constitucionalidad fuerte cuando la violación de estos pueda producir un cuestionamiento a las precondiciones procedimentales de la democracia o a las fallas del mercado político⁸, siguiendo las propuestas de autores como John Hart Ely⁹ y de Stephen Gardbaum¹⁰.

Hago presente que este ensayo no tiene por objetivo contribuir a avanzar la disciplina correspondiente. Si bien este trabajo puede contribuir a introducir en Chile algunos modelos poco explorados por constitucionalistas nacionales, lo hace de manera breve y exploratoria. Para que podamos avanzar a llenar este vacío de la literatura chilena, y el debate político pueda considerar un diagnóstico más completo respecto de los modelos alternativos, se requiere del desarrollo de casos de estudio más profundos que este documento no pretende ofrecer.

II. ALGUNAS OBSERVACIONES METODOLÓGICAS PREVIAS

Primero, es relevante determinar si las pretensiones sociales relevantes (vivienda, educación, etc.), debieran asumir la *forma* de derechos fundamentales. Si bien cada vez más países reconocen estas pretensiones bajo la forma de derechos¹¹, lo

⁶ Véase algunos ejemplos en COLÓN-RÍOS (2014).

⁷ HIEBERT (2006), pp. 7-28.

⁸ Previamente he avanzado algunas ideas similares en VERDUGO (2013). También, véase VERDUGO (2021).

⁹ ELY (1977), (1978) y (1980).

¹⁰ GARDBAUM (2020).

¹¹ Por ejemplo, de las 193 constituciones vigentes que aparecen en la base de datos de constituteproject.org, sesenta y dos reconocen el derecho a acceder a la educación superior,

hacen con diferencias importantes, no todas incluyen garantías jurisdiccionales en el sentido tradicional (incluyendo ejemplos de nuestra propia historia constitucional), y no todos los modelos alternativos consideran a dichas pretensiones como derechos. Así, por ejemplo, la Constitución australiana determina que es atribución del Parlamento legislar para determinar prestaciones en materia de maternidad, desempleo y servicios médicos, entre otros (art. 51.xxiiiA).

Segundo, parte del debate constituyente ha asumido una visión *estática* sobre el diseño institucional. Para dicha visión, se asume que las reglas institucionales condicionarán y permitirán predecir la manera cómo los jueces las interpretarán en el futuro. Esto es un error. Por definición, la existencia de jueces formal y materialmente independientes implica asumir que habrá un espacio para que dichas normas (que incluyen principios con altos niveles de indeterminación y, en algunos casos, normas de textura abierta o de contenido controvertible) sean interpretadas, actualizadas e, incluso, alteradas mediante desarrollos jurisprudenciales futuros. Nada garantiza absolutamente que las normas serán aplicadas en el sentido previsto por sus redactores, ni que los objetivos de un diseño institucional concreto se cumplirán. Ejemplos abundan. Así, en India el sistema de “directivas” (tomado de Irlanda) no fue capaz de impedir el desarrollo jurisprudencial de un modelo de derechos sociales especialmente fuerte¹². Otro ejemplo es el de los preámbulos. En varias jurisdicciones (incluyendo Francia¹³) el diseño de preámbulos no vinculantes ha sido desconocido por una jurisprudencia de derechos que los ha utilizado con valor hermenéutico y como fuente de incorporación de derechos¹⁴. Un ejemplo más cercano se relaciona con la manera como, en Chile, algunos autores han sostenido que el desarrollo expansivo de la jurisprudencia de los derechos sociales ha hecho “mutar” la Carta de 1980¹⁵.

Garantizar completamente que los objetivos de los arreglos institucionales diseñados por los constituyentes se cumplan en el futuro, podría dañar la independencia de los jueces que interpreten las reglas respectivas. Por supuesto, aunque este costo es demasiado alto para ser tolerado, esto no significa que el diseño carezca de importancia. Por ejemplo, sabemos que una técnica de redacción vaga como resultado de acuerdos incompletos (frecuen-

ochenta y siete reconocen el derecho a algún estándar mínimo de vida, setenta y seis el derecho a la vivienda (aunque se utiliza más la expresión ‘shelter’ que ‘housing’).

¹² ABEYRATNE (2020).

¹³ STONE (1992).

¹⁴ La lista es, por supuesto, más larga. Países que han utilizado sus preámbulos como guía interpretativa incluyen a: Sudáfrica, Irlanda, Alemania. Países que los han utilizado como fuente de derecho positivo incluyen a: Francia, Estonia, India y Macedonia. Véase ORGAD (2010).

¹⁵ BASSA y ASTE (2015), pp. 215-244.

tes en procesos constituyentes llevados a cabo mediante negociaciones¹⁶) puede hacer más impredecible su implementación, una técnica de redacción clara puede hacer más difícil que un juez pueda desatender el tenor literal, y un contenido excesivamente axiológico puede dar más herramientas argumentativas a jueces que pretendan desconocer dichos objetivos, entre otras posibilidades. Mientras más claro y moderado sea el texto, más herramientas existirán para hacer visible un caso de activismo judicial¹⁷.

Tercero, los modelos de *pre-enactment* review existen en países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Japón y el Reino Unido. En todos estos modelos el resultado debe explicarse por una combinación entre el diseño institucional, la dificultad para modificar la Constitución, las prácticas políticas y jurisprudenciales. No obstante, en algunos casos, el diseño institucional formal ha generado efectos relativamente predecibles. En otros casos, el sistema es inentendible si no se consideran las prácticas políticas y judiciales desarrolladas al margen de lo que disponen las reglas formales¹⁸. En Japón, por ejemplo, la Corte Suprema establecida por la Constitución de 1947 debía funcionar de manera similar a su par estadounidense¹⁹. Pero el establecimiento del Cabinet Legislation Bureau, unido a un sistema político poco competitivo y a una cultura judicial formalista, hicieron que el control constitucional no sirviera para limitar el poder del partido político dominante e incumbente, y la Corte Suprema se volviera políticamente poco relevante²⁰. En el Reino Unido, el Human Rights Act y la creación de la Corte Suprema, modificaron la manera cómo los ingleses entendieron el principio de soberanía parlamentaria, pero probablemente no fue hasta la sentencia *Thoburn*, que consolidó la prohibición del *implied repeal*, que el sistema inglés hizo que sus jueces fueran constitucionalmente relevantes, doctrina que sería discutida también (con matices importantes) en otras jurisdicciones que también reconocieron alguna forma de soberanía parlamentaria²¹.

¹⁶ En la práctica, estos acuerdos incompletos pueden funcionar como decisiones postergadas. DIXON & GINSBURG (2011).

¹⁷ La idea del "activismo judicial" ha sido discutida por la literatura. Varios sostienen que se trata de un concepto inútil o ideológico. Aunque es cierto que su utilización ha sido, con frecuencia, desafortunada. Se trata de una idea que, formulada con una metodología relativamente clara y consistente, puede ilustrar de manera cualitativa la manera en que los jueces se han excedido de sus competencias para avanzar una agenda específica. Sobre el modo cómo la idea de activismo judicial puede ser utilizada, véase GARCÍA y VERDUGO (2013).

¹⁸ DIXON (2019) pp. 904-930.

¹⁹ KAWAGISHI (2007), pp. 308-331; SATOH (2008), pp. 603-628.

²⁰ LAW (2011), pp. 1425-1466; MATSUI (2011), pp. 1375-1423; RAMSEYER & RASMUSEN (2001), pp. 331-344.

²¹ GOLDSWORTHY (2018), pp. 109-145; PREBBLE (2005), pp. 291-318.

III. EL MODELO DE LOS DERECHOS SOCIALES JUSTICIABLES

Los modelos de justiciabilidad de los derechos sociales que solemos discutir en Chile normalmente implican la siguiente estructura:

- 1) acción ante una Corte,
- 2) sentencia,
- 3) respuesta estatal (o privada, en algunos casos) y, en algunos casos,
- 4) una nueva acción judicial de seguimiento²².

