Límites:
El Problema del Poder Constituyente

comunidad y justicia

Límites: El Problema del Poder Constituyente

——

Coordinación y textos:
Ignacio Suazo y Vicente Hargous

——

Edición:
Álvaro Ferrer

——

Diseño:
Agustín Lizana

——

Comunidad y Justicia
contacto@comunidadyjusticia.cl
www.comunidadyjusticia.cl

facebook.com/ComunidadyJusticia
instagram.com/comunidadyjusticia
twitter.com/ONG_CyJ

©2021

LÍMITES: EL PROBLEMA DEL PODER CONSTITUYENTE

Ignacio Suazo y Vicente Hargous*

I. Introducción

Chile ha comenzado un proceso para redactar una eventual nueva Constitución que podría regir por algunas décadas. Este proceso ha llevado a muchos políticos y académicos a plantear propuestas rupturistas o refundacionales. La más conocida de todas ha sido la que públicamente han sostenido Luis Mesina, Alfredo Joignant y, sobre todo, Fernando Atria. Este último señaló una vez:

> *el poder constituyente lo tiene el pueblo y el pueblo ejerce el poder constituyente cuando quiera, como quiera y del modo que quiera (...). El hecho de que el poder constituido no pueda aherrojar al poder constituyente juega para todos los sentidos. El poder constituyente decidirá si usar o no los mecanismos; podrá no usarlos y hacerlos estallar.*[1]

De la misma manera, se ha masificado la idea de que la nueva Constitución se redactaría a partir de una "hoja en blanco", hasta el punto de que esta fue una de las exigencias centrales de la izquierda en el marco de las negociaciones que iniciaron el proceso constituyente, así como también uno de los tópicos de discusión luego del acuerdo del 15 de noviembre de 2019.

Pero, ¿Cuál es el origen de este radical proyecto constituyente? A nivel intelectual, su génesis se encuentra en el constitucionalismo, entendido como ideología política, que reúne bajo una misma plataforma el constructivismo político, el voluntarismo filosófico, postivismo jurídico y contractualismo social. Las mayorías parecen querer construir desde cero un nuevo Chile, refundarlo, mediante nuevos consensos —en "un nuevo pacto social"[2]— y teniendo como guía un resultado utópico a partir del cual moldear ideológicamente la sociedad. La base de estas ideas reside en la visión según la cual la sociedad se *construye* mediante un *pacto* o *contrato social*, un acuerdo de *voluntades* que definiría la existencia misma de Chile y, más aún, lo justo y lo injusto.

Si bien esta ideología constitucional es el aire que respiramos desde el nacimiento del Chile republicano —y hoy en todo occidente—, estas ideas pueden ser cuestionadas y sometidas a un examen racional. El que sea una idea que se haya impuesto políticamente no significa que sea verdadera.

1 Alfredo Joignat y Alfredo Joignat, "Fernando Atria: Los momentos constituyentes", Podcast Hay Algo Allá Afuera, accedido 14 de mayo de 2021, https://open.spotify.com/episode/oyxqMQZoI51alCCaZPEQ3P.

2 Esta expresión llegó incluso a incorporarse en la nueva versión de la canción "El derecho de vivir en paz", interpretada por Musicxs de Chile, con ocasión de la crisis de octubre de 2019, https://open.spotify.com/track/4lQDxtBjwXjmOAcQhKYhu9?si=ZO9HkzNsQlKS_xr8vmT9Pg&dl_branch=1.

*Investigadores Comunidad y Justicia.

La ideología constitucionalista no viene dada tanto por su forma o ropaje jurídico exterior (las constituciones escritas), cuanto por la falsedad de sus fundamentos, que ha creado unas expectativas tremendas que solamente pueden traer una consiguiente frustración, porque la realidad pasa la cuenta (y esto no ocurre solamente en el plano económico, sino también en la formación orgánica de la comunidad política desde la familia natural y, sobre todo, en el respeto de la ley natural).

> *Es cierto que el acuerdo no supone una mera reforma. Con todo, no es razonable ni posible obviar nuestra realidad institucional, como si esta pudiera configurarse desde la nada. No tomar en cuenta el orden constitucional actual es una ilusión absurda. Nuestra vida social está estructurada sobre instituciones y derechos que no podemos echar por la borda sin asumir costos insospechados. De este modo, lo "nuevo", en términos constitucionales, no es sinónimo de "refundacional". Hay un sinfín de modos de relacionarnos y de costumbres que se enmarcan en una tradición constitucional (que en Chile es especialmente rica) y que debe permear todo cambio que aspire a darle prosperidad y estabilidad a nuestra democracia.*[3]

Por incómodo que sea decirlo, quienes están a cargo del cuidado de nuestra comunidad política están sujetos a múltiples limitaciones, y quienes han sido electos para integrar la Convención que redactará una eventual nueva ley fundamental para Chile no son la excepción. En efecto, ellos surgen de nuestra comunidad política y dictarán una norma que regirá sobre ella: no puede decirse que ellos vayan a refundar Chile o a construir un nuevo país. La persona humana nunca se construye a sí misma desde cero y la sociedad tampoco. Somos personas humanas, limitadas moralmente por nuestra naturaleza racional en cuya virtud existe un recto orden de nuestros actos libres. Somos chilenos, nacidos en una tradición que estamos llamados a conservar y hacer crecer. Somos miembros de un Estado que ha suscrito y ratificado tratados con otros países, que no pueden ser tenidos por no escritos. Los miembros de la Convención son parte de nuestra comunidad política, que se rige por una serie de normas positivas, entre las cuales se cuentan las establecidas en el acuerdo del 15 de noviembre de 2019 y las normas de la actual Constitución Política de la República, en la que están establecidos los pasos a seguir y mecanismos del proceso constituyente ya iniciado. Además, los convencionales estarán sujetos al reglamento de la nueva Convención, que dispondrá mecanismos para dar un curso racional al debate que comienza.

Pretender que todo esto es algo que no existe y que la Asamblea encargada de redactar una nueva ley fundamental es absolutamente "soberana", y que podría desprenderse de esas cadenas, no solamente sería una muestra de ceguera ideológica, sino también una profundización de la crisis de los fundamentos de nuestro orden político y jurídico, que solamente puede acabar en un desastre político y social.

II. Límites de la Convención

Es cierto que esta no es una reforma más. El órgano encargado de redactar una propuesta de un texto constitucional no es el Congreso, y dicho órgano no usará como texto base el de la Constitución vigente. No parece sensato decir, por tanto, que estamos frente a una simple reforma. En ese sentido, con algo de razón (aunque no sin cierto abuso del término) se ha dicho que se trata de una "hoja en blanco", sobre la cual la Convención podría escribir lo que considere conveniente.

Ahora bien, de ahí no se sigue que la Convención tenga una potestad soberana absoluta, ni siquiera en lo que se refiere a la redacción misma del texto de la Constitución. En consecuencia, es

3 Cristóbal Aguilera, "Acuerdo por la nueva Constitución: dos riesgos", 27 de noviembre de 2019, https://www.latercera.com/opinion/noticia/acuerdo-la-nueva-constitucion-dos-riesgos/916799/ (consultado el 5 de julio de 2021).

adecuado señalar que la Convención está objetivamente limitada en su obrar. Los primeros límites —los más olvidados en este debate, pero no por eso menos importantes— son *prepositivos*, que incluyen primeramente los límites naturales morales y, además, los de la tradición constitucional chilena y los que surgen de la factibilidad o eficacia normativa de lo que se proponga. Además, existen límites de derecho positivo —tanto adjetivos como sustantivos— derivados del ordenamiento jurídico interno, de tratados internacionales y del acuerdo del 15 de noviembre de 2019.

Puede llamar la atención a algunos que señalemos límites prepositivos (vale decir, algo más que los tratados internacionales, el capítulo XV de la Constitución y, quizás, el acuerdo de noviembre de 2019). Quizás se piense que eso es un ejercicio forzado de teorización innecesaria para frenar la espontaneidad de una Convención "empoderada" o "soberana". Nada más lejos de la realidad: el fundamento doctrinal que subyace a todo este proceso debe ser transparentado y, si es falso, debe ser combatido frontalmente, por el bien de Chile. Por un lado, existen cosas que simplemente son imposibles de conseguir mediante una Constitución; en esa línea, Magdalena Merbilhaa ha dicho con ironía que debería establecerse en ella el derecho a comer sin engordar[4]. Pero lo mismo se puede decir, análogamente, cuando se hace caso omiso de los fines de nuestra propia naturaleza, que —en cuanto modos de dirección teleológica que nos configuran esencialmente— son también límites a nuestro actuar[5], pues de tales fines depende la plenitud de la persona humana y, por ende, de eso depende el bien común, que no es sino el bien de la persona humana en sociedad. Hacer violencia a la naturaleza de las cosas es algo que, a largo plazo, se termina pagando muy caro.

Los límites formales existen, por cierto, pero por sí solos no bastan, pues llevarían al absurdo de sostener la obligatoriedad de una norma solamente por su ropaje externo, por la validez del procedimiento que le dio origen, y no por la fuerza directiva de su finalidad[6]. Incluso ese ropaje externo y ese procedimiento deben considerarse válidos precisamente por motivos que exceden la mera formalidad. Las normas positivas no pueden verse como un sistema cerrado sobre sí mismo, sin grietas, sin que se transformen en un absurdo[7], una cadena cerrada en sí misma que, por no tener techo ni fondo, inevitablemente cae. Eso ya no sería derecho, sino pura fuerza, aunque accidentalmente contenga elementos razonables.

Para solucionar las confusiones que existen al respecto —y sobre todo, para exponer el carácter ideológico, no técnico, de la afirmación del profesor Fernando Atria que citamos al comenzar este estudio— es necesario detenernos a explicar brevemente los fundamentos de la ideología constitucionalista y sus diferencias respecto del orden político justo o natural. Si bien existen dentro de tal ideología múltiples versiones y autores que difieren en muchos aspectos, las características de este trabajo apenas nos permitirán dar algunas pinceladas gruesas para comprenderla y hacer ver sus deficiencias.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es lo que ya hemos mencionado: usamos la palabra "constitucionalismo" no para significar el estudio de una norma jurídica —la disciplina del Derecho Constitucional o del Derecho Público—, sino queriendo apuntar a una ideología inspiradora

4 Magdalena Merbilháa, ConTexto: Convención y futuro. Entrevista a Cristián León, Fundación Nueva Mente, 2021, https://www.youtube.com/watch?v=_4Wv5-uCl1U (consultado el 5 de julio de 2021).

5 Robert Spaemann, Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar, trad. Javier Fernández Retenaga y José Carlos Mardomingo Sierra, Ediciones Internacionales Universitarias (Pamplona, 2003), 13-15.

6 Santo Tomás de Aquino, Summa Theologiae, 1274, I-IIae q. 96 a. 5 co. John Finnis, Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory (Oxford ; New York: Oxford University Press, 1998), 259-60; H. L. A. Hart, The Concept of Law, The Concept of Law (Oxford University Press), 94, accedido 10 de junio de 2021, https://www.oxfordlawtrove.com/view/10.1093/he/9780199644704.001.0001/he-9780199644704.

7 Miguel Ayuso Torres, Constitución: el problema y los problemas, Prudentia iuris (Madrid: Marcial Pons, 2016), 62-64 y 71-76.

de un movimiento político[8], que es prácticamente idéntica al concepto de modernidad (en sentido axiológico, y no meramente cronológico). Las constituciones escritas como las conocemos son un fenómeno moderno nacido en el seno del liberalismo[9], con inspiración sobre todo en "teóricos políticos franceses (...) imbuidos por las ideas del contrato social y de la soberanía popular"[10]. Evidentemente, esto no quiere decir que sea malo o ideológico que el régimen de gobierno esté regulado por escrito, ni que se establezcan en una norma jurídica rígida mecanismos para dar estabilidad a dicho régimen o a los mecanismos de protección de la dignidad de la persona humana. Pero debe tenerse en cuenta que esta norma jurídica no es ni puede ser el pacto social que muchos pretenden que sea.

Uno de los primeros malentendidos que es necesario aclarar procede de la pluralidad de significados de la palabra "constitución", algunos más amplios y otros más estrechos (muchas veces los ideólogos constitucionalistas identifican los sentidos restringidos con los más amplios, y de ahí proceden muchas confusiones). En un sentido amplio, consiste simplemente en el régimen o sistema de gobierno de una determinada comunidad política (y en ese sentido, todo pueblo tiene una constitución propia, aun no escrita). Este sentido amplio no es meramente formalista. Se trata de un modo de ser que es constitutivo de cada pueblo, una esencia vital que excede con creces las palabras técnicas que puedan ser contenidas en un papel: la constitución orgánica o interna de cada pueblo que camina en la historia; familias y sociedades menores juntas por la conciencia de la unidad de su destino histórico. La tradición es, por eso mismo, parte esencial de lo que es una nación[11]. En otro sentido diferente, más estricto y de carácter formalista, designa la norma fundamental que rige al Estado y el derecho público en general. En un significado distinto —que es meramente ideológico— se busca significar con esta palabra un pacto entre individuos, o bien entre gobernantes y gobernados. Por último, hay quienes establecen ciertos elementos esenciales que debería contener dicho pacto y/o norma fundamental (derechos esenciales de la persona, control de constitucionalidad de las leyes, separación de poderes, etc.)[12].