Frecuentemente se asume, para bien o para mal, que el juez tendrá la última palabra o que, al menos, dichos jueces tendrán un poder lo suficientemente grande como para declarar inconstitucionalidades y obligar (o presionar) a los legisladores y al aparato administrativo a innovar en el ordenamiento jurídico. Los modelos extranjeros más fuertes se suelen asociar al denominado “constitucionalismo transformador”, que además consideran constituciones maximalistas que siguen una agenda igualitaria y, en ocasiones, refundacional²³. Entre estos modelos, probablemente el más citado entre los chilenos es el diseño de las “tutelas”, que opera en Colombia. En algunos casos, los jueces son llamados a colaborar con el régimen transformador (el mismo que dictó la Constitución y continúa gobernando), lo que implica, en ocasiones, sacrificar su independencia judicial²⁴. Por supuesto, aunque han existido tendencias relativamente “transformadoras” en Europa²⁵, ellas no han tenido el carácter partisano ni han sido acompañadas por regímenes que reemplazan sus constituciones para alcanzar transformaciones particulares.

Las objeciones al modelo de derechos sociales justiciables son numerosas. Además de las clásicas críticas democráticas que cuestionan el papel de los jueces y prefieren que sea el proceso político democrático el que tome las decisiones y respecto del cual recaiga la responsabilidad frente a la ciudadanía. Así, por ejemplo, se ha sostenido que estos modelos pueden desincentivar protestas y movilizaciones sociales para pedirle cambios al sistema político y reemplazar dichas movilizaciones por acciones judiciales organi-

²² Es común que los modelos de justiciabilidad de los derechos sociales sigan una estructura similar, la que adapté del trabajo de GAURI & BRINKS (2008), pp. 1-37.

²³ La idea fue desarrollada originalmente en Sudáfrica para describir un modelo políticamente comprometido que aspiraba a utilizar a los jueces para la implementación de una agenda progresista e igualitaria. El término y su conceptualización originales se le suele atribuir a KLARE (1998).

²⁴ Esto fue lo que ocurrió en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Véase, por ejemplo, LANDAU & DIXON (2020); SÁNCHEZ (2011) y VERDUGO (2019).

²⁵ Sobre la idea del constitucionalismo transformador, véase la discusión en Alemania en HAILBRONNER (2017).

zadas²⁶. Esto afecta la capacidad del sistema de dar respuestas satisfactorias con una mirada más amplia y puede reducir el interés del proceso político por avanzar en dichas respuestas. Otro tipo de argumentos sostiene que el modelo de derechos sociales tiene problemas importantes de eficacia y, de acuerdo con los datos presentes en la literatura, no existe un vínculo causal entre la presencia de derechos sociales y la satisfacción de las prestaciones asociadas a ellos²⁷. Así, existen países que tienen sistemas de bienestar exitosos sin derechos sociales, y otros que poseen modelos de derechos sociales que han sido insuficientes para cubrir las necesidades asociadas. Por otro lado, existe evidencia de Colombia, Brasil, Hungría, Sudáfrica e India, para señalar que, en ocasiones, el *enforcement* de derechos sociales puede terminar beneficiando a estratos socioeconómicos medios o, incluso, altos²⁸. Es más probable que los tribunales protejan los derechos de grupos organizados, por ejemplo, funcionarios públicos que claman por derechos de seguridad social, que para los grupos más desaventajados, difusos o menos organizados²⁹. Si bien David Landau encuentra evidencia de que soluciones estructurales impulsadas desde los tribunales pueden solucionar problemas de los más pobres, y dichas sentencias pueden ser valiosas en contextos donde las estructuras representativas han funcionado de manera altamente defectuosa, estas sentencias estructurales son demasiado costosas para el sistema democrático como para ser promovidas entre nosotros.

También los críticos de los derechos sociales no han logrado, en general, distinguir los distintos modelos existentes (algunos son más débiles que otros, siendo Colombia y Sudáfrica los casos más citados, pero ambos tienen diferencias importantes). Varios tampoco han podido argumentar con éxito qué se requiere para que un interés pueda tener el estatus de “derecho” ni distinguir el tipo de prestaciones o acciones que los “derechos” debieran cubrir. En ocasiones, esto también ha significado dar respuestas poco satisfactorias a quienes promueven cambios sociales utilizando mecanismos judiciales. Si bien la vía judicial para lograr dichos cambios puede tener problemas importantes, no basta con señalar que esa es facultad de quienes fueron electos en

²⁶ CHILTON & VERSTEEG (2018), p. 323.

²⁷ Así, por ejemplo, un estudio que utiliza una muestra de 186 países concluye que la existencia del derecho a la salud y a la educación no está estadísticamente correlacionada con un aumento en el gasto público en estas áreas, véase CHILTON & VERSTEEG (2016). Otro trabajo muestra que, luego de examinar 66 países, no existe una correlación entre el tamaño del Estado y la existencia del derecho a la educación y a la salud BEN-BASSAT & DAHAN (2008).

²⁸ LANDAU (2012). También, véase evidencia del caso brasileño HOFFMAN & BENTES (2008). Algo similar ha ocurrido en Chile con la litigación asociada a las isapres.

²⁹ Existe evidencia adicional para respaldar este argumento. Véase CHILTON & VERSTEEG (2015).

procesos democráticos. Es relevante tener presente que es posible que, si bien la inclusión de derechos sociales no garantice su satisfacción inmediata ni sea causa suficiente (ni tampoco necesaria) para su protección, es posible que el reconocimiento de los derechos sociales puede generar otros efectos. Así, por ejemplo, su reconocimiento explícito podría impedir, como ha ocurrido en algunos estados de Estados Unidos, que ellos impidan interpretaciones constitucionales aberrantes como las que predominaron durante la era *Lochner*³⁰. Si el proceso democrático es deficitario, entonces existen buenas razones para empoderar a los jueces en materias relevantes³¹. El problema es que las soluciones de largo plazo necesitan de procesos políticos. Es en este punto donde el debate sobre los contenidos de una nueva Constitución puede dar soluciones.

IV. EL CONSTITUCIONALISMO DÉBIL Y EL CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO

Por lo anterior, propongo discutir las recomendaciones dadas por autores como Cass Sunstein, Mark Tushnet y Rosalind Dixon³², quienes sugieren implementar mecanismos de diálogo o de *weak judicial review* que acompañen la protección de los derechos sociales. Para estos autores, los jueces pueden servir para identificar fallas de los sistemas de protección social que después son consideradas por el legislador. Es en este punto donde los mecanismos de diálogo se vuelven útiles.

Aunque el modelo del constitucionalismo débil no fue diseñado ni pensado, para los derechos sociales (sino que para todos los derechos), nada obsta a que el mismo pueda ser insertado dentro de un catálogo de derechos sociales o de directrices de política social. Este modelo asume que, si bien las Cortes constitucionales tienen un papel relevante en la interpretación de los derechos fundamentales, la decisión de estas Cortes no es *final*³³. Por supuesto, los tribunales resuelven y adjudican la controversia concreta, pero la pregunta sobre la constitucionalidad de la medida sujeta a evaluación queda abierta y entregada al proceso político. Los jueces carecen de la última pala-

³⁰ Es uno de los efectos que se han encontrado en algunos Estados de Estados Unidos, donde se han incluido derechos sociales para impedir que existan interpretaciones cercanas a la jurisprudencia de la era *Lochner*. Véase ZACHIN (2013).

³¹ Aunque no se enfocan en derechos sociales, este argumento ha sido utilizado cuando los canales representativos no funcionan apropiadamente. Véase, por ejemplo, SCHEPPELE (2005); BARROSO (2016), (2019).