La política en nuestros días muchas veces tiende a ser estudiada como *cratología*[13], vale decir, aquella disciplina cuyo objeto material es el poder, y no la polis. Pues bien, la razón formal bajo la cual se lo considera en el derecho constitucional sería la articulación del mismo, los canales normativos a través de los cuales se manifestaría de hecho y los fundamentos de su "legitimidad". Se señalaría, en consecuencia, que la política no es una disciplina ética dirigida al bien común, sino un estudio meramente descriptivo, por un lado, aunque exponga las consecuencias de sus procesos como forma

8 Ayuso Torres, 25-37.

9 Sobre el vínculo entre liberalismo y contractualismo social por medio del cual individuos naturalmente aislados crean un Estado que sería idéntico a la sociedad, véase: Patrick Deneen, ¿Por qué ha fracasado el liberalismo?, trad. David Cerdá García (Santiago de Chile: Rialp - Instituto de Estudios de la Sociedad - Idea País, 2019), 72-76; Sheldon S Wolin, Política y perspectiva: continuidad y cambio en el pensamiento político occidental (Buenos Aires: Amorrortu, 2001), 313-36. Hobbes define la sociedad como un sistema acordado (artificial) de reglas. De esta manera, conecta las normas que regulan el Estado con la idea de una sociedad artificial: el contractualismo es la raíz del constitucionalismo ideológico, en que se inspiran las constituciones modernas. Más explícitamente lo dice Ayuso Torres, Constitución, 46-47: "la constitución no es neutra, sino fruto de la ideología liberal, adviniendo el instrumento de concreción del contrato social, con la pretensión de racionalizar la vida política para garantizar los derechos —siempre en el marco del contrato— de los ciudadanos".

10 Karl Loewenstein, Teoría de la constitución, trad. Alfredo Gallego Anabitarte (Barcelona: Ariel, 2018), 159.

11 Osvaldo Lira, "Nostalgia de Vázquez de Mella", en Obras completas, 1.a ed., vol. 3 (Santiago de Chile: Tanto Monta, 2019), 79 y 84.

12 Una forma parecida de exponer este punto se puede ver en: Ayuso Torres, Constitución, 45-46.

13 Loewenstein, Teoría de la constitución, 25-26. Una de las fuentes ideológicas más claras de esta tendencia se puede encontrar en la filosofía política de Hobbes, cuyo pensamiento se articula en torno al poder omnímodo que se le entrega al Leviatán (poder sin comunidad), pasando así la política a ser un choque de fuerzas. Wolin, Política y perspectiva, 320-25 y 330-35. Acerca de los orígenes intelectuales del concepto de poder constituyente, vid. Ayuso Torres, Constitución, 160-62; el autor destaca sobre todo las ideas de Hobbes, Locke, Bodino y, más tardíamente, del abate Sieyès.

de persuadir a otros en la toma de decisiones[14]. El constitucionalismo, por su parte, no sería el estudio de los elementos propios de un orden político justo (un *derecho* político, en el sentido etimológico de la palabra), sino una mentalidad ideológica, cuya base se encuentra en el voluntarismo, el positivismo y el individualismo, a partir de las cuales se desprende el contractualismo, que culmina en la afirmación de la soberanía popular.

La regulación normativa del Estado, tanto mediante leyes escritas como mediante fueros, usos y costumbres tiene larga data, y no puede decirse que es un fenómeno puramente moderno ni liberal. Otro tanto podría decirse respecto de diversos mecanismos de protección de la dignidad humana, como los Decreta de las Cortes de León de 1188 (conocidos como *Carta Magna* Leonesa)[15] o las disposiciones de la Corona de Castilla para proteger a los habitantes del Nuevo Mundo[16]. Ahora bien, si no es esa la novedad del constitucionalismo, ¿cuál es?

Lo primero que cabe decir al respecto es que el constitucionalismo es fruto del pensamiento voluntarista[17], contrapuesto al intelectualismo o realismo. Es verdad que la voluntad de los miembros de la sociedad toma parte en el suceder temporal de la sociedad política, y que por ende existen elementos consensuales en ella —algunos son determinaciones y otros son conclusiones de la ley natural—, pero desconocer absolutamente el papel que juega la racionalidad en el orden jurídico es por lo menos un peligro (y de hecho, es la raíz última del pensamiento positivista en que se fundaron los totalitarismos del siglo XX).

Como fácilmente se puede apreciar, las consecuencias que se siguen de esto son catastróficas: se otorga una primacía al individuo como sujeto del que surgiría la sociedad, pero a la vez —paradójicamente— se da a la sociedad todo el poder para controlar al individuo (salvo que, de hecho, se rebele contra el poder), se establece la ausencia total de límites a la voluntad autónoma de quien detenta el poder (pues la legitimidad de sus disposiciones sería meramente formal o procedimental, y no sustantiva) y se omite toda referencia a los vínculos naturales en los cuales la persona encuentra su plenitud. Si bien hay autores que proponen soluciones, como establecer que los derechos fundamentales serían límites al poder o que habría elementos intocables, tales soluciones son incoherentes con los fundamentos que ellos mismos suscriben. ¿No es acaso arbitrario establecer esos límites, sin señalar razón alguna para ello y sin desprenderse de las premisas de la ideología constitucionalista?

El pueblo no solamente sería el sujeto legítimo del poder, sino que su legitimidad se vería afirmada por los cauces revolucionarios que se opongan a los poderes constituidos cuyo fundamento (en otras palabras, se inferiría una conclusión normativa —de la legitimidad del poder popular— a partir de las premisas fácticas de la manifestación

14 Lo que Max Weber llamaba "ética de la responsabilidad" es en realidad una forma de "ética de la convicción", cuyo criterio de bondad o malicia sería el consecuencialismo. Una refutación a este argumento puede verse en Eric Voegelin, La nueva ciencia de la política: una introducción (Madrid: Katz Barpal, 2006), 27-30.

15 Óscar Dávila Campusano, "La protección de los derechos fundamentales en la alta edad media Española. La Carta Magna de León", Revista Chilena de Historia del Derecho, n.o 25 (2017): 203-11, passim.

16 Cfr. Pilar Arregui Zamorano, "El influjo de la Universidad de Salamanca en la lucha por la justicia: la primera legislación de Castilla para Las Indias" (Pasado y presente de los derechos humanos: mirando al futuro, Los Libros de la Catarata, 2016), 572-86, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5725331; Gonzalo Vial Correa, "Teoría y práctica de la igualdad en Indias", Historia, 30 de junio de 1964, 87-163; Isabel de Castilla, "Codicilo otorgado en Medina del Campo" (Biblioteca Digital Mundial, 23 de noviembre de 1504), https://www.wdl.org/es/item/10637/.

17 Ugarte Godoy, José Joaquín, Curso de Filosofía del Derecho, tomo II (Ediciones Universidad Católica, 2020), 35; y Ugarte Godoy, José Joaquín, Curso de Filosofía del Derecho, tomo I (Ediciones Universidad Católica, 2010), 400-405, donde el autor desarrolla la concepción voluntarista de la ley y esboza algunas consecuencias prácticas que se siguen de ella. Si se revisa el capítulo sobre la doctrina del derecho natural, donde expone el desarrollo histórico de la misma, y el que trata el positivismo jurídico, se verá con claridad cómo la doctrina contractualista hobbesiana (origen del constitucionalismo ideológico) tiene sus raíces en el voluntarismo escolástico.

del pueblo contra el poder constituido)[18].

Para solucionar estas aporías y confusiones es necesario rebatir los fundamentos mismos de esta ideología. A juicio nuestro, la forma más fácil de hacerlo en nuestros días es apelar al sentido común: si tales fundamentos son reales, entonces habría sido perfectamente legítimo el genocidio cometido por el régimen Nacional Socialista alemán. Si la ideología constitucionalista fuese verdadera, es decir, si no hubiera límites morales al ejercicio del poder, tales atrocidades habrían estado plenamente justificadas.

Los primeros límites podemos llamarlos "naturales", pues son dados por los mismos límites de la naturaleza humana. Se trata, a fin de cuentas, de aquellas perfecciones que el ser humano puede alcanzar y determinan ciertos límites a la acción humana. Dado que determinan todos los ámbitos humanos, es lógico concluir que también deben regir el nuevo texto constitucional. No hacerlo tendría consecuencias sobre el bien común. Por cierto, algunos de ellos están también protegidos mediante normas jurídicas positivas. Dentro de ellos, a su vez, hay algunos sustantivos y otros procedimentales o adjetivos.

1. Límites *prepositivos*

a. Límites naturales

Existen límites al actuar de la Convención Constituyente (al igual que cualquier persona dotada de potestades públicas) que no están señalados en norma positiva alguna. En primer lugar cabe señalar como límite lo que es físicamente imposible, cosas que son simplemente imposibles de alcanzar por el hecho de que estén contenidos en la Constitución. Si en ella se establece el derecho a no padecer pobreza, o el derecho a ser feliz, por ejemplo, no significa que dejen de existir pobres o que todos de hecho comencemos a ser felices. Más bien, convertiría los derechos constitucionales en meras aspiraciones, para nada exigibles en la práctica. Otro tanto podría ocurrir si se prohíbe la inflación, por ejemplo, pero se pone al Banco Central a disposición del gobierno de turno: si se imprime dinero sin un correlato con la riqueza existente en Chile, necesariamente habrá inflación, por mucho que en la Constitución se establezca lo contrario. En resumen, lo primero que se debe tener en cuenta es lo que es posible esperar de una Constitución, que no es capaz de darnos cualquier cosa. Se trata, simplemente, de una norma jurídica que regula a los organismos del Estado, sus atribuciones y los derechos que las personas pueden exigir que sean respetados. Esto significa, que existen límites naturales que vienen dados por lo que es técnicamente factible mediante una disposición normativa.

Además de los límites señalados en el párrafo anterior, existen otros límites naturales, que no se refieren a lo que es físicamente imposible, sino a lo moralmente imposible. Ante todo, se debe tener en cuenta que el hombre no tiene un dominio despótico sobre todo lo que existe. Más aún, parece que lo más razonable es reconocer que la vida es un don recibido y que la dignidad humana es inherente a cada persona. Esto quiere decir que la dignidad no es algo que se *atribuya* a un sujeto, ni *desde fuera* (heterónomamente) ni por *voluntad propia* (autónomamente), sino que es parte de nuestra constitución ontológica, es decir, algo que hemos *recibido* en nuestra misma existencia. Y es que, aunque caminamos irreversiblemente *hacia-la-muerte*, subyace a nuestra conciencia un anhelo de infinitud y absoluto: somos un *ser-para-lo-infinito*. Este fin y aquella dirección no han sido *autoimpuestos*, sino que nos vienen *dados* desde que, como diría Heidegger, se nos *arroja* a la existencia. El haber sido arrojados a la existencia es en realidad una muestra de que la vida es un *don recibido*. La vida humana no es sólo biología que está ahí, no es sólo carne que subsiste en el tiempo, sino que es una *existencia dotada de sentido*, dirigida hacia el absoluto, a la vez que comproba-

18 Joignat y Joignat, "Fernando Atria".

mos que caminamos hacia la muerte. Este fin que no nos hemos dado, en esta vida que no nos hemos dado, solamente cobra sentido en la medida en que exista un Creador que haya *dirigido* de esta manera nuestro ser, mediante un acto creador de nuestra naturaleza, como un modo de ser *finalizado*.

Ahora bien, nuestra naturaleza racional es un modo de existir que se orienta hacia ciertos bienes, que a su vez nos ordenan hacia un fin último esencial. Nuestra misma existencia se rige por un orden hacia un fin: existimos *para* algo. Este orden y tal dignidad, por otro lado, es algo que no se agota en la individualidad del yo, sino que cada persona reconoce en los demás seres humanos a sus *semejantes*, dotados de la misma dignidad inherente y ordenados naturalmente de la misma manera. Este orden natural, por lo demás, nos ordena a vivir en comunidad, a encontrar nuestra plenitud en y con los demás. La vida en comunidad, al ser una pluralidad unida, implica un cierto orden en torno a un fin, que incluye la sujeción a una autoridad[19]. De esta manera, por tanto, debido a nuestra condición de criaturas racionales, es necesario reconocer que todo individuo de la especie humana debe ser tratado como persona y que, en consecuencia, se le deben reconocer ciertos derechos naturales, pero también debe tratar a sus semejantes como personas y debe obediencia a la autoridad naturalmente legítima (es decir, tiene también ciertos deberes naturales).

Todo esto es fundamental para comprender hasta qué punto puede llegar el hombre en el uso del poder político —incluyendo el de la Convención Constituyente— y hacia dónde debería ordenar su conducta. Existen, por tanto, límites naturales que las normas jurídicas positivas deben promover, respetar y proteger, y tal es el sentido de los derechos humanos sustantivamente entendidos. Hay quienes podrían argumentar que no comparten esta argumentación. Pues bien, quienes sostengan esto deberán hacerse cargo de las consecuencias que se siguen de este rechazo: si no existe un límite ontológico, natural, a las leyes, entonces no podría ser considerada válida ninguna exigencia de justicia contraria a las normas jurídicas positivas, no podría decirse que existen leyes injustas y, peor aún, no podría reconocerse la injusticia, por ejemplo, de los crímenes cometidos por el régimen Nacional Socialista alemán. Esto puede parecer extremo, pero no lo es. Si no reconocemos que todos los organismos biológicamente humanos son personas —y que como tales se les debe tratar y la Constitución les debe *reconocer* sus derechos naturales— se cae inevitablemente en una tiranía. Aunque sea una tiranía de miembros de una asamblea elegida popularmente, o de una mayoría circunstancial de un momento histórico. Nadie tiene el poder de arrogarse el dominio sobre otros seres humanos, ni la capacidad de *determinar* quiénes son *dignos* de ser llamados personas o de ser considerados socialmente como sujetos de derechos naturales, como señala Robert Spemann:

> *si debe haber en algún sentido algo así como derechos humanos, entonces solo puede haberlos en el supuesto de que nadie esté capacitado para juzgar si yo soy (un) sujeto de tales derechos. Pues la noción de derecho humano indica precisamente que el hombre no se convierte en miembro de la sociedad humana mediante una captación realizada sobre la base de determinadas características, sino en virtud de su propio derecho. En virtud del propio derecho solo puede significar: en virtud de su pertenencia biológica a la species homo sapiens.*[20]

Estos límites naturales, además, están reconocidos positivamente, no sólo en la Constitución actual, sino también en tratados internacio-

19 Finnis, Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory, 36.

20 Robert Spaemann, "La naturaleza como instancia moral de apelación", en El hombre, inmanencia y trascendencia (Reuniones Filosóficas de la Universidad de Navarra, Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991).

nales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y que seguirán vigentes en su contenido también durante el proceso constituyente y después de él[21]. Con todo, es necesario recordar que tales tratados, al igual que la Constitución actual, lo que hacen es reconocer los derechos fundamentales, no crearlos: son inherentes a la persona humana, aunque nadie los reconozca. Por ende, cuando se trate de interpretar el contenido específico de los derechos en un caso concreto, debe tenerse en cuenta que se trata de una realidad previa, que puede ser conocida racionalmente y que racionalmente pueden extraerse consecuencias de ella. De esta manera, este contenido racional previo es superior, por ejemplo, a la interpretación que hagan ciertos organismos internacionales, cuyas opiniones consultivas no son vinculantes para el Estado de Chile. La Convención no podrá desconocer ni abrogar ninguno de ellos en este contenido sustantivo, ni limitarlos afectándolos esencialmente.

b. La constitución orgánica y la tradición constitucional chilenas

Poco se ha hablado en el debate nacional de la tradición constitucional chilena como un límite para la Convención Constituyente y de la constitución orgánica de Chile. Sin embargo, este asunto es capital. Al igual que los derechos naturales de la persona humana, se trata de límites que no están señalados en ninguna norma, pero eso no significa que no deban ser respetados.