³² TUSHNET (2008) y DIXON (2007), pp. 391-418.

³³ Sigo en esto la clásica definición de TUSHNET (2004), (2011).

bra y el control de constitucionalidad es el resultado de un proceso político que comienza al momento de legislar. Si la interpretación de una Corte se consolida, es porque ello ha sido querido (o tolerado) por los actores políticamente relevantes y no por la autoridad de la Corte. De esta manera, el constitucionalismo débil incrementa los niveles democráticos de rendición de cuentas por los actos inconstitucionales y puede reducir la importancia de las críticas identificadas en la sección previa.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo débil también puede darle un papel (no protagónico) a los jueces. Como bien ha señalado Rosalind Dixon, incluso en países cuyas democracias están funcionando relativamente bien (que no es el caso de muchos países latinoamericanos, por supuesto), es común que la tarea legislativa ordinaria produzca “puntos ciegos” (*blind spots*) y “cargas de inercia” (*burdens of inertia*), los que se producen como resultado de dinámicas partidistas al interior del proceso legislativo, limitaciones de tiempo o de restricciones institucionales específicas³⁴. Los “puntos ciegos” se producen debido a las limitadas capacidades legislativas para predecir el modo en que se aplicarán e interpretarán los proyectos de ley que se están redactando, generando vacíos no previstos o consecuencias no queridas³⁵. Las “cargas de inercia” se producen en todo periodo legislativo debido a la escasez de tiempo y de voluntad política para priorizar una agenda que tenga el apoyo intenso de una mayoría. Ellas también se pueden producir, por ejemplo, por la necesidad política de eludir la regulación de materias que dividen a la coalición mayoritaria³⁶. Los jueces pueden cumplir una función útil identificando puntos ciegos y haciendo presente la existencia de cargas de inercia, en tanto están en una posición más privilegiada que los legisladores para evaluar el modo de aplicación práctica de la ley. Así, los jueces pueden colaborar a que el proceso político tome nota (y corrija) la existencia de vacíos, consecuencias imprevistas y situaciones no cubiertas por la legislación.

El constitucionalismo débil se diferencia de aquellos países que carecen de judicial review (como el Reino Unido antes del Human Rights Act, Israel antes del desarrollo jurisprudencial de las leyes básicas y los Países Bajos antes de la implementación de la Convención Europea de Derechos Humanos³⁷), en tanto los jueces poseen algún grado de influencia en la eva-

³⁴ DIXON (2017).

³⁵ *Op. cit.*, pp. 2208-2209.

³⁶ *Op. cit.*, pp. 2209-2212.

³⁷ Israel ha desarrollado un modelo de judicial review fuerte, donde tests como la proporcionalidad y la dignidad han representado un papel. Véase, por ejemplo, SHINAR (2013). Se suele decir que los Países Bajos carecen de un modelo de revisión judicial de la ley. Esto no es correcto hoy. BESSELINK (2013).

luación de las leyes. No obstante, también se diferencia de los países que poseen un modelo de control constitucional fuerte (como Estados Unidos, Alemania y Colombia³⁸), ya que en dichos países es difícil separar la idea de supremacía constitucional de la idea de supremacía judicial, tal y como lo han promovido algunas corrientes “departamentalistas” en Estados Unidos. En otras palabras, el constitucionalismo débil asume que la Constitución es superior a las leyes (y estas, por lo tanto, deben sujetarse a la misma), pero no hace descansar única y finalmente en los jueces el papel de interpretar las normas constitucionales de manera definitiva, siendo más compatible con posiciones asociadas al *political constitutionalism*.

De esta manera, la objeción contramayoritaria a la justicia constitucional se debilita. Jeremy Waldron (uno de los principales críticos del control judicial de la ley), por ejemplo, ha sostenido que su crítica al judicial review no tiene lugar tratándose de mecanismos débiles³⁹. Otro ejemplo es el de Richard Bellamy, quien sostiene que su argumento a favor del constitucionalismo político es compatible con el Human Rights Act⁴⁰. Como lo ha reconocido la literatura, es posible que las Cortes representen un papel más “dialogante” dentro del proceso político (restringiendo su papel de veto)⁴¹ y se fortalezcan las propiedades deliberativas del proceso legislativo⁴².

Aunque existen críticos que sostienen que este tipo de modelos no han tenido los resultados deseados en la práctica, en tanto los legisladores rara vez utilizan su poder de enfrentar a una Corte (como en Canadá), o las Cortes rara vez invocan sus poderes débiles (como en NZ y Australia)⁴³, estas críticas no son lo suficientemente persuasivas como para derrotar las razones democrático-normativas que justifican el establecimiento de modelos débiles. Lo anterior se debe a que el número de acciones cuantificadas es menos relevante que el número de omisiones producidas por los efectos disuasivos de estas reglas institucionales (los que, por supuesto, no pueden cuantificarse). Por ello, es mejor aproximarse a estos modelos con una perspectiva estratégica que entienda los juegos institucionales de distintos actores del proceso político⁴⁴ que con estadísticas descriptivas.

³⁸ Aunque parece ser una posición minoritaria, Jorge Roa sostiene que el modelo colombiano es, en realidad, mixto. Véase ROA (2019).

³⁹ WALDRON (2006), p. 115.

⁴⁰ BELLAMY (2011), pp. 86-111.

⁴¹ La literatura al respecto es muy abundante. El trabajo seminal corresponde a un análisis del modelo canadiense. Véase HOGG, BUSHELL & WRIGHT (2007), HOGG & BUSHELL (1997).

⁴² DIXON (2017), pp. 2193-2232.

⁴³ Véanse algunos datos relevantes en DIXON (2011).

⁴⁴ Por ejemplo, aunque en el contexto de Estados Unidos, véase FEREJOHN & WEINGAST (1992); FEREJOHN & WEINGAST (1992a) y WHITTINGTON (2003).

Evidencia asociada al Attorney General de Irlanda y del Cabinet Legislation Bureau japonés han hecho surgir otras críticas⁴⁵. A veces, ellos tienen el efecto de reducir las competencias de los jueces, y de promover formas poco transparentes de discusión política. No obstante, moderar el poder de revisión judicial, a diferencia de lo que ha ocurrido con la Corte japonesa en un contexto de sistema de partido dominante, es algo deseable en materia de derechos sociales. Respecto de los procedimientos poco transparentes, el objetivo es que los mecanismos diseñados operen en diálogo con la oposición parlamentaria, lo que reduce las posibilidades de opacidad. Lo anterior sugiere que no debemos prestar tanta atención al modelo japonés. Los modelos que parecen más atractivos, y que serán brevemente explicados a continuación, son el de Nueva Zelanda, el de Canadá, el del Reino Unido, el de Canadá y el de Australia.

1. Nueva Zelanda (NZ) y el *New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA)*

Originalmente inspirado en la teoría de John Hart Ely⁴⁶, la que habría influido en los redactores del Bill of Rights Act, NZ dictó el NZBORA en 1990. Sin embargo, el experimento de NZ, que asumía la existencia de un control constitucional fuerte en materias que pudieran generar imperfecciones del mercado político, finalmente se transformó en un modelo débil de control constitucional⁴⁷. Este modelo sirvió para dejar atrás al clásico sistema Westminster, basado en la soberanía del Parlamento⁴⁸ y permitió que los jueces ingresaran al diálogo constitucional sobre los derechos fundamentales. Aunque los jueces en NZ no alcanzaron la fuerza de sus pares ingleses (la tesis del *implied repeal*, descrito más adelante, fue rechazada en NZ)⁴⁹, y todavía existen razones para implementar una Constitución que pueda ser entendida como *higher law*⁵⁰, NZ logró que sus jueces utilizaran su jurisprudencia para generar presión política en el Parlamento, sin perjuicio de ser, probablemente, el sistema más débil de los sistemas de la Commonwealth⁵¹.