Ya hemos mencionado que existe una constitución orgánica en cada comunidad política, un orden que viene a ser un modo de existir de cada pueblo en la historia. Este sentido de la palabra "constitución" es distinto del sentido formalista o jurídico, pero inevitablemente se relacionan. La constitución orgánica no se limita al organigrama burocrático del aparato estatal ni mucho menos en vagas referencias a "ideales" o "valores" afirmados por mayorías. Sin embargo, el aparato estatal influye en las relaciones entre las personas, en la actividad de las sociedades menores y en los conflictos políticos de una comunidad. De la misma manera, los principios o el vocabulario de una constitución escrita repercute en el debate político contingente y, por ende, en el devenir histórico de un pueblo determinado. De esta manera, cuando se dice que una constitución escrita debe coincidir con la constitución orgánica[22] lo que se quiere decir es que existen formas políticas que convienen más al carácter de cada pueblo —a su idiosincrasia, costumbres, tradiciones y a la forma de entenderse a sí mismo— y otras que son, en cierto sentido incompatibles con él (de modo que devienen en crisis). Al mismo tiempo, ciertos "valores" establecidos en la constitución escrita pueden ser contrarios a la mentalidad del pueblo o a la naturaleza humana misma, lo que asimismo casi inevitablemente será ocasión de problemas políticos y, probablemente, de una crisis moral de la que difícilmente se pueda escapar.

En ese sentido, incluso ciertos aspectos contingentes desde el punto de vista de lo que conviene en abstracto a la naturaleza humana —como el régimen político— pueden llegar a ser elementos que no sería prudente cambiar en una constitución escrita. En consecuencia, debe entenderse que se trata de límites, pues sería hacer violencia a la naturaleza de las cosas contravenir lo que somos como nación. Así, el profesor Eduardo Soto Kloss ha sostenido que el actual artículo 4° de la Constitución es pétreo, toda vez que una modificación en este artículo conllevaría un cambio sustancial en lo que es Chile.

Algunos aspectos contingentes son pro-

21 Como veremos más adelante, el artículo 135 de la Constitución —parte del título sobre el procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República— establece en su inciso final que "el texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

22 Lira, "Nostalgia de Vázquez de Mella", 79 y 84.

pios de nuestra tradición constitucional y como tales han sido recogidos por todas las constituciones escritas desde 1833[23]. Los principales elementos de la estructura del aparato estatal establecido en nuestra Constitución datan desde esa fecha. También destacan ciertos mecanismos que constituyen respuestas del sistema jurídico frente a crisis políticas de nuestra historia —muestras de que la tradición es algo vivo, que crece y se desarrolla en la historia, sin estancarse en el pasado, pero tampoco destruyendo la propia identidad—, como la forma de tramitar la ley anual de presupuesto (para evitar que se repita la historia de la guerra civil de 1891), el carácter técnico y autónomo del Banco Central (para evitar los índices de inflación que asolaron a nuestro país durante gran parte del siglo XX y que fueron especialmente altos durante la Unidad Popular) o la protección de la propiedad privada. Estos mecanismos son frutos de la creatividad y desarrollo de nuestra tradición y parece razonable que sean conservados.

De la misma manera, podemos decir que Chile, incluso antes del proceso de independencia, siempre ha sido regido por regímenes en que el poder político está centralizado en una sola cabeza y con una administración unitaria. Aunque existan diversos órganos en el Estado, un régimen presidencialista como el nuestro le ha dado continuidad a la vida nacional (incluso con respecto a nuestra historia prerrepublicana), manteniendo una cierta unidad en el poder por sobre las diferencias partidistas. Parece razonable reconocer que el carácter nacional, frente a problemas y crisis, suele buscar culpables en sujetos concretos —tener un chivo expiatorio al cual echarle la culpa por nuestros problemas—, que suelen encarnarse en el Presidente de la República. Cuando la culpa se diluye en grupos, en cambio, la gente no distingue y le echa la culpa vagamente a "los políticos". Esto se explica porque nuestro carácter tiende a articular la política en torno a liderazgos personales —caudillos, jefes, líderes carismáticos en los cuales confiar—, mucho más que en bloques de partidos, con los cuales la mayoría de las personas no se sienten cómodas ni representadas. Esto puede apreciarse con claridad en la historia de Chile, pues ciertos desajustes institucionales en los que el Presidente de la República no ha podido operar debidamente han devenido en crisis de gran magnitud nacional (así ocurrió durante el llamado "parlamentarismo" de comienzos del siglo XX, pero también, a juicio nuestro, durante la actual administración).

Pues bien, teniendo esto presente, a juicio nuestro, pareciera que lo más prudente sería mantener un régimen presidencial, sin darle control al Congreso de iniciativas de ley o de ritmos legislativos, ni tampoco separar atribuciones que hoy se encuentran unidas en la figura del Presidente. Un régimen que no se adecúe con nuestra idiosincrasia —vale decir, un régimen que fragmente el poder— podría ser ocasión de gran desestabilidad política y, en consecuencia, un grave atentado contra el bien común, el cual, junto con ser una orientación necesaria para quienes tendrán a su cargo la redacción de una nueva ley fundamental, debe ser también considerado un límite. Estos aspectos no sólo no deben modificarse porque no sean demandas sociales (nadie salió a marchar a favor del parlamentarismo o de una república semipresidencialista), sino que además podría ser gravísimo que sean modificados.

2. Límites de derecho positivo[24]

a. Límites derivados del ordenamiento jurídico interno

Hemos visto ya que existen límites prepo-

23 Jaime Arancibia Mattar, "Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy" (Universidad de Los Andes - El Mercurio, 2020).

24 Agradecemos los aportes de Trinidad Benavente, Antonia Espinosa, Felipe Godoy, Matías Silva, Rosa Puelma, Constanza Hargous y Joaquín Vidal, cuyos informes como pasantes en Comunidad y Justicia fueron muy útiles para la elaboración de este título.

sitivos, que incluyen el respeto por lo que somos, en cuanto personas racionales —limitados por naturaleza a nuestros propios fines y por naturaleza ordenados al bien común y a obedecer a la autoridad— y en cuanto chilenos que hemos heredado una tradición, formamos parte de una patria y de un Estado que ha suscrito tratados con otras naciones. De todos estos límites surge, en definitiva, la fuerza directiva obligatoria de las normas positivas, tanto internas como externas. En consecuencia, no puede estimarse que, por el hecho de estar encargada de redactar una eventual nueva ley fundamental, la Convención sería soberana respecto de toda norma chilena. Sus miembros estarán sometidos al mismo deber de obediencia a la autoridad y a las leyes, en cuanto son ciudadanos chilenos, y de la misma manera estarán sometidos a las disposiciones del acuerdo del 15 de noviembre de 2019, materializadas luego en el capítulo XV de la Constitución que fue reformado para encomendar esta tarea a la Convención. Todo esto es fuente normativa positiva de legitimidad de las disposiciones que redacte este órgano. Al ser fuentes de su legitimidad, no puede contradecirlas sin degenerar *ipso iure* en un poder *de facto*: las normas que dicte no serán derecho, sino pura fuerza.

Como ya hemos señalado, los límites de derecho positivo internos son tanto procedimentales como sustantivos. Procedimentales aquellos que disponen el modo conforme al cual deberá operar la Convención. Los más importantes son los que se contienen en el capítulo XV de la Constitución. Este capítulo, por lo demás, coincide en bastantes puntos con el acuerdo que dio origen —y por tanto fue el primer paso que le habría dado legitimidad política— a este proceso constituyente.

En efecto, el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, del 15 de noviembre de 2019, suscrito por las principales fuerzas políticas chilenas, estableció con claridad ciertos límites —precisamente porque eran considerados una garantía necesaria para el orden y adecuado desarrollo de un proceso muy delicado.

Ya en dicho acuerdo se incluían los principales límites procedimentales que hoy tiene la Convención:

> *5. El órgano constituyente que en definitiva sea elegido por la ciudadanía,* ***tendrá por único objeto redactar la nueva Constitución, no afectando las competencias y atribuciones de los demás órganos y poderes del Estado*** *y* ***se disolverá una vez cumplida la tarea*** *que le fue encomendada. Adicionalmente* ***no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos****.*
> *6.* ***El órgano constituyente deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio****.*
> *7. La* ***Nueva Constitución regirá en el momento de su promulgación y publicación*** *derogándose orgánicamente la Constitución actual.*
> *8. Una vez redactada la nueva Carta Fundamental por el órgano constituyente ésta será sometida a un* ***plebiscito ratificatorio****. Esta votación se realizará mediante* ***sufragio universal obligatorio****.*
> *9. Las personas que actualmente ocupan cargos públicos y de elección popular cesarán en su cargo por el sólo ministerio de la ley al momento de ser aceptada su candidatura por el Servicio Electoral al órgano constituyente.* ***Los miembros del órgano constitucional tendrán una inhabilidad sobreviniente para ser candidatos y candidatas a cargos de elección popular por un año desde que cesen en su mandato****.*
> *(…)*
> *11. El* ***plazo de funcionamiento del órgano constituyente será de hasta nueve meses, prorrogable una sola vez por tres meses****. Sesenta días posteriores a la devolución del nuevo texto constitucional por parte del órgano constituyente se realizará un referéndum ratificatorio con sufragio universal obligatorio. En ningún caso éste podrá realizarse sesenta días antes ni después de una votación popular.*

*12. El o los **proyectos de reforma constitucional y/o legal que emanan de este Acuerdo serán sometidos a la aprobación del Congreso Nacional como un todo**. Para dicha votación los partidos abajo firmantes comprometen su aprobación.*[25]

Como puede verse en las frases destacadas, el procedimiento para la elaboración de una nueva Constitución está claramente detallado en sus pasos fundamentales, incluyendo inhabilidades para los miembros de la Convención, plazos, normas de quórum, prohibición de modificar estas normas y, especialmente, una clara delimitación de la competencia de este órgano (sólo tiene por objeto redactar un nuevo texto constitucional), pasos posteriores (incluyendo un plebiscito ratificatorio, cuya votación se realizará mediante sufragio universal obligatorio). Además, cabe destacar que el acuerdo se debía materializar en una reforma constitucional en conformidad con la Constitución vigente, lo que en definitiva significa que es un proceso que desde sus inicios y a lo largo de su desarrollo ha buscado canales institucionales que mantengan una cierta continuidad con el orden establecido.

Respecto del capítulo XV de la Constitución, las normas que nos interesan se encuentran en el título "Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República", y son los artículos 133 a 143 (especialmente los artículos 135 y 136), salvo los artículos 139 y 140.

La Constitución actual impone a la Convención la obligación de realizar ciertas acciones, como la de nombrar un presidente y un vicepresidente en la primera sesión, por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, o la constitución una secretaría técnica[26]. Estas pueden no parecer muy relevantes, pero su existencia es una muestra más de la limitación de competencias de este órgano. Además, se establece que las normas que apruebe y el mismo reglamento de las votaciones deberán aprobarse por quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio[27] (esta fue, como es sabido, una condición *sine qua non* para que pudiera materializarse el acuerdo del 15 de noviembre) y que "la Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos"[28]. Esta exigencia de un quórum supramayoritario (dos tercios de los miembros en ejercicio de la Convención) es una de las garantías que, según el espíritu del acuerdo, eran necesarias para que la Constitución sea fruto de consensos, y no de imposiciones de una mitad sobre otra. Por último, se incorporó como vía de solución, en caso de existir conflictos en materias procedimentales[29], la reclamación ante la Corte Suprema, con una regulación propia: necesidad de que sea suscrita por un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención, conocimiento y fallo por cinco ministros de la Corte Suprema elegidos por sorteo, plazo de cinco días contados desde que se haya tenido noticia del vicio, indicación del vicio y el perjuicio que causa, entre otros[30]. La existencia de esta reclamación muestra que la Convención está sujeta a la Corte Suprema en el cumplimiento de los aspectos adjetivos o procedimentales predispuestos en el capítulo XV de la Constitución (y, en consecuencia, muestra que la Convención no es soberana ni está por sobre otros poderes del Estado).