⁴⁵ Véase KENNY & CASEY (2020).

⁴⁶ En síntesis, y arriesgando una explicación demasiado simplificada, la tesis de John Hart Ely justifica el judicial review para proteger una versión procedimental de la democracia y aquellos derechos que permiten ensanchar la representación y participación de grupos minoritarios insulares y aislados. El trabajo más importante donde presentó estas ideas es ELY (1980).

⁴⁷ GEIRINGER (2019).

⁴⁸ ERDOS (2013), pp. 322-342.

⁴⁹ PREBBLE (2005), pp. 291-318.

⁵⁰ PALMER (2019).

⁵¹ ERDOS (2013), p. 329.

El sistema de NZ incluye un listado importante de derechos de contenido obligatorio para todos, incluyendo al legislador y a jueces (sección 3), aunque el énfasis está en los derechos civiles y políticos (recuerden que la inspiración es la teoría procedimental de John Hart Ely)⁵². Se permite limitar estos derechos mediante legislación que establezca (1) límites razonables y (2) justificados en una sociedad libre y democrática (sección 5), pero los jueces tienen la prohibición de declarar la invalidez o ineficacia de una ley, y también de dejar de aplicar la ley (sección 4). Sin perjuicio de eso, los jueces están autorizados a interpretar las leyes de un modo que sea compatible con el NZBORA, lo que le da a dicho instrumento un estatus superior al de la ley simple. Dicho estatus puede ser amenazado por una mayoría parlamentaria (el NZBORA se modifica como ley simple). Así, aunque técnicamente el NZBORA no sea una constitución en el sentido formal⁵³, este sistema dispone de un costo adicional a aquella mayoría parlamentaria que quiera contradecir los derechos fundamentales: hacer explícita la contradicción. Ello permite asignar los costos políticos de infringir derechos fundamentales a aquella mayoría parlamentaria electa.

El NZBORA garantiza un debate parlamentario sobre los derechos fundamentales que hace al Parlamento responsable políticamente de las infracciones que puedan cometerse⁵⁴. Cada vez que un proyecto de ley es ingresado al Parlamento, y que pueda aparecer como contrario al NZBORA, el *Attorney-General* debe informar respecto de la compatibilidad de dicho proyecto con el NZBORA (sección 7), generando un debate sobre los límites de los derechos fundamentales. Si bien se trata de un control preventivo de constitucionalidad que no es vinculante, los reportes del *Attorney-General* son relevantes para hacer visibles las posibles inconstitucionalidades, hacer presente el estado de la jurisprudencia en la interpretación de los derechos fundamentales y, a veces, sirve de base para modificar los proyectos de ley.

Pese a su carácter débil, el sistema del NZBORA ha producido efectos. Cuando el Poder Ejecutivo está interesado en rechazar una ley promovida por el Parlamento (NZ tiene un sistema parlamentario y multipartidista donde el partido del Primer Ministro rara vez goza de mayoría, estimulando

⁵² Una posible excepción son los derechos de minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, quienes tienen el derecho de “gozar” de la cultura respectiva (art. 20).

⁵³ GARDBAUM (2013), p. 130.

⁵⁴ No estoy utilizando la idea de “responsabilidad política” en el sentido jurídico formal, por supuesto. Me refiero a aquella forma de responsabilidad que la ciudadanía puede hacer valer mediante procesos electorales. Así, por ejemplo, un legislador puede no ser reelecto cuando sus votantes evalúan su desempeño de forma negativa. La responsabilidad política, así entendida, tiene un fuerte componente democrático y representativo.

pactos de gobernabilidad), una unidad especial del Ministerio de Justicia desarrolla un informe revisando la compatibilidad del proyecto de ley con el NZBORA⁵⁵. Luego de que el proyecto es ingresado, cuando hay dudas de constitucionalidad, el *Attorney-General* ha ayudado a identificar treinta u nueve infracciones a derechos fundamentales que no pudieron ser evitadas en el proceso legislativo⁵⁶. No obstante, varios proyectos han logrado ser modificados producto de cuestiones de constitucionalidad planteadas durante el proceso legislativo. El incentivo político es evitar, en la medida de lo posible, la intervención del *Attorney-General*, lo que ha desarrollado la práctica de ofrecer altas justificaciones sobre el cumplimiento de los límites establecidos por el NZBORA⁵⁷. El propio Parlamento ha diseñado un sistema para hacer seguimiento a los proyectos de ley, los que deben ser *interpretadas* por los jueces, de manera que dichos proyectos puedan ser implementados reconciliando el contenido de las leyes, en lo posible, con NZBORA.

Los tribunales de NZ han utilizado el NZBORA es cuestiones criminales y procedimientos policiales. Entre 1990 y 2005, existieron trece casos de inconsistencias declaradas judicialmente⁵⁸. Respecto del poder interpretativo de los jueces, el mismo generó un fuerte debate en torno a la línea que existiría entre interpretar y crear derecho (algo que no sorprende, por ser un problema común a toda jurisdicción constitucional que he estudiado). Sin perjuicio de ello, los tribunales de NZ han desarrollado una reputación de “moderados”⁵⁹, y han evitado hacer declaraciones de incompatibilidad (pese a que han reafirmado explícitamente la existencia y vigencia de dicho poder). Un ejemplo de moderación en el uso de la técnica interpretativa, es la interpretación de la ley de matrimonio civil en 1998, donde la Corte aludió a la intención original del legislador de 1955 para impedir una interpretación que reconciliara dicho estatuto con el matrimonio igualitario. Si el matrimonio igualitario iba a reconocerse en NZ, debía ser por ley (como ocurrió el año 2013). En otros casos, la jurisprudencia ha obligado al Parlamento a legislar en materias donde no se respeta suficientemente los derechos de las personas. Un ejemplo es la decisión de la Corte de asignar altas indemnizaciones de perjuicios por daños que violan derechos fundamentales en materia penal, lo que presionó al Parlamento para dictar una ley regulando el sistema indemnizatorio. Otro ejemplo es la misma sentencia sobre matrimonio igualitario, lo que impulsó al *Attorney-General* a presen-

⁵⁵ GARDBAUM (2013), p. 132.

⁵⁶ PALMER (2019).

⁵⁷ GARDBAUM (2013), p. 133.

⁵⁸ DIXON (2011), p. 8.

⁵⁹ GARDBAUM (2013), p. 136.

tar informes a propósito de proyectos de ley relacionados con derecho de familia, dando cuenta de las desigualdades que se estaban generando. Esto sirvió de base para que, en el año 2004, se pudiera dictar la ley de acuerdo de unión civil, que sirvió de precedente a la ley de matrimonio igualitario que se dictó años después.

2. *El Reino Unido y el Human Rights Act (HRA)*

La aprobación del HRA en 1998 (que hace obligatoria la Convención Europea de DD.HH. en el Reino Unido) y la implementación posterior de una Corte Suprema, cambiaron las prácticas políticas y judiciales del Reino Unido, y su sistema de fuentes. Ello dio origen a un debate importante entre los escépticos del judicial review y sus partidarios⁶⁰. Finalmente, el HRA fue aceptado por quienes proponían mantener un esquema de constitucionalismo político⁶¹.

El modelo del HRA establece un doble control: uno político y uno judicial. El político consiste en obligar a los ministros respectivos a argumentar si un proyecto de ley nuevo es compatible o no con el HRA. Los ministros tienen la opción de no efectuar dicha declaración. No obstante, si utilizan esta opción, deben explicitar que no son capaces de hacerlo. Si el gobierno cree que la ley es contraria al HRA, puede seguir tramitando el proyecto siempre y cuando argumente su intención explícita de modificar parcialmente dicho instrumento (sección 19). En la práctica, se ha seguido la costumbre reiterada de que el gobierno presente un memo argumentando la compatibilidad del proyecto de ley⁶², lo que enriquece el debate legislativo sobre los derechos.