Hemos ya señalado que la Convención no es absolutamente soberana ni que estará encargada de refundar la República. Pues bien, esto se ve reflejado en los límites de su competencia que

25 Fuad Chain et al., "Acuerdo Por la Paz Social y la Nueva Constitución" (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 15 de noviembre de 2019).
26 Cfr. "Constitución Política de Chile", 2005 art. 133.
27 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 133.
28 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 133 inc. 5°.
29 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 136 inc. final.
30 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 136.

vienen dados por las atribuciones de los demás organismos del Estado, en las cuales no puede interferir en modo alguno, pero también por la determinación de sus propias funciones. Su única función, que es explícita en los artículos 130 y 137 de la Constitución, ya estaba contenida en la consulta del plebiscito: "redactar y aprobar una propuesta de texto de Nueva Constitución" dentro del plazo preestablecido (nueve meses prorrogables por una vez en tres meses)[31]. Sabido es que, de acuerdo con el primer principio del derecho público, reconocido en los artículos 6° y 7° de la Constitución, los órganos del Estado sólo pueden hacer aquello que se les manda jurídicamente. Además, para asegurar el sometimiento de la Convención a la esfera de su competencia, el artículo 135 dispone que "la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes"[32]. A mayor abundamiento, en él se incorporan expresamente las prohibiciones para la Convención de "atribuirse el ejercicio de soberanía"[33], y de modificar o desconocer la autoridad de la Constitución actual[34], cuya vigencia sólo cesará eventualmente si se ratifica el texto propuesto por la Convención en el llamado plebiscito de salida. Además, como indica el art. 137, "la Nueva Constitución no podrá poner término anticipado al período de las autoridades electas en votación popular, salvo que aquellas instituciones que integran sean suprimidas u objeto de una modificación sustancial"[35]. Queda claro, por tanto, que los mismos textos que legitimarían el operar de la Convención reconocen los límites de su competencia.

Por otro lado, el artículo 135 de la Constitución reconoce, además de tales límites procedimentales, la existencia de ciertos límites sustantivos, acerca de los cuales la Convención no tendrá potestad alguna:

> *El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito* ***deberá respetar el carácter de República del Estado de Chile****, su* ***régimen democrático****, las* ***sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas*** *y los* ***tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes****.*[36]

Este texto del inciso final del artículo 135 de la Constitución es vinculante. Así lo han reconocido prestigiosos académicos, como Arturo Fermandois o María Angélica Benavides. A juicio de la profesora Benavides, "el texto tiene una obligación de resultado"[37], y no de medios: la legitimidad del texto constitucional y su misma validez formal, por tanto, dependerán primeramente del respeto a estos límites de contenido. No puede ser de otra forma, pues, a juicio de la académica mencionada, lo que está en juego en estos tres puntos no es otra cosa que el Estado de Derecho.[38]

El carácter vinculante de este inciso puede estudiarse en distintos niveles. En primer lugar, es obligatorio naturalmente (pues las normas positivas también son obligatorias por naturaleza, incluso si carecen de sanción coactiva[39], al ser un medio

31 Cfr. "Constitución Política de Chile", p. art. 137.

32 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 135, inc. 1°.

33 "Constitución Política de Chile" art. 135, inc. 3°: "En conformidad al artículo 50, inciso primero, de la Constitución, mientras la Convención esté en funciones la soberanía reside esencialmente en la Nación y es ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y las leyes determinan y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Le quedará prohibido a la Convención, a cualquiera de sus integrantes o a una fracción de ellos, atribuirse el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce esta Constitución".

34 Cfr. "Constitución Política de Chile" art. 135, inc. 2°.

35 "Constitución Política de Chile" art. 137.

36 "Constitución Política de Chile" Art. 135, inc. final. El destacado es nuestro.

37 Seminarios de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile: Tratados Internacionales y Límites a la Convención Constitucional, 2021, https://www.youtube.com/watch?v=_1P-8DbYF8s.

38 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

39 Santo Tomás de Aquino, Summa Theologiae, I-II, q. 96, a. 5, ad. 3; Finnis, Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory, 259-60; y John Finnis, Natural Law and Natural Rights (Oxford ; New York, 2011), 259-64 y 314-20. Las normas jurídicas no son vinculantes en virtud de

racionalmente necesario para cumplir con un fin natural), pero también estos límites son vinculantes por ser una norma del ordenamiento jurídico chileno y, por cierto, algunos de estos límites son positivamente vinculantes desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Como señala Benavides, la violación de estos límites, en cuanto tales, no puede ser reclamada contra ninguna institución a nivel *interno*. Claudio Troncoso es de la misma idea: el reclamo establecido en el artículo 136 de la Constitución no faculta ni la Corte Suprema ni al Tribunal Constitucional para sancionar violaciones a los límites sustantivos de la Convención. Por otra parte, esto no significa que no deba existir un control: como señala Troncoso, debe haber un autocontrol de la propia Convención, bajo el entendido que esta no puede actuar arbitrariamente[40]. Es más, existen precedentes para la elaboración de estos límites: el Congreso se ha autolimitado en varias oportunidades en función de los tratados internacionales; por ejemplo, así ha ocurrido respecto de la pena de muerte[41]. Ahora bien, aunque en el artículo 136 se establece que la reclamación no procede contra vicios de contenido[42], ni contra el inciso final del artículo 135[43], esto no significa que no existan tales vicios, sino que no son reclamables con el artículo 136.

Por otro lado, del hecho de que el reclamo no proceda contra vicios sustantivos no se sigue que el Estado de Chile no tenga una obligación internacional de someterse a cumplir lo establecido en tratados internacionales, sean o no de derechos humanos. Existen puntos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, para los cuales no hay reclamación jurídica[44].

Cabe decir, señala Benavides, que la jurisprudencia disponible debería ser un modo de interpretar los derechos[45].

Respecto del listado de los límites del inciso final del artículo 135, el primero es el régimen de gobierno en Chile, contenido hoy en el artículo 4° de la Constitución: "Chile es una República democrática". Este texto ha sido heredado desde los orígenes mismos de nuestra historia republicana. Ya el artículo 21 de la Constitución de 1828 lo comprendía, pasando luego a los artículos 2° y 3° de la Carta de 1833 y quedando así inmortalizado en nuestra tradición constitucional. Este punto no es menor, pues reconoce la existencia de algo esencial, propio de nuestra identidad como nación, que históricamente se ha desarrollado de esta manera. Esta norma constituye, por tanto, una forma de reconocer positivamente el valor de nuestra tradición constitucional, la cual, como toda tradición, puede cambiar con el tiempo, pero conservando un núcleo identitario que da continuidad a la comunidad política. Como ya hemos visto, este núcleo comprende muchos otros aspectos que son esenciales, como la unidad del poder en torno a una persona, encarnada hoy en la figura del Presidente de la República. Tal núcleo identitario, a fin de cuentas, constituye también un límite prepositivo.

Conviene hacer algunos alcances adicionales sobre el carácter republicano y democrático del Estado. A juicio de María Angélica Benavides, este carácter se asocia indisolublemente a ciertas instituciones que lo posibilitan. La académica da tres ejemplos no exhaustivos: participación política, instituciones que aseguren la transparencia y derechos individuales. En palabras de Benavides, de estas tres instituciones "puede haber más, pero

---

su coerción, sino por su carácter de medio racionalmente necesario para alcanzar una determinada finalidad, es decir, porque tiene fuerza directiva. El carácter democrático del régimen no es un fin natural en sí mismo, pero la norma constitucional que así lo establece no sólo no es injusta, sino que además apunta a proteger el núcleo identitario de Chile, siendo algo que ya se ha incorporado a nuestra historia.

40 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

41 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

42 "Constitución Política de Chile" art. 136, inc. 1°.

43 "Constitución Política de Chile" art. 136, inc. final.

44 "Constitución Política de Chile" art. 136, inc. final.

45 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

no puede haber menos"[46]. Esto sería lo que algunos autores han venido a llamar "Estado democrático de derecho". Hay quienes sostienen que lo esencial a la democracia moderna no es su forma exterior, como régimen con sufragio, sino el respeto por los derechos esenciales de la persona humana[47] y, sobre todo, el sometimiento del poder político al derecho. Dicho sometimiento debería, por consiguiente, ser conservado al menos como está hoy establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución (podría precisarse o reforzarse, pero no desconocerse).

Otro límite mencionado en el artículo 135 es el de las sentencias firmes y ejecutoriadas. Del acuerdo del 15 de noviembre se desprende claramente que la Convención no puede revisar ni modificar sentencias firmes de ningún órgano que ejerza jurisdicción, cualquiera sea su competencia.

El último límite es el de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. El que lo establezca así el artículo 135 —al igual que el artículo 5°, que reconoce positivamente que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana son un límite al ejercicio de la soberanía— refuerza positivamente a nivel nacional las obligaciones internacionales del Estado de Chile, de las que la Convención —que es un órgano del Estado de Chile— no puede desentenderse. Desarrollaremos este punto en el siguiente título, sobre los límites a la Convención que se desprenden de las fuentes del Derecho Internacional.

b. Límites derivados del Derecho Internacional

Como hemos visto, los límites que proceden de los tratados internacionales han sido reconocidos en el acuerdo del 15 de noviembre, y su obligatoriedad ha sido reforzada por el inciso final del artículo 135 de la Constitución. Con todo, el Derecho Internacional tiene fuerza vinculante por sí mismo. En efecto, el Estado de Chile —persona jurídica que representa jurídicamente a la autoridad y la comunidad política chilenas— ha suscrito y ratificado diversos pactos con otros Estados, en su calidad de sujeto de Derecho Internacional. La existencia del Estado de Chile es anterior al proceso constituyente y a las normas de las que dependería su legitimidad, de donde se desprende que es uno y el mismo sujeto antes y después de un cambio de una Ley Fundamental y, en consecuencia, no puede desprenderse de sus obligaciones sino por los mecanismos regulares preestablecidos por el tratado respectivo, o por las normas generales de Derecho Internacional (como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El fundamento de estas normas —como las de cualquier contrato, por lo demás— a fin de cuentas es natural, pues de otro modo, ¿cómo se fundaría la obligatoriedad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o la Carta de Naciones Unidas? No se puede proceder *ad infinitum* en el intento de fundar la fuente misma de las obligaciones: un Estado se obliga porque uno de los preceptos del derecho es precisamente vivir honestamente, lo que implica ser leal a la palabra dada y cumplir los pactos. En virtud de esta obligatoriedad natural, se deben cumplir los tratados, cuyo contenido pasa por tanto a tener una obligatoriedad positiva que hoy denominamos carácter vinculante de un instrumento internacional. Siendo la Convención Constituyente un órgano del Estado de Chile, debe someterse también al Derecho Internacional, y así habría debido hacerlo incluso sin ningún reconocimiento en el artículo 135 de la Constitución o en el acuerdo del 15 de noviembre. De hecho, por este motivo subsistirán también las otras obligaciones internacionales que no emanen de los tratados (pues los tratados no son la única

46 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

47 Andrés Ollero Tassara, "Para una teoría "jurídica" de los derechos humanos", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n.o 35 (1983): 104. El autor busca desmentir la conexión entre relativismo y democracia, argumentando que los derechos humanos son el fundamento de la democracia y ellos se opondrían a una ética relativista.

fuente del Derecho Internacional), como las que surgen de una costumbre internacional.

Con todo, el reconocimiento de la obligatoriedad de los tratados puede servir (y tal parece haber sido el objetivo de esta cláusula) para dar certeza jurídica en medio de un proceso políticamente marcado por una alta incertidumbre. Por sobre todo, como indica el profesor Arturo Fermandois, permite asegurar que la protección de los derechos fundamentales de las personas sea efectiva[48]. No obstante, no se trata de un límite arbitrario, fijado con el único fin de calmar las aguas. En realidad, se trata de una consecuencia lógica de lo que ya hemos expuesto respecto de la fuerza naturalmente obligatoria de los tratados internacionales, así como también de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico interno y los fines propios del órgano constituyente. En efecto, la Constitución vigente (que, recordemos, se encuentra en vigor hasta la aprobación del futuro texto constitucional) dispone que sea el Presidente de la República quien se haga cargo de la conducción de las relaciones exteriores. Es decir, si ya existe una entidad a cargo de la gestión del ámbito internacional —que es además jefe del Estado de Chile, obligado a velar por el cumplimiento de los Tratados Internacionales— y la tarea propia de los convencionales constituyentes es diversa de estos asuntos, entonces no tiene sentido que la Convención se involucre directamente en ellos, por ejemplo, pronunciándose sobre si se debe respetar o no algún tratado.

Dicho lo anterior, es siempre oportuno recordar que esta clase de límites es frágil, consideradas las cosas políticamente: la obligación de respetar los tratados es esencial para la estabilidad de la República —al igual que el respeto de todos los límites que tratamos en este documento— pero siempre existe una posibilidad de que un órgano dotado de amplios poderes se arrogue una potestad que no tiene, para así, de facto, imponer por la fuerza sus decisiones. Por este motivo, es fundamental que las demás autoridades no toleren que la Convención traspase el ámbito de su competencia.

Como recuerda Arturo Fermandois, el proceso constituyente colombiano de 1991 contaba con una cláusula similar a la chilena: "la asamblea no podrá modificar (...) las materias que afectan los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en virtud de tratados internacionales"[49]. Sin embargo, el propio órgano constituyente colombiano declaró nula esta cláusula. No hay razones para descartar que algo así pueda ocurrir en el actual proceso constituyente, por lo cual es fundamental que todos los miembros de la Convención sean conscientes de su función, de modo que la autorregulación de la misma no sobrepase sus propias funciones. Por otro lado, la legitimidad misma del proceso —que algunos sectores (aunque muy minoritarios, ciertamente) han cuestionado incluso desde el acuerdo que le dio inicio— depende del respeto a estos límites.

A lo anterior cabe agregar que no parece haber nadie que sostenga que Chile abandone todos sus compromisos internacionales por vías irregulares. En ese sentido —hablando en términos puramente políticos o pragmáticos— es difícil que propuestas muy radicales al respecto sean acogidas. Sin embargo, prohibir o restringir la inversión extranjera en nuestro país, opinión que es sostenida por 96 de los 155 constituyentes[50], sí violaría varios tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Lo más lejos que los convencionales podrían llegar sería incorporar artículos transitorios en la Carta, que indiquen plazos para que Chile (eventualmente) denuncie los tratados respectivos por los mecanismos regulares, sin

48 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.
49 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.
50 J. P. Palacios, "6 constituyentes están a favor de restringir o prohibir la inversión extranjera en nueva Constitución", El Mercurio, 20 de mayo de 2021, sec. Economía y Negocios.

violar tratados ratificados. Además, debe tenerse en cuenta que ni siquiera en tal caso correspondería a los convencionales tomar la decisión de denunciar un tratado determinado, pudiendo el Presidente de la República o el Congreso Nacional negarse legítimamente a ello.