Por su parte, el judicial permite a los jueces dictar declaraciones de incompatibilidad sin efectos vinculantes (sección 4), y también permite dictar sentencias interpretativas que intenten reconciliar las leyes evaluadas con el HRA “so far as it is possible to do so” (sección 3). Además, el HRA obliga a los jueces ingleses a tomar en consideración la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (sección 2). El sistema está diseñado para que las declaraciones de incompatibilidad solamente sean procedentes si una sentencia interpretativa no es posible.

Las declaraciones de incompatibilidad se han utilizado poco, como era esperable, no son vinculantes ni para el legislador ni para las partes del

⁶⁰ El debate entre Ronald Dworkin y Waldron es un ejemplo de lo anterior. Véase DWORKIN (1990), WALDRON (1999).

⁶¹ BELLAMY (2011), pp. 86-111.

⁶² Una autora cuenta que, hasta el año 2014, solo hubo un caso de una declaración de incompatibilidad. KAVANAGH (2015) p. 1050.

caso (sección 4.6), y ellas hacen posible la coexistencia de dos estatutos inconsistentes (que formalmente tienen la misma jerarquía, pero que no se derogan mediante el criterio cronológico para resolver conflictos de leyes). No obstante, dichas sentencias pueden generar efectos políticos relevantes. El HRA declara la obligación de respetar los derechos contenidos en dicho estatuto (sección 6), y la Corona y algunas autoridades políticas deben ser informadas de estas sentencias de incompatibilidad (sección 5)

El sistema se ha desarrollado con un dinamismo que, a veces, hace que el poder de los jueces se vuelva más robusto⁶³. La técnica interpretativa ha sido utilizada de manera más creativa por parte de jueces ingleses. Asumiendo que el legislador *no quiso* violar el HRA, dichos jueces han cambiado el sentido a varias normas. Ello ha generado una jurisprudencia que, asumiendo que los legisladores no quisieron modificar el HRA, las leyes posteriores no derogan o modifican dicho instrumento salvo que dicha derogación o modificación sea explícita. De esta manera, en otras palabras, no se permite el *implied repeal* de un estatuto considerado constitucional. Así, si el legislador decide infringir derechos fundamentales reconocidos en el HRA, debe hacerlo de manera explícita y exponerse a asumir los costos políticos que ello puede traer. En consecuencia, el HRA ha adquirido un estatus o categoría especial en la práctica.

Esta doctrina es interesante en términos democráticos, ya que no les quita facultades legislativas a los parlamentarios electos y les exige asumir los costos políticos de sus decisiones. Si quieren violar normas como el HRA, deben ser capaces de argumentar públicamente que así lo hacen⁶⁴. Esta doctrina ha modificado el principio de soberanía parlamentaria y ha dado lugar a una discusión sobre algunos estatutos que serían considerados como superiores y, también sobre si la voluntad del legislador para rechazar este cuerpo legal u otras leyes que posean un estatus constitucional (o cuasiconstitucional) similar, debe ser explícita o basta con que sea suficientemente clara. Esta discusión se hizo más rica tratándose del debate sobre la ley dictada por el Parlamento inglés que regula el Parlamento de Escocia (Scotland Act 1998)⁶⁵.

La discusión se ha centrado en los límites de la autoridad interpretativa de los jueces ingleses. Siguiendo a Aileen Kavanagh, el *leading case* es Ghaidan v. Mendoza, donde los jueces discutieron si una persona que sobrevive a la muerte de su pareja homosexual puede asumir como arrendatario

⁶³ Por esta razón, hay algunos autores que se resisten a calificar el sistema inglés con el nombre estático de *weak*. Véase, por ejemplo, KAVANAGH (2015).

⁶⁴ AHMED & PERRY (2017), pp. 461-481.

⁶⁵ AHMED & PERRY (2014), pp. 514-535.

en lugar de la persona fallecida⁶⁶. La ley de arrendamiento solo establecía este derecho para personas casadas heterosexuales y, por lo tanto, no debía beneficiar a la pareja sobreviviente no casada. La Cámara de los Lores estimó que el fin de la ley (dar seguridad habitacional a parejas estables—*loving and stable couples*) podía compatibilizarse con el HRA para no discriminar a parejas homosexuales que, efectivamente, habían tenido estabilidad en su relación. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que el legislador pueda, en el futuro, reafirmar las reglas originales de la ley de arrendamiento (los jueces no pueden evitarlo). No obstante, si una futura mayoría parlamentaria decide dictar una ley modificando los efectos de la sentencia citada, debe hacer el *repeal* de manera explícita y, de esta manera, asumir los costos políticos asociados a la contravención de los derechos fundamentales del HRA.

Por este motivo, si bien las sentencias interpretativas pueden ser criticadas por tratarse de un caso de creación judicial de derecho (jueces reescribiendo las leyes)⁶⁷, en el caso del HRA esta crítica es menos importante debido a que es más fácil (a lo menos formalmente) utilizar la regla de mayoría para contradecir dicha interpretación.

3. *Canadá y el Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Charter*)

Canadá tiene, probablemente, el modelo menos débil de los países que siguen modelos de control de constitucionalidad de este tipo⁶⁸. El sistema fue construido de manera incremental. Comenzó con un Bill of Rights dictado en 1960, cuyo propósito era hacer que el Parlamento pudiera hacerle rendir cuentas al Ejecutivo. Así se estableció la obligación de que el ministro de Justicia tuviera que evaluar la consistencia de todos los proyectos de ley con el Bill of Rights e informar al Parlamento al respecto. En 1982, Canadá aprobó el Canadian Charter of Rights and Freedoms, que funciona como su Constitución actual, y bajo el cual se estableció el poder de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. El *Charter* reconoce derechos civiles y políticos tradicionales, además de un conjunto de derechos asociados al uso del lenguaje. Dentro de ellos, hay algunos derechos sociales asociados a la educación. Una norma sustantiva importante, es aquella que determina que los derechos pueden restringirse bajo justificaciones consistentes con una “sociedad libre y democrática”. El poder de revisar la constitucionalidad de las leyes implicó la facultad de las Cortes de invalidar leyes y un poder

⁶⁶ KAVANAGH (2015), p. 1016.

⁶⁷ FERRERES (2004), pp. 1705-1736.

⁶⁸ HIEBERT (2006), p. 11.

correlativo del Parlamento federal y de los parlamentos provinciales, incluido en la denominada Notwithstanding Clause de la sección 33⁶⁹. La sección 33 le permite al Parlamento o a los parlamentos, por mayoría simple, dejar sin efecto temporal la sentencia de inconstitucionalidad, dictaminando que la ley inconstitucional operará aun a pesar de dicha sentencia, siendo una excepción al catálogo de derechos. La decisión del Parlamento dura un plazo máximo de cinco años, pudiendo ser ratificada o rechazada por el Parlamento electo en el periodo siguiente. Así, el poder para discrepar de una sentencia opera como una táctica para posponer el problema y asegura que, en el caso de existir una decisión final, la misma va a ser adoptada mediante un parlamento electo⁷⁰.

El *Charter*, debido a algunas sentencias de la Corte Suprema declarando la inconstitucionalidad de algunas normas tuvo el efecto de hacer que la discusión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley fuera más rigurosa y profunda⁷¹, y algunos autores reportan numerosos casos en que sentencias de la Corte Suprema han producido la necesidad de legislar, que el Parlamento ha respondido a esa necesidad, y que los incentivos institucionales habrían generado una suerte de sistema dialógico donde los jueces carecen de la última palabra⁷². Hubo cincuenta y cuatro sentencias de inconstitucionalidad entre 1982 y 2004, las que generaron catorce intentos de declaraciones parlamentarias que dejaron sin efecto dichas sentencias⁷³.