Todo lo dicho rige respecto de todos los tratados internacionales ratificados con Chile y que se encuentran vigentes. Pero sin duda tienen especial importancia los tratados internacionales de derechos humanos. Estos son probablemente los primeros que se vienen a nuestra mente al pensar en tratados internacionales y en la necesidad de que sean respetados. De hecho, cuando la cuestión de los límites constitucionales fue discutida en el Congreso, fue esta la categoría que contó con apoyo transversal en el Congreso, al discutirse la redacción del artículo 135 de la Constitución.

A la fecha, Chile ha ratificado nueve tratados de derechos humanos y seis protocolos facultativos asociados a ellos:

TABLA 1: Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile

TRATADO O PROTOCOLO RATIFICADO POR CHILE	FECHA APROBACIÓN DEL TRATADO O PROTOCOLO	AÑO RATIFICACIÓN POR PARTE DEL ESTADO DE CHILE
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.	1965	20 de octubre de 1971
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966	10 de febrero de 1972
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1966	27 de mayo de 1992
Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte	1989	26 de septiembre de 2008
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	1966	10 de febrero de 1972
Convención sobre los Derechos del Niño	1989	13 de agosto de 1990
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía	2000	06 de febrero de 2003

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados	2000	31 de julio de 2003
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones	2011	01 de septiembre de 2015
Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	1990	21 de marzo de 2005
Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	2006	08 de diciembre de 2009
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2006	29 de julio de 2008
Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	2006	29 de julio de 2008

FUENTE: Tratados Internacionales: Tratados Internacionales ratificados por Chile – Sistema Universal. En: https://www.derechoshumanos.gob.cl/ddhh/sistema-universal-de-ddhh/tratados-internacionales-y-convenciones/tratados-internacionales. Consultado el 21 de mayo de 2021.

Llegados a este punto, es necesario tener en cuenta la amplitud conceptual de los tratados internacionales y los problemas hermenéuticos que se siguen de ella. El principal peligro de la amplitud conceptual es creer que ella implica arbitrariedad, cuando en realidad es un modo de permitir la existencia de márgenes de *apreciación* y dejar espacio a la prudencia para la *determinación* de lo que es justo en un caso concreto. El contenido de los derechos de la persona humana, que son naturales, no puede depender de la mera literalidad del tratado, pero tampoco de la visión unilateral de ciertos organismos internacionales que bien pueden equivocarse. Y es que lo que se busca es, precisamente, *determinar* las reglas de derecho, no como una aplicación deductiva de un silogismo teórico, sino como conocimiento práctico de lo que corresponde en un caso concreto[51]. Se trata de una verdad objetiva —práctica, pero no por eso arbitraria— que se debe buscar en la interpretación de los textos de los tratados —que reconocen, en el corazón de sus preámbulos, la objetividad de la dignidad inherente de todo ser humano—, y no de una creación arbitraria de los profesores, ni mucho menos de los comités internacionales de derechos humanos.

En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su letra d) dispone que "las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones" son sólo un "medio auxiliar para la *determinación* de las reglas de derecho"[52]. No sólo se señala que son medios *auxiliares*, sino que además se reconoce que su función se reduce a

51 En realidad, el razonamiento práctico, aunque no es de carácter deductivo, sí tiene una cierta estructura silogística, cfr. José Luis Widow, Introducción a la ética (Santiago: Globo Editores, 2009), 101-7. El autor se refiere a la ética, pero mutatis mutandi es aplicable a la determinación del derecho.

52 Naciones Unidas, "Carta de las Naciones Unidas" (United Nations, 26 de junio de 1945), https://www.un.org/es/about-us/un-charter.

un acto de *determinar* las reglas del derecho, de lo que es justo. Respecto de su carácter auxiliar, esto significa, dicho brevemente, que sus opiniones no son vinculantes desde el punto de vista internacional. El carecer de fuerza vinculante, pero aun así constituir una fuente del Derecho Internacional de cierto reconocimiento, es lo que se conoce como *soft law*, que se puede definir como "aquel instrumento jurídicamente caracterizado por no ser vinculante y poseer cierta relevancia jurídica, siendo su espacio natural de producción el derecho internacional"[53].

Algunos autores han argumentado, acerca de los documentos emanados de organismos internacionales de derechos humanos —jurisprudencia internacional, opiniones de comités de derechos humanos, etc.—, que la amplia influencia que estos han tenido en las legislaciones internacionales y nacionales mostraría que su autoridad sí es auténtica y relevante. Se ha señalado, por ejemplo, la importancia que tuvieron las recomendaciones de Santa Cruz en la creación de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre[54] o el impacto que tuvo la Conferencia Internacional sobre el trabajo de Berlín sobre el orden internacional, ya que si bien dicho espacio no logró generar ningún documento vinculante, sus recomendaciones sí influyeron en las legislaciones de diversos países[55].

En esa línea, autores como Cerda y Boyle sostienen que las recomendaciones internacionales pueden ayudar a llegar a acuerdos más rápidamente y pueden llevar a los países a tomar medidas específicas, para no dejar el cumplimiento de los tratados en la indeterminación, dado que no existen sanciones asociadas[56]. Con todo, reconocer su influencia en el Derecho Internacional no es equivalente a reconocer su carácter vinculante, sino justamente lo contrario: su relevancia política como un factor que puede servir para la determinación de lo que es justo respecto de un caso concreto o de las consecuencias que se seguirían de un determinado derecho no implica su carácter obligatorio, pues no imponen una solución única. La opinión mayoritaria de la doctrina es contraria a la idea de que las fuentes auxiliares sean vinculantes[57].

Por otro lado, no pocos autores han acusado el talante político-ideológico que muchas veces tienen estos documentos[58], con una clara pretensión de imponer una visión única acerca de la persona humana y sus derechos. En nuestra región, los ejemplos abundan[59]. Sólo por poner algunos ejemplos, observemos algunos informes emitidos por el Comité CEDAW: el año 2017 criticó al Estado de Paraguay la aprobación de ciertas políticas que prohíben la difusión de la ideología de género:

> *[Al Comité] le preocupa la prohibición impuesta por el Ministerio de Educación y Ciencias contra la difusión y el uso de material educativo que haga referencia a "la teoría de género"o la "ideología de género", con arreglo a la resolución núm. 29664 del Ministerio, y la ausencia total del término "gé-*

53 Mónica M. Boretto, "Soft Law. Nuevos enfoques para el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de la Propiedad intelectual", Ars Boni et Aequi 8, n.o 2 (2012): 81-144.

54 Yoselyn Bermúdez Abreu, Alix Aguirre Andrade, y Nelly Manasía Fernández, "El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre", Frónesis: Revista de filosofía jurídica, social y política 13, n.o 2 (2006): 9-30.

55 Isabel Ramos Vázquez, "Derecho Internacional Obrero. Origen y Concepto", Ius Labor 3 (2017): 337-72.

56 Carlos Cerda, "La nota diplomática en el contexto del soft law y de las fuentes de derecho internacional", Revista de derecho (Valdivia) 30, n.o 2 (diciembre de 2017): 159-79, https://doi.org/10.4067/S0718-09502017000200007.

57 Cfr. Álvaro Paul. "El estado actual del aborto en el derecho internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno", Maite Aguirrezabal y Soledad Bertelsen, eds., El aborto: Perspectivas filosófica, jurídica y médica, 1.a ed., Cuadernos de extensión Jurrídica 27 (Santiago de Chile: Universidad de Los Andes, 2015).

58 Mariana Canales, "Proceso Constituyente y Derechos Humanos: Tensiones y Propuestas" (Informe IES, mayo de 2021).

59 Agradecemos a Trinidad Castellano por la investigación que realizó sobre las recomendaciones del Comité CEDAW ha hecho a la región en aborto e identidad de género y que permitió identificar estas recomendaciones.

nero"en la Ley sobre la protección integral de las mujeres contra toda forma de violencia.[60]

El mismo Comité recomendó al Estado Paraguayo que apruebe un proyecto de ley sobre salud sexual y reproductiva, materna y perinatal y la liberalizacion del aborto[61].

Recomendaciones similares encontramos en el último informe sobre el Estado de Argentina. Si miramos las últimas observaciones realizadas a este país, veremos que el Comité CEDAW, "celebra" la "Ley 26.862, de 5 de junio de 2013, que garantiza el acceso a todos los métodos científicos de reproducción asistida" y la "Ley de Identidad de Género (N°26.743, de 9 de mayo de 2012), que reconoce el derecho a la autopercepción de la identidad de género" y la "Ley de Matrimonio Igualitario"[62].

Las recomendaciones en Uruguay van en el mismo sentido. El Comité, en efecto, celebró en su informe final del 2016 las aprobaciones del aborto hasta las 12 semanas, de una ley de identidad de género y del matrimonio y la adopción po parte de parejas del mismo sexo[63]. También le recomienda al Estado Uruguayo que "realice evaluaciones periódicas de la educación sexual en el sistema educativo nacional con el objetivo de garantizar una educación adecuada a la edad en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos"[64].

En las observaciones finales a nuestro país del año 2018, el Comité CEDAW "observa con preocupación" que "el proyecto de ley (boletín N°8924-07) sobre la identidad de género, con diversas enmiendas, sigue pendiente"[65]. Pero también hace recomendaciones en materia de aborto y matrimonio entre personas del mismo sexo, y aun temas completamente desconectados de su ámbito, como la creación de un ministerio para la población indígena[66].

Como se ve, se trata de unas supuestas interpretaciones que son por lo menos discutibles (pues en ninguna parte del tratado, que sí es vinculante, se menciona nada parecido) y que difícilmente pueden ser conectadas con la promoción de la mujer. Estas actitudes del Comité han suscitado críticas por parte de muchos Estados parte de la Convención, tanto por excederse en sus atribuciones como por no ayudar en la promoción efectiva de los derechos de la mujer. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia del Reino Unido en el año 2008: el departamento de Estado observó que: 1) el razonamiento del Comité era imprevisible; 2) no había tenido un impacto en la formulación de políticas; y 3) a pesar de las previsiones, el uso del Protocolo Facultativo por parte de organizaciones no gubernamentales había sido más limitado de lo que en un principio se hubiera esperado y sólo raramente se había utilizado el derecho de denuncia (es decir, no había servido para proteger a la mujer en la práctica)[67]. De la misma manera, mencionó que hubo algún éxito limitado respecto de la aplicación del Protocolo, destacando la importancia de las

60 Comité para la Eliminación dela Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW). "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Paraguay". CEDAW/C/PRY/CO/7. 22 de noviembre de 2017, pp. 2-3. Consultado el miércoles 7 de julio de 2021 en: https://www.ohchr.org

61 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico del Paraguay". CEDAW/C/PRY/CO/7. 22 de noviembre de 2017, p. 12.

62 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina". CEDAW/C/ARG/CO/7. 25 de noviembre de 2016, p.2

63 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Uruguay". CEDAW/C/URY/CO/8-9. 25 de julio de 2016, p. 2.

64 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Uruguay". CEDAW/C/URY/CO/8-9. 25 de julio de 2016, p. 12

65 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile". CEDAW/C/CHL/CO/7. 14 de marzo de 2018, p. 4. Consultado el miércoles 7 de julio de 2021 en: https://www.ohchr.org

66 Comité CEDAW. "Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile". CEDAW/C/CHL/CO/7. 14 de marzo de 2018, p. 15.

67 Murdoch, Jim. "The Optional Protocol to the United Nations Convention for the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (CEDAW): The Experience of the United Kingdom", consultado en http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110322191207/http:/www.justice.gov.uk/publications/docs/un-optional-protocol-women.pdf el 09 de julio de 2021.

políticas efectivas para proteger a las mujeres de la violencia doméstica y de la esterilización forzosa, pero que, salvo por esas materias, el Protocolo "no había llevado a un avance en la promoción de los derechos de la mujer"[68].

Las extralimitaciones del Comité CEDAW son un botón de muestra de las en los excesos en que incurren habitualmente los Comités encargados de monitorear el cumplimiento de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En ese sentido, ejemplos parecidos pueden encontrarse en otros organismos, como el Comité de los Derechos del Niño o el Comité contra la Tortura. Prueba de ello es que, como hizo ver Daniela Constantino en una exposición en el Congreso, en "el año 2012, con 85 votos a favor, cero votos en contra y 66 abstenciones, en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas, se adoptó la resolución 66/254 con el objetivo de regular y fortalecer el funcionamiento adecuado de los distintos Comités de derechos humanos"[69].

Teniendo en cuenta los abusos jurídicos recién descritos, no es de extrañar que la mayoría de los autores estima que las opiniones de los organismos internacionales, con sus diversos nombres (recomendaciones, opiniones consultivas, etc.) no son una fuente formal, sino más bien —como es obvio por sus nombres técnicos ("opiniones", "recomendaciones")— documentos que *sugieren* la adopción de diversas medidas. Esto es particularmente cierto para aquellas que buscan determinar el sentido y alcance de los tratados internacionales: no pueden ser consideradas como fuentes formales, sino que como meros medios *auxiliares* (como expresamente se reconoce en el estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

En consecuencia, los comités asociados a los tratados de derechos humanos pueden emitir recomendaciones a los Estados, en las que ellos interpretarían lo que disponen tales tratados internacionales, pero estas interpretaciones no son "interpretaciones auténticas", como aquellas que puede hacer el legislador a nivel interno. El equivalente funcional de esta interpretación auténtica, en realidad, es el de las declaraciones interpretativas de los Estados que suscriben un determinado tratado. En efecto, la doctrina es prácticamente unánime al sostener que dichas resoluciones no son obligatorias, por lo que no vinculan al Estado, y precisamente por eso le ha dado el nombre de *soft law* a este grupo de fuentes del derecho internacional[70].

El Tribunal Constitucional de nuestro país es favorable a esta última interpretación. Es lo que puede apreciarse en, por ejemplo, la sentencia rol N°3.729-17, que se pronuncia sobre el requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11. En dicha sentencia conviene destacar en particular el considerando 67°:

> *67º Que, a mayor abundamiento, las recomendaciones y observaciones citadas en el Mensaje de este proyecto de ley constituyen* soft law *internacional, esto es, directrices no obligatorias que los Estados deben ir teniendo en cuenta para configurar sus políticas públicas, sin que su inobservancia genere responsabilidad internacional a su respecto.*[71]

En este sentido, el Tribunal reconoce que las recomendaciones no tienen el carácter de vin-

68 Ibidem.

69 Constantino, Daniela. "Exposición sobre ratificación de Protocolo facultativo CEDAW". 30 de septiembre de 2019. Disponible en: http://www.comunidadyjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/05/7.-dcl.-exposicion-cedaw-en-comision-septiembre-2019.pdf Consultada el viernes 9 de julio de 2021.

70 Cfr. Álvaro Paul. "El estado actual del aborto en el derecho internacional y algunas afirmaciones erradas del proyecto de ley chileno", Maite Aguirrezabal y Soledad Bertelsen, eds., El aborto: Perspectivas filosófica, jurídica y médica, 1.a ed., Cuadernos de extensión Jurrídica 27 (Santiago de Chile: Universidad de Los Andes, 2015).

71 STC, Rol N°3729-17, considerando 67.

culante, puesto que el incumplimiento no generaría responsabilidad. Por ende, el invocar estas recomendaciones para legislar el aborto en Chile no sería un mecanismo con un carácter obligatorio para los Estados en cuestión. Esto se aprecia con aún más claridad en el considerando 66º:

> *Lo cierto es que, sin embargo, no se ha invocado en estos autos ningún tratado internacional que obligue a Chile a consagrar legalmente el derecho de la mujer a abortar a un feto supuestamente inviable porque la expone a un sufrimiento. Y no podría hacerlo, porque como señala el Informe en Derecho del profesor F.O.V., acompañado a estos autos, no existe ningún tratado de carácter universal que consagre el referido derecho, ni tampoco en el contexto regional americano (p. 7). Agrega que "tampoco es claro que exista una opinio iuris clara y manifiesta de parte de los Estados, en el sentido de que la permisibilidad de la realización de procedimientos abortivos sea consecuencia de una obligación internacional, y ella se regule a título de derecho subjetivo de la mujer solicitante" (p. 8).*[72]

Otro fallo del mismo Tribunal que también conviene analizar es la sentencia rol N°3016, que resuelve el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Parlamentarios respecto de las normas que indica contenidas en el proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales, introduciendo modificaciones al Código del Trabajo, correspondiente al boletín N°9835-13. La sentencia analiza en particular los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, que son entendidos como recomendaciones:

> *sin perjuicio de lo anterior, es útil tener presente que las recomendaciones de la OIT no son tratados internacionales y no tienen un carácter jurídicamente vinculante. Una Recomendación, de acuerdo a la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, "se comunicará a todos los miembros para su examen" (artículo 19 párrafo 6, letra b), énfasis agregado), y "salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los Miembros ninguna otra obligación", salvo informar el estado de la legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la recomendación (artículo 19 párrafo 6, letra d), énfasis agregado).*
> *En efecto, las Recomendaciones al no tener ratificación por los Estados no constituyen, de acuerdo a nuestro derecho interno, normas vinculantes de rango legal. Como lo explica el mismo sitio web de la OIT, "(...) las recomendaciones pretenden orientar la acción en el plano nacional, pero no están abiertas a la ratificación ni son jurídicamente vinculantes".*[73]

De hecho, el Tribunal Constitucional enfatiza su punto sosteniendo

> *que la "interpretación extensiva" de los Convenios – que son tratados internacionales - a la luz de Recomendaciones – que son sólo pautas y guías no vinculantes para los Estados – ha sido criticada incluso en el mismo seno del Consejo de Administración de la OIT, órgano ejecutivo que toma decisiones sobre la política de la Organización.*[74]

Llevando esto a la discusión constitucional en Chile, no parece razonable que el constituyente tome como límite de la discusión constitucional aquellas recomendaciones evacuadas por los comités de aquellos tratados internacionales ratificados por nuestro país, pero sí debe tener necesariamente como límite los tratados mismos.

Respecto de los tratados internacionales en otras materias (por ejemplo, de libre comercio), María Angélica Benavides y Claudio Troncoso

72 STC, Rol N°3729-17, considerando 66.
73 STC, Rol N°3016-16, considerando 53.
74 STC, Rol N°3016-16, considerando 54.

consideran que no hay distinción respecto de los tratados internacionales de derechos humanos: ambas son obligaciones internacionales que la Convención no puede modificar[75]. En ese sentido, el órgano Constituyente no estaría en posición de suprimir alguno de los al menos 14 tratados de libre comercio suscritos por Chile y que pueden ser encontrados en la tabla Nº2.

Esta interpretación es reforzada por la propia discusión legislativa. En efecto, cierto grupo de parlamentarios propuso especificar el acuerdo del 15 de noviembre, sugiriendo que, para efectos de la discusión constitucional, únicamente deberían ser considerados como tratados internacionales los de derechos humanos. Dicha iniciativa no prosperó, con lo cual —a contrario sensu— se entiende que el Congreso chileno, en su mayoría, adhiere a la tesis de la no distinción de tratados internacionales.

75 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

TABLA 2: Tratados de libre comercio ratificados por Chile

TRATADO	AÑO
Acuerdo de facilitación del comercio de Chile con la Organización Mundial del Comercio	1995
MERCOSUR	1996
Canadá	1997
Acuerdos comerciales de América Latina y el Pacífico (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, entre otros)	1998
Tratado de libre comercio con México	1999
China	2006
Panamá	2008
Perú	2009
Colombia	2009
Australia	2009
Alianza del Pacífico	2012
Uruguay	2016
Argentina	2019

Como hemos indicado, el concepto de tratados internacionales debe ser interpretado en un sentido amplio, por lo cual otro tipo de obligaciones internacionales adquiridas por Chile también deben ser consideradas. Es lo que ocurre con instrumentos tales como los Convenios de Ginebra o la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de los cuales, como veremos, sí se desprenden límites para la discusión constitucional.

Aun cuando pareciera ser un detalle menor, es importante aclarar qué significa que un tratado se encuentre en vigencia. A juicio del académico Claudio Troncoso, esto tiene una definición precisa: el tratado en cuestión debe haber sido ratificado y encontrarse publicado en el diario oficial[76].

76 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

En este sentido, por poner un ejemplo, no habría ninguna obligación de respetar los acuerdos del TPP-11, considerando que este tratado no ha sido ratificado. Si bien hay una intención clara del gobierno por aprobar dicho instrumento, este aún no ha sido ratificado por el Senado, de modo que sus contenidos no han generado aún obligación alguna para Estado de Chile (por ende, tampoco para la Convención constituyente).

A ese respecto, cuando se dice que la Convención debe respetar los tratados internacionales, no se está frente a una norma programática, en que el Estado debe encontrar la mejor forma de hacerlo cumplir (como ocurre por ejemplo con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación). Por el contrario, respetar los tratados internacionales es una obligación internacional del Estado de Chile. Por eso, no es descartable que se pueda recurrir a tribunales internacionales si es que se vulnera, de forma evidente, alguna obligación internacional.

Existe un segundo punto respecto a cómo deben ser interpretados dichos tratados, que es el de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, del que la Constitución es parte. En nuestro país antiguamente la doctrina y la jurisprudencia sostenía que los tratados internacionales tienen en nuestro ordenamiento jurídico rango legal, es decir, el mismo valor que la ley —tesis que se fundaba, entre otros argumentos, en la forma de tramitar la aprobación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno[77]—, pero tal doctrina fue cambiando con el tiempo, a través de debates por parte de nuestra jurisprudencia y de la doctrina, en parte influenciados, respecto de los tratados internacionales de derechos humanos, por la modificación al artículo 5° inciso segundo de la Constitución. A grandes rasgos, podemos decir que hoy no se discute que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango supralegal. Las reformas de 1989 y de 2005 fueron los pasos que consolidaron la doctrina del rango supralegal, aunque no han faltado voces que mantienen el criterio de infraconstitucionalidad o que han sostenido la tesis europea del llamado "bloque de constitucionalidad"[78]. Particularmente relevante es la tesis de la Corte Suprema —posterior a la reforma de 2005—, según la cual los tratados internacionales de derechos humanos tienen el mismo rango y jerarquía que la Constitución[79], pues se incorporarían a lo que la Corte llamó "Constitución material":

> *Que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.* ***Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado****, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en*

77 En efecto, el artículo 54 de la Constitución actual dispone que la aprobación de los tratados "se someterá, en lo que fuere pertinente, a los trámites de una ley". La frase "en lo que fuere pertinente" fue incorporada en la reforma de 2005. Antes, además, existía un vacío importante al respecto, y en el origen de la Carta vigente ni siquiera se mencionaban los tratados en el inciso segundo del artículo 5°.

78 Claudio Nash Rojas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno (Universidad de Chile. Centro de Derechos Humanos, 2012), 43-46, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142503/Derecho-internacional-de-los-derechos-humanos-en-Chile.pdf.

79 La misma tesis es sostenida por Nash Rojas, 21-22.

un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado artículo 5°, sino también del 1°, incisos primero y cuarto, y 19, N° 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales.[80]

Las palabras con que la Corte asume esta tesis son muy relevantes, pues ella reconoce justamente que los derechos esenciales de la persona humana son "valores superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado". Es cierto que señala que se incluye el llamado poder constituyente derivado, sin mencionar el poder constituyente originario. No obstante, dicha omisión no importa la afirmación de que el llamado poder constituyente originario sea superior a los derechos esenciales de la persona, pues ello implicaría desconocer a tales derechos precisamente su calidad de derechos esenciales o naturales, inherentes a toda persona y anteriores a toda norma positiva, como bien señala la misma Corte Suprema. En definitiva, una vez que se reconoce el carácter natural de los derechos esenciales y que los tratados son un mecanismo que los reconoce, plantear un conflicto de jerarquía simplemente carece de sentido.

Sin duda estos no son más que trazos gruesos dentro de una tradición constitucional que presenta bastantes más matices. Pero son lo suficientemente ciertos como para afirmar que, en resumidas cuentas, los tratados internacionales, al menos aquellos referentes a derechos humanos, tienen rango al menos supralegal, y en todo caso algo que está fuera de la esfera de competencia de los que integran la Convención. Así las cosas —sobre todo si consideramos que "en Chile, es una cuestión aceptada pacíficamente por la jurisprudencia que los tratados internacionales tienen una jerarquía supralegal"[81]—, los derechos naturales de la persona humana, garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, sin duda son un límite para los miembros de la Convención.

III. Traspasos de estos límites por parte de la Convención y mecanismos de reacción frente a ellos

1. Contexto de infracción a los límites

Como hemos visto, apenas iniciado el proceso constituyente ya se habían alzado voces —así ocurrió con Luis Mesina y Fernando Atria[82] — a favor de la tesis de una asamblea absolutamente "soberana", que se habría servido de determinados mecanismos institucionales únicamente para acceder al poder, pero pudiendo en lo sucesivo respetarlos o, en palabras del propio Fernando Atria, "hacerlos estallar"[83]. En otras palabras, todo límite de la Convención sería meramente facultativo: no habría más límites reales que los que ella se imponga a sí misma, lo que se sigue de las premisas más básicas de la ideología constitucionalista. Esto significa, en última instancia, que hay individuos, muchos de los cuales son miembros de la Convención Constituyente, que no reconocen límites.

Podría pensarse que eso es algo alejado de

80 SCS, rol 3452-2006, considerando 66. La misma tesis se sostiene en los roles N°3125-2004, considerando 39, y 559-2004, considerandos 22-24.

81 Nash Rojas, Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile: recepción y aplicación en el ámbito interno, 20.

82 El 25 de enero del 2020, Luis Mesina expresó su deseo en un conversatorio de que la Convención Constituyente "se autoproclame soberana (...) y cierre el Congreso inmediatamente". Como indicaba Hernán Corral, pese al rechazo transversal de sus declaraciones, ellas sí representan el sentir de un grupo significativo de políticos e intelectuales. Por otra parte, durante esas fechas Fernando Atria emitió la frase con que abrimos este documento, en el podcast del académico Alfredo Joignant.

83 Joignat y Joignat, «Fernando Atria».

la realidad y que nadie se ha autoproclamado soberano absoluto ni nada por el estilo. Quienes así argumentan normalmente sostienen que es cierto que los miembros de la Convención han sido muy desprolijos en el cumplimiento de sus funciones o que no conocían a cabalidad sus propios límites. Sin embargo, a pocas semanas del inicio del trabajo de la Convención, ha habido una serie de hechos que hacen pensar que este escenario —francamente revolucionario— es real y que, al menos parcialmente, ya está presente. Es de justicia reconocer que la Convención no se ha autoproclamado absolutamente soberana ni ha negado formalmente la existencia de otros poderes del Estado que limitarían sus atribuciones, pero sí hay indicios que muestran una actitud que por lo menos es peligrosa y que supone la mentalidad de una asamblea constituyente que ejercería el llamado "poder constituyente originario".