Desde entonces, el Parlamento ha utilizado muy poco la sección 33. El gobierno canadiense ha estimado que es políticamente costoso invocar dicha sección⁷⁴, lo que ha hecho que las Cortes canadienses operen, en la práctica, con un control constitucional más robusto que el esperado. Los

⁶⁹ “S 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)”.

⁷⁰ HIEBERT (2006), p. 11.

⁷¹ *Op. cit.*, p. 12.

⁷² Por supuesto, la idea de diálogo funciona mejor como metáfora que como explicación. Véase HOGG & BUSHHELL (1997). Esta posición ha sido criticada. Véase una respuesta en HOGG BUSHHELL & WRIGHT (2007). Véase una crítica en TREMBLAY (2005).

⁷³ DIXON (2011), p. 11.

⁷⁴ HIEBERT (2006), p. 11.

reportes del ministro de Justicia utilizan el lenguaje del *Charter* (incluyendo la cláusula sobre los límites a los derechos), parecen estar dirigidos más a los tribunales que al Parlamento, y se ha generado una cultura política que impide la presentación de proyectos de ley que han sido informados negativamente por el ministerio, o que presionan por su modificación⁷⁵.

Pese a que los resultados del modelo canadiense han sido controvertidos en la literatura, es importante precisar que varias Constituciones han importado el modelo de la sección 33 canadiense. Entre estos países, Stephen Gardbaum menciona a Polonia, Mongolia, Bélgica, Luxemburgo y Finlandia⁷⁶.

4 Victoria y la Capital de Australia

Australia ha discutido la implementación de un Bill of Rights en muchas oportunidades, pero hasta el momento (por lo menos hasta 2019) no ha logrado aprobar uno. El sistema de control judicial de la ley en Australia solo protege cuestiones orgánicas y procedimentales, y unos pocos derechos que están reconocidos constitucionalmente, como el derecho a voto, el derecho a no ser expropiado en términos injustos y el derecho a no ser discriminado por razón de residencia. Así, en teoría, existe supremacía constitucional (y control constitucional robusto), limitado a cuestiones estructurales como la separación de poderes y el modelo federal, pero no existe supremacía constitucional (ni judicial) respecto de derechos fundamentales. El principal control constitucional existente, es el que el Parlamento bicameral realiza sobre los actos del Ejecutivo⁷⁷. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de los tribunales ha protegido derechos implícitos (como la libertad de expresión), que se vinculan con la necesidad constitucional de mantener el sistema democrático y parlamentario. Algunos autores indican que la jurisprudencia de la Alta Corte australiana ha permitido desarrollar una suerte de “Constitución invisible” que se aleja de aquellas simplificaciones que dicen que en Australia no hay judicial review⁷⁸. Además, existen distintas leyes especializadas que prohíben la discriminación (como aquella que prohíbe la discriminación de género y la discriminación racial) y una comisión de derechos humanos (equivalente al Instituto Nacional de Derechos Humanos chileno, INDH) que supervisa el cumplimiento de dichas leyes.

Algunas provincias, como Victoria (VCHRR, 2006) y la capital de Australia (ACTHRA, 2004), han adoptado modelos débiles de control constitucional en materia de derechos. Dichos instrumentos también enfatizan

⁷⁵ HIEBERT (2006), p. 12.

⁷⁶ GARDBAUM (2013).

⁷⁷ STONE & BARRY (2014), pp. 767-785.

⁷⁸ DIXON & STONE (2018) pp. 3-20.

los derechos civiles y políticos más que los derechos sociales⁷⁹. Estos modelos siguen, en general, la declaración de incompatibilidad no vinculante y la declaración interpretativa inglesa, pero con algunas modificaciones que aspiran a superar los problemas que se observaron en dicho país. Así, por ejemplo, introducen una cláusula general que permite justificar límites a los derechos⁸⁰, regulan indemnizaciones de perjuicios asociadas a las violaciones de los derechos, y establece un deber general para que autoridades públicas que tomen decisiones deban “considerar” los derechos humanos. Además, se exigen justificaciones de “compatibilidad” entre los proyectos de ley y los derechos durante los procesos legislativos (los parlamentos deben acompañar las leyes que proponen con una suerte de declaración de compatibilidad)⁸¹, se mandata a comisiones parlamentarias estudiar e informar sobre la afectación que los proyectos de ley puedan generar en los derechos humanos, y se crean comisiones similares al Instituto Nacional de Derechos Humanos, que opera en Chile..

⁷⁹ Aunque se protegen algunos derechos que son más difíciles de clasificar. El VCHRR, por ejemplo, reconoce el derecho a la cultura.

⁸⁰ Por ejemplo: VCHRR. S(2). “A human right may be subject under law only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society based on human dignity, equality and freedom, and taking into account all relevant factors including— (a) the nature of the right; and (b) the importance of the purpose of the limitation; and (c) the nature and extent of the limitation; and (d) the relationship between the limitation and its purpose; and (e) any less restrictive means reasonably available to achieve the purpose that the limitation seeks to achieve. S(3). Nothing in this Charter gives a person, entity or public authority a right to limit (to a greater extent than is provided for in this Charter) or destroy the human rights of any person”.

⁸¹ Statements of compatibility: (1) A member of Parliament who proposes to introduce a Bill into a House of Parliament must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that Bill.

(2) A member of Parliament who introduces a Bill into a House of Parliament, or another member acting on his or her behalf, must cause the statement of compatibility prepared under subsection (1) to be laid before the House of Parliament into which the Bill is introduced before giving his or her second reading speech on the Bill.

Note

The obligation in subsections (1) and (2) applies to Ministers introducing government Bills and members of Parliament introducing non-government Bills.

(3) A statement of compatibility must state.

(a) whether, in the member’s opinion, the Bill is compatible with human rights and, if so, how it is compatible; and

(b) if, in the member’s opinion, any part of the Bill is incompatible with human rights, the nature and extent of the incompatibility.

(4) A statement of compatibility made under this section is not binding on any court or tribunal.

Si los jueces australianos dictan una sentencia de incompatibilidad, los respectivos *Attorneys-General* tienen el deber de reportar el caso al Parlamento y al Ministro responsable, lo que incrementa la presión política sobre el problema identificado por las Cortes⁸². Ambos (Parlamento o Ministro), tienen la obligación de preparar una respuesta escrita en el plazo de seis meses⁸³. Por otra parte, el VCHRR utiliza el modelo del *override* canadiense (descrito más atrás). Además, los parlamentarios que introduzcan proyectos de ley implementando dicho *override*, tienen el deber de argumentar explicando la manera cómo el criterio de respetar los derechos se satisface. Sin perjuicio de lo anterior, el modelo del *override* ha sido criticado en Australia por el poco uso práctico que ha tenido. Sin perjuicio de eso, es importante considerar que es difícil medir la eficacia de estos instrumentos, en tanto ellos funcionan no solamente como herramientas de acción positiva, sino, también, como elementos disuasivos que aspiran a generar conductas negativas difíciles de identificar y cuantificar.

Ambos instrumentos (el VCHRR y el ACTHRA) consideraron plazos para que el Parlamento produjera y discutiera efectuar una evaluación de su implementación. En general, esos reportes establecen que, en ambos casos, la deliberación política sobre las leyes fue más profunda, se tuvieron en consideración cuestiones de derechos fundamentales que, de otra manera, no se habrían considerado. Esto resultó en algunas modificaciones legislativas, en la creación de “guidelines” de conducta, aunque hubo algunas críticas al papel de los *Attorneys-General*⁸⁴. También generó bastante trabajo. Por ejemplo, en Victoria el año 2009, treinta y siete de ciento nueve proyectos de ley generaron comentarios parlamentarios sobre los derechos humanos, y cuarenta y dos de noventa el año 2010.

V. CONCLUSIÓN

Dadas las fuertes discrepancias que poseen los académicos chilenos en torno al modo de reconocer y proteger derechos sociales, el debate nacional se vería beneficiado de la exploración de modelos alternativos que permitan reducir las críticas que las distintas posiciones han recibido. La ausencia de un análisis más profundo respecto de dichos modelos alternativos es un vacío de la literatura chilena que sería útil llenar. El primer objetivo de este ensayo es comprender

⁸² HIEBERT (2006), p. 16.

⁸³ Esto hace que el modelo australiano sea más “fuerte” que el modelo inglés. HIEBERT (2006), p. 16.

⁸⁴ GARDBAUM (2013), pp. 210-213.

y desarrollar brevemente los rasgos centrales de algunos de dichos modelos. Por supuesto, tratamientos que puedan identificar las consecuencias de las reglas adoptadas en dichos países, con mayor profundidad, requieren de un estudio separado. El objetivo, por ahora, se ha limitado a introducir al lector chileno sobre la existencia y características de esos modelos.

Dichas características sugieren que es posible diseñar un sistema de protección de derechos sociales que pueda responder o reducir significativamente los defectos existentes en los distintos frentes del debate chileno. Mientras algunas posiciones están sujetas a una crítica democrática importante y a una manera de ver el papel de los jueces que puede generar consecuencias regresivas y problemas de *accountability* en nuestro sistema, las otras suelen ser criticadas por no responder adecuadamente, por ejemplo, a demandas sociales legítimas y no mostrar un compromiso con transformaciones sociales que se estiman como necesarias. El objetivo de este ensayo no ha sido responder a estas críticas ni defender una posición concreta, sino solamente mostrar el modo en que una propuesta basada en los distintos modelos alternativos descritos podría hacerse cargo de estas. Aunque dichos modelos no fueron diseñados para proteger derechos sociales en particular, ni ellos son la única alternativa disponible (véase, por ejemplo, el sistema de las *directive principles* de Irlanda), ellos ofrecen ventajas que podrían ser útiles para el debate constituyente chileno.

En efecto, los mecanismos de constitucionalismo político tienden a corregir problemas de *accountability* al asignar las facultades (y las responsabilidades políticas consiguientes) en autoridades electas. Asimismo, tienden a generar un mejor espacio para que expertos en políticas públicas específicas puedan dialogar mejor con especialistas en derecho constitucional, derechos fundamentales y derechos humanos. Ello se debe a que estos sistemas tienden a generar un debate constitucional sobre dichas políticas desde que las mismas son diseñadas. Por otro lado, el sistema de revisión judicial débil (*weak judicial review*) tiene menos posibilidades de generar los efectos regresivos que los sistemas judiciales tienen, posibilitando un mejor diálogo entre las diferentes instituciones involucradas. Este sistema puede servir para que los jueces colaboren identificando problemas asociados a los “puntos ciegos” y “cargas de inercia”, considerando los argumentos constitucionales que fueron tenidos a la vista al interior del proceso político, y posibilitando que ellos sean resueltos más allá de las controversias particulares, haciendo que la agenda asociada a dichos derechos pueda volver al proceso democrático correspondiente.

Aunque estas consecuencias no están aseguradas, por supuesto, en tanto el desarrollo preciso de sistemas como estos no dependen exclusivamente de su diseño (sino, también, de las prácticas políticas y judiciales que los

acompañan), ellas pueden ser capaces de producir incentivos institucionales para que se reduzcan los problemas identificados. Junto con ello, es posible adaptar estos modelos con un diseño que permita construir modelos de protección judicial que dependan de la existencia de una ley precisa, generar herramientas de disciplina fiscal que moderen el eventual poder de los jueces sin afectar su independencia y no deterioren el protagonismo que deberían tener los políticos electos y los técnicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEYRATNE, REHAN (2020). "Enforcing Socioeconomic Rights in Neoliberal India". *Minnesota Journal of International Law*, vol. 29, issue 1.
- AHMED, Farrah & Adam PERRY (2014). "The Quasi-Entrenchment of Constitutional Statutes". *The Cambridge Law Journal*, vol. 73, issue 3.
- AHMED, Farrah & Adam PERRY (2017). "Constitutional Statutes". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, issue 2.
- BARROSO, Luis Roberto (2016). "Reason Without Vote: The Representative and Majoritarian Function of Constitutional Courts", en Thomas da Rosa de Bustamante & Bernardo Gonçalves Fernandes (eds.). *Democratizing Constitutional Law*. Springer International Publishing.
- BARROSO, Luis Roberto (2019). "Counter-Majoritarian, Representative and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies". *The American Journal of Comparative Law*. vol. 67 issue 1.
- BASSA MERCADO, Jaime y Bruno ASTE LEIVA (2015). "Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 1.
- BELLAMY, Richard (2011). "Political constitutionalism and the Human Rights Act", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, issue 1.
- BEN-BASSAT, Avi & Momi DAHAN (2008). "Social rights in the constitution and in practice". *Journal of Comparative Economics*, vol. 36, issue 1.
- BESSELINK, Leonard F.M. (2013). "The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All". *Utrecht Law Review*, vol. 9, issue 2.
- CHILTON, Adam S. & Mila VERSTEEG (2015). "Do Constitutional Rights Make a Difference?". *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics*, issue 694. Research Paper.
- CHILTON, Adam S. & Mila VERSTEEG (2016). "Rights Without Resources: The Impact on Constitutional Social Rights on Social Spending". *University of Chicago Law School*. Working Papers.

- CHILTON, Adam S. & Mila VERSTEEG (2018). "Court's Limited Ability to Protect Constitutional Rights". *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, issue 2.
- COLÓN-RÍOS, Joel (2014). "A New Typology of Judicial Review of Legislation". *Global Constitutionalism*, vol. 3, issue 2.
- CROSS, Frank (2001). "The Error of Positive Rights". *UCLA Law Review*, vol. 48.
- DIXON, Rosalind (2007). "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, issue 3.
- DIXON, Rosalind (2011). "Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism". *Public Law and Legal Theory Working Paper - University of Chicago*, issue 348.
- DIXON, Rosalind (2017). "The Core Case for Weak-Form Judicial Review". *Cardozo Law Review*, vol. 38.
- DIXON, Rosalind (2019). "The forms, functions, and varieties of weak(ened) judicial review". *International Journal of Constitutional Law*. vol. 17, issue 3.
- DIXON, Rosalind & Tom GINSBURG (2011). "Deciding not to Decide. Deferral in Constitutional Design". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, issue 3-4.
- DIXON, Rosalind & Adrienne STONE (2018). "The Invisible Constitution in Comparative Perspective", in Rosalind DIXON & Adrienne STONE (eds.). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- DWORKIN, Ronald (1990). *A Bill of Rights for Britain. Why Liberty Needs Protecting*. London: Chatto Counter Blasts.
- ELY, John Hart (1977). "Constitutional Interpretivism: Its Allure And Impossibility". *Indiana Law Journal*, vol. 53, issue 3.
- ELY, John Hart (1978). "Toward a Representation-Reinforcing Mode of Judicial Review". *Maryland Law Review*, vol. 37, issue 3.
- ELY, John Hart (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- ERDOS, David (2013). "New Zealand: Abandoning Westminster?", in Denis James GALLIGAN & Mila VERSTEEG (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press.
- FEREJOHN, John A. & Barry R. WEINGAST (1992). "A Positive Theory of Statutory Interpretation". *International Review of Law and Economics*, vol. 12.
- FEREJOHN, John & Barry WEINGAST (1992). "Limitation of Statutes: Strategic Statutory Interpretation". *Georgetown Law Journal*, vol. 80, issue 3.
- FERRERES COMELLA, Víctor (2004). "The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism". *Texas Law Review*, vol. 82.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009a). "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 3.