Un primer ejemplo tuvo lugar el día miércoles 8 de julio: la Convención Constitucional votó a mano alzada una serie de mociones propuestas por la Mesa Directiva. En la Tabla enviada por la Mesa, se señalaba en el Punto N°2 "Reinicio para debatir propuesta de ampliación de los cargos de la Mesa", y el N°3 indicaba "Propuesta para la creación de las Comisiones de Reglamento, de Ética y de Presupuesto y Administración Interior". Sin embargo, no informó sobre el contenido de las mismas ni los mecanismos de discusión y votación. Además, al momento de votar estos dos puntos, la formulación de las propuestas fue constantemente modificada por el Vicepresidente. Votado el punto N°2, la Mesa decidió anular la votación y repetirla, pero reformulando el mismo punto. De esta forma, se terminaron votando cuatro materias en total, dos de las cuales no estaban especificadas en la tabla (sumar cinco convencionales a la Mesa e incorporar dos escaños reservados a la Mesa). Por último, algunos de los puntos fueron aprobados por un quórum menor a los acordados dos tercios[84].

En estos hechos podemos constatar al menos seis acciones irregulares: formulación de propuestas sin precisar contenido; anulación de votación; repetición de votación reformulada; ampliación de convencionales en la Mesa; inclusión de escaños reservados y votación con menos de dos tercios. Sin mencionar que algunos de los puntos votados podrían haber esperado a la redacción del Reglamento para ser zanjados con alguna regularidad. Todas ellas atentan contra el correcto funcionamiento de la Convención, según lo regulado por el Capítulo XV de la Constitución. En este sentido, algunos convencionales han informado que recurrirán contra el actuar de la Mesa.

En segundo lugar, cabe mencionar la inmediatez con que los miembros de la Convención han buscado intervenir en la contingencia política nacional, expresando posturas sobre asuntos que competen a otros órganos del Estado (como es el caso de la controvertida declaración en favor de los llamados "presos de la revuelta"[85]).

Un tercer ejemplo, bastante grave, lo encontramos en discursos de miembros de la Lista del Pueblo. En una declaración pública a nombre de dicha lista, dieciséis de sus miembros (es decir, una mayoría considerable, aunque no sean todos) manifestaron explícitamente su pretensión de establecer un poder soberano absoluto, que fije sus propios límites de manera autónoma. En esa declaración enfatizan la confrontación entre el poder constituyente, como poder soberano que sería expresión de la voluntad popular, y el poder constituido, que mediante el acuerdo por la paz buscaría fijar los límites de aquel[86]. A partir de tales premisas (que no suscribimos), los firmantes deducen lógicamente su supuesta soberanía absoluta res-

84 La información respecto de los hechos ocurridos dentro de la Convención la hemos obtenido directamente gracias al equipo de las Áreas Legislativa y Constitucional de Comunidad y Justicia, al que agradecemos su trabajo.
85 «La Convención Constitucional a los órganos del poder constituido: Sobre la prisión política en Chile y la militarización del Wallmapu».
86 Lista del Pueblo, «Declaración pública: Nueva Constitución y Disputa de Poderes», 1.

pecto de todo poder constituido:

> *Piñera entra al debate entre poder constituyente y poder constituido, estampando su firma en el decreto exento Nº 1.684, del 20 de junio de 2021. A través de él, convoca a la primera sesión de instalación de la Convención Constitucional, estableciendo en su artículo tercero que los Convencionales Constituyentes electos deberán responder allí si* ***"aceptan asumir y ejercer el cargo de conformidad al Capítulo XV de la Constitución Política de la República", y señala a modo de condicionamiento que "con esta aceptación los convencionales constituyentes se entenderán debidamente investidos…"****. (…) Solo puede entenderse este acto como una acción política que busca zanjar un debate a través de un acto de* ***sujeción del proceso constituyente****, haciendo uso del cuestionado poder del presidencialismo neoliberal.* ***Acto que por supuesto rechazamos.***[87]

En efecto, al rechazar toda injerencia del poder constituido no sólo rechazan el actuar del Presidente de la República, en el marco de su propia competencia (lo que ya de por sí puede considerarse un acto subversivo), sino incluso respecto del Capítulo XV de la Constitución vigente, sin el cual el proceso constituyente se entendería como un fenómeno revolucionario y la Convención como un poder *de facto* absolutamente ilegítimo. Además, dicha declaración define el llamado "estallido social" del 18 de octubre como un "poder destituyente"[88] que "emerge del poder originario emanado directamente del mandato popular"[89].

Es de justicia reconocer que el tono de dicha declaración se muestra como la expresión de una opinión más dentro de un debate. Con todo, la gravedad de lo que se afirma, así como la evidente pretensión totalitaria de las conclusiones que se seguirían en caso de aceptar las premisas en que se funda, deberían ser suficientes para considerar que esta tesis debe ser enfrentada y combatida frontalmente y sin concesiones de ninguna especie. Por ende, sin temor a ser calificados de exagerados, es necesario que consideremos que estas conductas han traspasado los límites de la Convención y que como tales deben denunciarse.

A esto se suman afirmaciones oficiales dentro de la Convención misma que deberían llamarnos la atención. Por ejemplo, la Comisión de Reglamento aprobó una norma propuesta por la Subcomisión N°1 en la que se define la naturaleza y finalidad de la Convención Constitucional. Esto de por sí es problemático, pues la esfera de competencia de la misma ya estaba fijada constitucionalmente (no puede darse el poder a sí misma). Con todo, la definición misma expresa justamente los conceptos problemáticos que hemos buscado denunciar en este documento:

> *Artículo 1°.- Naturaleza y finalidad de la Convención Constitucional. La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente. La Convención reconoce que la soberanía reside en los pueblos y que está mandatada a redactar una propuesta de Constitución, que será sometida a un plebiscito.*[90]

A mayor abundamiento, ha habido una presión constante por modificar el quórum de dos tercios[91]. Además, se ha buscado que existan "reglamentos autónomos" que serían aprobados por

87 Lista del Pueblo, 1 El destacado es nuestro (además, hemos sacado el destacado de algunas frases de la declaración original).
88 Lista del Pueblo, 1.
89 Lista del Pueblo, 2.
90 Propuesta Consolidada de Informes de Subcomisiones de Reglamento de la Convención Constitucional, art. 1. El destacado es nuestro.
91 La primera vez que apareció esta idea fue en una indicación en la Subcomisión N°2 de Reglamento. Sin embargo, fue rechazada. Lo mismo ocurrió posteriormente en el Pleno de la Comisión de Reglamento. Esta información fue obtenida directamente por el equipo de monitoreo de la Convención Constituyente de Comunidad y Justicia.

quórum de mayoría absoluta, o de interpretar en un sentido laxo la exigencia de la aprobación del reglamento de votación por dos tercios (sólo las normas de votación, y no todo el procedimiento). Por otro lado, se ha buscado establecer mecanismos de "participación popular incidente", de plebiscitos intermedios que no estaban previstos, de consulta indígena, entre otros... Todo esto sin mencionar la evidente retórica refundacional de negar el carácter de República de Chile (contraviniendo expresamente lo dispuesto en el capítulo XV de la Constitución), de la propuesta de refundar Carabineros de Chile o de rechazar una indicación para incorporar como tema específico a abordar por parte de la Comisión de Derechos Humanos el derecho preferente y deber de los padres de educar a sus hijos (sin perjuicio de que eventualmente se pueda incorporar por otra vía o en otra ocasión, pero es una señal preocupante)[92].

La pregunta que sigue es qué se puede hacer frente a esto. Existen, por cierto, maniobras políticas —cuya relevancia no es menor— que pueden inhibir las pretensiones de los más radicales, pero frente a la insistencia en este tipo de conductas (insistencia que ya hemos visto), se hace necesario usar los mecanismos de reacción institucionalmente establecidos.

2. Mecanismos de reacción frente a la infracción de límites constitucionales

a. Acción de reclamación ante la Corte Suprema

El primero y más conocido de los mecanismos de reacción frente al traspaso de los límites de la Convención es el de la acción de reclamación, prevista en el artículo 136 de la Constitución:

> *De la reclamación. Se podrá reclamar de una **infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención**. En ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración.*
> *Conocerán de esta reclamación cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada.*
> *La reclamación deberá ser suscrita por al menos un cuarto de los miembros en ejercicio de la Convención y se interpondrá ante la Corte Suprema, dentro del plazo de cinco días desde que se tomó conocimiento del vicio alegado.*
> ***La reclamación deberá indicar el vicio que se reclama, el que deberá ser esencial, y el perjuicio que causa**.*
> *El procedimiento para el conocimiento y resolución de las reclamaciones será establecido en un Auto Acordado que adoptará la Corte Suprema, el que no podrá ser objeto del control establecido en artículo 93 número 2 de la Constitución.*
> ***La sentencia que acoja la reclamación solo podrá anular el acto**. En todo caso, deberá resolverse dentro de los diez días siguientes desde que se entró al conocimiento del asunto. Contra las resoluciones de que trata este artículo no se admitirá acción ni recurso alguno.*
> *Ninguna autoridad, ni tribunal, podrán conocer acciones, reclamos o recursos **vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención**, fuera de lo establecido en este artículo.*
> *No podrá interponerse la reclamación a la que se refiere este artículo respecto del inciso final del artículo 135 de la Constitución.*[93]

Se trata de una acción, que se interpone ante la Corte Suprema, que tiene por objeto anular un acto realizado con infracción a las reglas de procedimiento que rige la operación de la Convención, sea que se trate de normas contenidas en la

92 Toda esta información fue obtenida a partir de seguimiento directo, por parte del equipo de monitoreo de la Convención Constituyente de Comunidad y Justicia, de las sesiones de las diversas comisiones de la Convención, que son públicas.
93 Art. 136, Constitución Política de la República

Constitución vigente o de normas conformes con ella que la Convención se autoimponga. En el marco del debate del Congreso al tramitar este artículo se optó expresamente por limitar esta acción a lo estrictamente procedimental, para evitar que se judicialice el debate sobre el fondo, que es de carácter político. Con todo, eso en ningún sentido quiere decir que la Convención puede hacer lo que se le antoje, pues su competencia viene delimitada precisamente por el capítulo XV de la Constitución, así como por los demás límites que hemos señalado a lo largo de este documento.

Durante la tramitación de la Ley N° 21.200, para modificar la Carta Fundamental según lo establecido en el acuerdo del 15 de noviembre, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados solicitó a la Corte Suprema su opinión respecto al contenido del artículo 136, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución (pues, al establecer una acción judicial, este artículo modifica las atribuciones de los tribunales). La Corte Suprema respondió al oficio de la comisión con fecha 20 de diciembre de 2019. El N°4 de la respuesta señala que el procedimiento que deberá seguir la Convención para el desarrollo de sus funciones

> *se encontrará reglado tanto por el epígrafe "Del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República", como por los acuerdos de carácter general de la propia Convención, uno de los cuales habrá de ser el reglamento de votaciones del artículo 133 propuesto". Por ello, considera que la reforma establece* ***"un mecanismo de control exógeno a la Convención respecto de las reglas del procedimiento —sean constitucionales o auto reguladas—****, radicado en la Corte Suprema por vía del conocimiento y resolución de las reclamaciones que los Convencionales Constituyentes puedan promover.*[94]

Sobre la norma consultada, la Corte Suprema indicó que es claro que el sentido de la norma sería excluir materias relativas al "contenido de los textos en elaboración" y a los límites sustantivos que la misma reforma constitucional fijó ("el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas"). En ese sentido, la Corte señaló que "ambas decisiones normativas no son ambiguas: pretenden que lo único impugnable sean las reglas de procedimiento que hacen probable la deliberación"[95].

Si bien no se puede impugnar el *contenido* de la propuesta constitucional que formule la Convención, ni siquiera respecto de sus límites sustantivos, ciertamente sí es admisible usar esta acción contra actos en que la Convención traspase *la esfera de su propia competencia*, saliendo de sus propias atribuciones para inmiscuirse en otras funciones del poder del Estado o en el ámbito de la vida de las personas, como ocurriría si se vulnerara el artículo 135 inciso primero de la Constitución. De la misma manera, se violaría el procedimiento si se incumpliera con el artículo 133 inciso cuarto, sobre el modo de aprobar el reglamento. Lo único que se quiso excluir son los límites sustantivos de la discusión misma, algunos de los cuales se señalan en el inciso final del artículo 135, lo que a *contrario sensu* hace aplicables las demás normas que rigen el obrar de la Convención como causales para ejercer esta acción. Los actos dictados en contravención de esas otras normas serían anulables mediante esta acción de reclamación, debiendo retrotraerse las cosas a su estado anterior, en caso de acogerse la acción.

Todo esto cobra una enorme relevancia para verificar la tesis principal de este trabajo, cual es el carácter no autónomo ni soberano de la Convención, al tener un mecanismo de control exógeno claramente definido, aunque aplicable sea únicamente para efectos procedimentales.

94 «Historia de la ley 21.200», 502. El destacado es nuestro.
95 «Historia de la ley 21.200», 502.

b. Requerimiento de cesación en el cargo ante el Tribunal Constitucional

Un segundo mecanismo que existe, en caso de que la Convención sobrepase sus propios límites, es el de la acción de cesación en el cargo, la cual, al ser aplicable a los parlamentarios, es también aplicable a los miembros de la Convención, que comparten un mismo estatuto[96].

El art. 134 establece el estatuto de los miembros de la Convención: les será aplicable, además de las normas de la Ley N° 20.880[97] y la Ley N° 20.730[98], "lo establecido en los artículos 51, con excepción de los incisos primero y segundo; 58, 59, 60 y 61"[99]. Los cinco artículos indicados se encuentran en el Capítulo V de la Constitución, sobre el Congreso Nacional. El primero de ellos se encuentra dentro del párrafo relativo a la composición y generación de cada una de las cámaras y los otros cuatro dentro de las normas comunes para los diputados y senadores (que pasan, por ende, a ser comunes también a los miembros de la Convención). La Constitución sí regula, por ende, el Estatuto de los convencionales (lo que en definitiva significa que ellos no se lo dan a sí mismos), haciendo aplicables a ellos las normas constitucionales y legales que regulan el actuar de los parlamentarios.

El artículo 60 es el que nos interesa, en cuanto mecanismo de reacción frente a la violación que los miembros de la Convención hagan respecto de los límites de su competencia. Dicho artículo establece causales de cesación en el cargo para diputados y senadores, e indica en su inciso 5°:

> *Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15 del artículo 19, cesará en sus funciones el diputado o senador* ***que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución****.*[100]

El órgano facultado para conocer si un parlamentario o un miembro de la Convención ha incurrido en esta causal, estableciendo el cese en el cargo si acogiese el requerimiento, es el Tribunal Constitucional. En efecto, el N°14 del artículo 93 de la Carta Fundamental dispone en su inciso primero que es una de las atribuciones del Tribunal Constitucional "pronunciarse sobre las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo de los parlamentarios"[101], de modo que también le corresponde pronunciarse sobre la cesación en el cargo de los miembros de la Convención. Este requerimiento puede ser formulado por el Presidente o por diez parlamentarios en ejercicio, según lo dispuesto en el artículo 93, inciso decimonoveno[102]. Cabe destacar, además, que el Tribunal en estos casos "podrá apreciar en conciencia los hechos" de las causales[103].

Dicho brevemente, el artículo 134 establece el estatuto de los miembros de la Convención, y su inciso primero los sujeta a lo dispuesto por el

96 Hemos tomado la idea para formular este argumento a partir de un artículo del profesor Cristóbal Orrego, publicado en su blog, titulado "Destitución de convencionales", cuyo texto se encuentra disponible en http://bajolalupa.blogspot.com/2021/07/destitucion-de-convencionales.html (consultado el 13 de julio de 2021).

97 Sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de interés, aplicables a los diputados.

98 Esta ley regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

99 Art. 134, Constitución Política de la República.

100 Art. 60, Constitución Política de la República.

101 Art. 93, N°14, Constitución Política de la República.

102 Alguien podría sostener que, por aplicación analógica de la norma, el requerimiento podría ser formulado por diez Convencionales Constituyentes. Con todo, nos parece que la literalidad de la norma no nos permite distinguir en este caso, pues expresamente se señala que el Presidente de la República o diez parlamentarios en ejercicio son quienes tendrían la legitimación activa para interponer este requerimiento, y esa norma se aplica directamente una vez que se reconoce la aplicabilidad del estatuto parlamentario a los convencionales.

103 Art. 93, inciso 20, Constitución Política de la República.

artículo 60, que regula las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, cuyo inciso quinto contempla las causales de alteración del orden público. Verificada esta causal, se puede interponer el requerimiento ante el Tribunal Constitucional, quien está facultado para pronunciarse sobre las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios (y, en consecuencia, también respecto de los miembros de la Convención).

Esta acción sí es aplicable, pues no se trata del control sobre el *texto* constitucional (sobre su contenido) que se someterá a plebiscito, sino sobre el control de la actuación de los miembros de la Convención, y esto último se rige a partir de la remisión de las normas de la reforma constitucional que les permitió entrar en funciones. Es cierto que no se menciona al Tribunal Constitucional expresamente en el Capítulo XV —ningún artículo de la Ley N° 20.200 lo hace— y si bien la Corte Suprema resuelve un problema sumamente específico y restringido, y aun considerando que el Auto Acordado que regula el procedimiento no puede ser objeto de control alguno por parte del Tribunal Constitucional, es imperativo que exista un tribunal que sea el que resuelva las inhabilidades, incompatibilidades y causales de cesación en el cargo, y ese no puede sino ser el Tribunal Constitucional. Que sea la misma Convención la que determine este delicado punto no se ajusta al ordenamiento jurídico, por cuanto podría caerse en la tentación de que los miembros de la Convención fuesen juzgados por comisiones especiales establecidas por ellos mismos. Por eso, creemos que la interpretación que le reconoce competencia al Tribunal Constitucional es una que vela por el ordenamiento jurídico, se encuentra expresamente reconocida en la reforma constitucional por la aplicación de las normas relativas a las causales de cesación en el cargo de los parlamentarios, no se configura un vacío legal que sólo podría suplirse con una figura interpretativa contraria al Derecho Público (ya que existe remisión expresa). Por lo demás, no constituye un límite que afecte la independencia de la Convención, sino que le garantiza a la ciudadanía el respeto a los artículos 6 y 7 de la Constitución.

c. Otras vías posibles

Además de la reclamación a la Corte Suprema y el requerimiento de cesación en el cargo, existen otras posibles opciones judiciales. Si bien ellas deben ser estudiadas en su mérito, caso a caso, pueden constituir cursos de acción razonables ante extralimitaciones a las atribuciones del convencional constituyente. Se trata de las vías ordinarias para recurrir frente a irregularidades de órganos del Estado. Ahora bien, hay que tener presente que la viabilidad práctica de estas vías siempre estará empañada por el ambiente político y que, por otro lado, la interpretación al respecto le corresponderá a la Corte Suprema, cuyo criterio en la materia no podemos predecir.

Una primera vía —sobremanera conocida, pero que es importante tener a la vista respecto de la Convención— es la acción de nulidad de derecho público[104]. En efecto, dado que la Convención es un órgano del Estado, debe "someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella"[105] y puede actuar válidamente "previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley"[106].

Se han pensado otras vías como la de elevar una solicitud a la Contraloría General de la República o solicitar.

Un pronunciamiento al Consejo para la Transparencia[107]. Sin embargo, ambas instituciones se han abstenido de pronunciarse, al declarar que la Convención no es un órgano de la Adminis-

104 Cfr. arts. 6, 7, 135 incisos 1°, 3° y 4°, 142, Constitución Política de la República; Soto Kloss, Derecho Administrativo: temas fundamentales, 504 y ss.
105 Art. 6, Constitución Política de la República.
106 Art. 7, Constitución Política de la República.
107 Cfr. art. 134, inciso 3°.

tración del Estado.

A estas acciones se suman otras que, aunque podrían parecer secundarias, son igualmente importantes: las que cabría aplicar contra cada convencional constituyente, como consecuencia de la responsabilidad personal que corresponda. Como cualquier persona, pueden los convencionales ser demandados civil y penalmente, y les son aplicables también acciones especiales como la acción de discriminación. Esto refuerza nuestra tesis de que los miembros de la Convención no son unos iluminados dotados de un poder ilimitado o soberano, sino ciudadanos chilenos que se encuentran sometidos a las mismas limitaciones que los demás y cuyo ejercicio del poder les ha sido conferido únicamente para una función determinada (y no como sujetos de un poder omnímodo). Esto no entra en pugna, por lo demás, con el carácter especial de la acción de reclamación, aplicable a los casos de vulneración de normas procedimentales por parte de la Convención, ni con la posibilidad de destituir a un convencional por serle aplicable el estatuto parlamentario. Habiendo un delito cometido por un miembro de la Convención, o un acto de discriminación arbitraria, por ejemplo, es perfectamente posible hacer efectiva su responsabilidad personal.

IV. Conclusión

Al comienzo de este texto nos preguntamos si en un proceso constituyente como el nuestro es razonable que existan límites a la discusión, vale decir, principios, normas o instituciones que –parafraseando a Arturo Fermandois– pongan los marcos y contornos a las decisiones del convencional constituyente[108]. Llegando a este punto de la reflexión, parece razonable decir que son inevitables. Más aún, bien planteados pueden dar las directrices que lleven a la elaboración de un buen texto constitucional.

Buenos límites derivan, lógicamente, de buenos supuestos respecto del hombre y la sociedad. Y el primero de ellos –como analizamos extensamente al comienzo de este texto– es aceptar que el ser humano tiene una naturaleza racional que lo dispone y orienta a ciertos bienes necesarios para su plenitud, y que sólo pueden ser plenamente comprendidos a la luz del sumo bien que explica el sentido de dicha naturaleza: Dios. A la luz de esta verdad, no queda más que rechazar el constitucionalismo como ideología, que concibe la voluntad popular como la fuerza ilimitada y soberana que fundaría el pacto para fundar o construir nuestra sociedad[109]. El hombre y la sociedad nunca se construyen desde cero. No somos pura voluntad indeterminada, de modo que los consensos políticos a los que lleguen estas voluntades tampoco lo son. Estos consensos se ordenan a ciertos fines, que pueden ser o no adecuados o conformes con la naturaleza humana, con el bien común, con la tradición chilena y con nuestro carácter nacional.

De esta forma, intentamos mostrar cómo una adecuada concepción de la comunidad política, de la persona y del derecho público —una concepción realista o naturalista— debe asumir la existencia de ciertos límites que, por ser anteriores a cualquier acuerdo, hemos llamado prepositivos.

Existen algunos que se refieren a cosas imposibles de hecho de alcanzar, por su imposibilidad técnica. Otros, se refieren a que existe una objetividad ética, fundada en la ley natural, es decir, en nuestro mismo modo de ser en cuanto orientado a ciertos bienes en sus operaciones (y por ende, que una sociedad debe adecuar sus leyes al bien, según la verdad del hombre y de la sociedad). Esta naturaleza es social o política, de modo que la persona

108 Seminario Derecho UC: Tratados internacionales y límites a la Convención Constitucional.

109 Para académicos como Fernando Atria, Christian Viera o Jaime Bassa, es la voluntad de la ciudadanía lo que determina este proceso y, por ello, no admite más límites que esta misma voluntad: «debemos tener presente que el acuerdo político de noviembre de 2019 solo fue posible por el empuje otorgado por la ciudadanía». Amaya Álvez et al., «Reglamento de La Convención II», El Mercurio, 23 de abril de 2021, https://www.elmercurio.com/blogs/2021/04/23/87640/convencion-constitucional.aspx.

humana vive en comunidad, no sólo como algo de hecho, sino también como algo necesario para su propia plenitud. Pero las sociedades menores de las que cada persona forma parte —su propia familia, su comunidad local o municipal, el cuerpo en que trabaja— se integran a su vez en una sociedad de sociedades, unidos por la conciencia de la unidad de destino, que se desarrolla en la historia dando un vínculo de continuidad entre los que nos precedieron en esta patria y los que vendrán. En palabras simples, existe una *tradición* que es propia de Chile, que comprende elementos políticos, sociales y culturales, pero también algunos de índole jurídica. Una discusión constitucional siempre se dará injertada de una tradición determinada. Si tal tradición existe, lo razonable es que un texto constitucional la tome como principio y saque lo mejor de ese acervo, dando continuidad a lo que ya existe, pues la mejor forma de avanzar hacia el futuro con cambios positivos implica ser fieles a la propia identidad, "por la fidelidad a la esperanza"[110], como decía Jaime Eyzaguirre.

Teniendo claro que *existen* límites naturales, parece de sentido común intentar darles forma a través de formulaciones positivas, que es lo que encontramos en las regulaciones de la Constitución a la fecha vigente para procesos constitucionales y en los acuerdos del 15 de noviembre de 2019 (y, por cierto, también a los tratados internacionales, que seguirán vigentes después del proceso constituyente). Más aún, a la luz de todo lo expuesto, los límites ahí planteados parecen ser razonables y ponderados. Pensando en los acuerdos del 15 de noviembre, mantener nuestro carácter de "república democrática", respetar las sentencias firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales está en consonancia con respetar nuestra tradición política y con conservar ciertos mecanismos establecidos para proteger la dignidad inherente de la persona humana[111].

Como hemos visto aquí, los tratados internacionales son un tema en sí mismo. Luego de suficientes explicaciones, concluimos que el constituyente debe entender el concepto de tratados internacionales según su genuino sentido, manifestado en sus propias palabras y a la luz de la tradición de la ley natural que ellos mismos reconocen. Esto quiere decir que las recomendaciones emitidas por organismos internacionales de derechos humanos, que no generan obligaciones para el Estado, no son lo más relevante para interpretar el contenido de los derechos humanos, que es sustantivo y previo a toda norma jurídica positiva (es más, incluso podría llegar a existir una contradicción entre ambas, en cuyo caso habría que respetar el contenido sustantivo de los derechos fundamentales). Parece apropiado dar a los tratados internacionales rango al menos supralegal, y en todo caso, se trata de una materia que no está en manos del poder del Estado, sino que limita el poder del Estado.

Para muchas personas escuchar hablar de "límites" a propósito de este debate suena a arbitrariedad y despotismo, pero si existe un cierto orden natural en realidad es exactamente al revés: los límites evitan caer en arbitrariedades y despotismos. Más aún: lo que llamamos "límites" bien puede considerarse como fundamento de un orden social justo, como objetivo necesario para ordenar las normas jurídicas en función del bien de la persona humana. No son sólo condicionantes, sino que también tienen una función teleológica

110 Jaime Eyzaguirre, Hispanoamérica del dolor (Santiago: Editorial Universitaria, 1969), 15-24. Tal es el título de uno de los ensayos contenidos en ese libro.

111 Existen otras instituciones que, si bien no están explícitamente mencionadas en la Constitución ni en el acuerdo que dio origen al proceso constituyente, sí forman parte de nuestra tradición constitucional.

Por otro lado, respecto del límite de los tratados, incluye no sólo tratados internacionales de derechos humanos, sino cualquier texto que genere obligaciones al Estado de Chile, incluyendo tratados de libre comercio. El Estado de Chile que los ha firmado —adquiriendo ciertas obligaciones— es el mismo que seguirá existiendo luego de la Convención, por lo que reconocer el carácter vinculante e indisponible para la Convención de todo tratado internacional forma parte del ámbito de la continuidad de nuestra República en la historia, es decir, un elemento de la tradición.

dirigida al bien común.

Ojalá los miembros de la Convención tengan en cuenta estos límites. Despreciar la naturaleza de las cosas y lo que es posible pedirle a un texto constitucional, o pretender que el hombre es soberano de sí mismo y creador del orden social puede acabar en desastre, como quien edifica una torre muy alta sin los debidos fundamentos y que inevitablemente caerá: mientras más alta sea la edificación —mientras más se transgredan esos límites— más fuerte será la caída.

www.comunidadyjusticia.cl

contacto@comunidadyjusticia.cl | +56 222076389