- FIGUEROA, RODOLFO (2009b). "Justificación del rol de las Cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 2.
- GARCÍA G. José Francisco y Sergio VERDUGO R. (2013). *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia el Gobierno de los Jueces?* Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- GARDBAUM, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- GARDBAUM, Stephen (2020): "Comparative Political Process Theory". *International Journal of Constitutional Law*. vol 18 issue 4.
- GAURI, Varun, & Daniel M. BRINKS (2008). "The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights", in Varun GAURI & Daniel M. BRINKS (eds.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GEIRINGER, Claudia (2019). "When Constitutional Theories Migrate: A Case Study". *American Journal of Comparative Law*, vol. 67, issue 2.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey (2018). "The Implicit and the Implied in a Written Constitution", in Rosalind DIXON & Alec STONE (eds.). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- HAILBRONNER, Michaela (2017). "Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South". *The American Journal of Comparative Law*, vol. 65, issue 3.
- HIEBERT, Janet L. (2006). "Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?". *Modern Law Review*, vol. 69, issue 1.
- HOFFMAN, Florian & Fernando BENTES (2008). "Accountability for social and economic rights in Brazil", in Varun GAURI & David M. BRINKS (eds.). *Courting Social Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOGG, Peter W. & Allison A. BUSHELL (1997). "The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, issue 1.
- HOGG, Peter W., Allison A. BUSHELL & Wade K. WRIGHT (2007). "Charter Dialogue Revisited-Or "Much Ado About Metaphors". *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 45, issue 1.
- HOLMES, Stephen & Cass SUNSTEIN (1999). *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company.
- KAVANAGH, Aileen (2015). "What's so weak about "weak-form review"? The case of the UK Human Rights Act 1998". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, issue 4.
- KAWAGISHI, Norikazu (2007). "The Birth of Judicial Review in Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, issue 2.
- KENNY, David & Conor CASEY (2020). "Shadow Constitutional Review: The Dark Side of Pre-Enactment Political Review in Ireland and Japan". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, issue 1.

- KHAITAN, Tarunabh (2018). "Directive principles and the expressive accommodation of ideological dissenters". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, issue 2.
- KHAITAN, Tarunabh (2019). "Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism". *Modern Law Review*, vol. 82, issue 4.
- KLARE, Karl E. (1998). "Legal Culture and Transformative Constitutionalism". *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, issue 1.
- LANDAU, David (2012). "The Reality of Social Rights Enforcement". *Harvard International Law Journal*, vol. 53, issue 1.
- LANDAU, David & Rosalind DIXON (2020). "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy". *UC Davis Law Review, Forthcoming*, vol. 53.
- LAW, David S. (2011). "Why has Judicial Review Failed in Japan?". *Washington University Law Review*, vol. 88, issue 6.
- MARTÍNEZ, JOSÉ I. (2010). "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena". *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 2.
- MATSUI, Shigenori (2011). "Why is the Japanese Supreme Court so Conservative?". *Washington University Law Review*, vol. 88, issue 6.
- ORGAD, Liav (2010). "The Preamble in Constitutional Interpretation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, issue 4.
- PALMER, Sir G. (2019). "Preparing a Written, Codified Constitution for New Zealand: Is there a Need that can be Met?", in Richard Albert & Joel Colón-Ríos (eds.). *Quasi Constitutionality and Constitutional Statutes*. New York: Routledge.
- PREBBLE, Rebecca (2005). "Constitutional Statutes and Implied Repeal: The Thoburn Decision and the Consequences for New Zealand". *Victoria U. Wellington Law Review*, vol. 36, issue 2.
- RAMSEYER, J. Mark & Eric B. RASMUSEN (2001). "Why are Japanese Judges so Conservative in Politically Charged Cases?". *American Political Science Review*, vol. 95, issue 2.
- ROA ROA, Jorge (2019). *Control de Constitucionalidad deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- SANCHEZ URRIBARRI, Raúl A. (2011). "Courts between Democracy and Hybrid Authoritarianism: Evidence from the Venezuelan Supreme Court". *Law & Social Inquiry*, vol. 36, issue 4.
- SATOH, Jun-ichi (2008). "Judicial Review in Japan: An Overview of the Case Law and an Examination of Trends in the Japanese Supreme Court's Constitutional Oversight". *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 41 issue 2.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2005). "Democracy by Judiciary. Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments", in Adam CZARNOGA, Martin KRUGIER & Wojciech

- SADURSKI (eds.). *Rethinking the Rule of Law After Communism*. Budapest: Central European University Press.
- SHINAR, Adam (2013). "Accidental Constitutionalism. The Political Foundations and Implications of Constitution-Making in Israel", in Denis James GALLIGAN & Mila VERSTEEG (eds.). *Social and Political Foundations of Constitutions*. New York: Cambridge University Press.
- SOTO, Sebastián (2014). "Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización: Un análisis aplicado", en José Francisco GARCÍA GARCÍA (ed.). *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestrapropuesta: Evolución constitucional*. Santiago: Legal Publishing / Thomson Reuters.
- STONE, ALEC (1992). *The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective*. New York: Oxford University Press.
- STONE, Bruce & Nicholas BARRY (2014). "Constitutional Design and Australian Exceptionalism in the Adoption of National Bills of Rights". *Canadian Journal of Political Science*, vol. 47, issue 4.
- TREMBLAY, Luc B. (2005). "The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures", in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, issue 4.
- TUSHNET, Mark (2004). "Marbury v. Madison Around the World". *Tennessee Law Review*, vol. 71.
- TUSHNET, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.
- TUSHNET, Mark (2011). "The Rise of Weak-Form Judicial Review", in Tom GINSBURG & Rosalind DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- VERDUGO, Sergio (2013). "La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes. Diseño institucional y modelos constitucionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, n.º 1.
- VERDUGO, SERGIO (2019). "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, issue 4.
- VERDUGO, Sergio (2021). "Limited Democracy and Great Distrust. John Hart Ely in Latin America". *International Journal of Constitutional Law*, Forthcoming.
- WALDRON, Jeremy (1999). *Law and Disagreement*. Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy (2006). "The Core of the Case Against Judicial Review". *The Yale Law Journal*, vol. 115.
- WEIS, Lael K. (2017). "Constitutional Directive Principle". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, issue 4.

- WHITTINGTON, Keith E. (2003). "Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, issue 3.
- ZACHIN, Emily (2013). *Looking for Rights in all the Wrong Places: Why State Constitutions Contain America's Positive Rights*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 9 - N° 17 - OCTUBRE DE 2020

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

Presentación

ESTUDIOS

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Ligia de Jesus Castaldi; El caso Manuela y Las 17+ contra El Salvador: Un fraude ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la comunidad internacional

Teoría política y constitucional

Juan Fernando Segovia: Democracia, tolerancia religiosa y libertad de conciencia en Baruch de Spinoza y Pierre Bayle

Alejandro Lago Torres: El extraño sistema semipresidencialista entre el mito y la realidad ¿es adecuado para Chile?

Diego Miranda Reyes: ¿Los enemigos de tus enemigos son tus amigos? Abuso del derecho y neoconstitucionalismo. Comentarios a propósito de un proyecto de reforma constitucional

Derecho constitucional privado

Germán Ovalle Madrid: Origen y evolución de la teoría de la simulación de los negocios jurídicos en el derecho español

Arturo Salazar Santander: Orígenes y desarrollo de la *laesio enormis* y la doctrina del precio justo

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss: El decaimiento en el derecho administrativo chileno: ¿extinción del procedimiento administrativo? ¿extinción del acto administrativo? Del derecho como literatura de ficción

RECENSIONES

Fernando Gil Cantero: *La experiencia común* de Giuseppe Capograssi

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES