

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional



**La influencia del derecho internacional en el proceso constituyente
chileno (2019-2022)**

Memoria de prueba para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Por Antonia Urrutia C.

Profesora Guía: María Teresa Infante Caffi

Santiago, Chile

2022

*A las y los estudiantes del 2006, 2011 y 2019,
sin los cuales esta tesis no tendría razón de ser*

Agradecimientos

A quienes fueron parte de mi formación, como educadores, familiares, amistades y compañeros/as de ruta.

Sobre todo, a la profesora María Teresa Infante por su generosidad y visión como profesora guía de tesis.

Índice

<i>Resumen</i>	6
<i>Introducción</i>	7
1. Contexto	7
2. Problema de investigación y motivación	8
a) Problema de investigación	8
b) Motivación.....	10
3. Metodología	11
4. Estructura	12
<i>Capítulo I: Los orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno y el artículo 135 inciso final de la ley 21.200</i>	13
1. Orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno...	14
a. El origen extra-institucional del proceso constituyente: Historia social y política tras el proceso constituyente chileno de 2019-2022	14
i. Constitución de 1980	14
ii. Movimientos y proyectos de nueva constitución	18
iii. Las movilizaciones desde el 18 de octubre de 2019	19
b. La génesis institucional del proceso constituyente: Historia legislativa tras el proceso constituyente chileno de 2019-2022	22
i. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución	23
ii. Comisión o Mesa Técnica Constituyente	24
iii. Ley n° 21.200	27
2. El artículo 135 inciso final de la Constitución tras la ley 21.200. Historia, significado y relevancia de una disposición de orden interno que mandata al respeto a los tratados internacionales en el proceso constituyente.....	29
a. Historia legislativa del Artículo 135 inciso final de la Constitución introducida con la ley 21.200.....	30
i. Trabajo mesa técnica.....	30
ii. Tramitación legislativa.....	35
b. Estudio y análisis del artículo 135 inciso final.....	37
<i>Capítulo II: Normas internacionales relevantes para entender el estatus del derecho internacional frente al proceso constituyente</i>	46
1. Derecho internacional y derecho interno: elementos teóricos preliminares ..	46
a. Dualismo	47
b. Monismo	49
c. Corrientes contemporáneas: pluralismo jurídico	50
d. Teorías en la práctica.....	52
e. Aplicación de estas teorías a la cuestión constituyente	53
2. Fuentes de derecho internacional en su relación con reglas internas	54
a. Tratados.....	55

i. Artículo 26: Principio general de pacta sunt servanda	55
ii. Artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados	56
iii. Artículo 46: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.....	60
iv. Artículo 62: Cambio fundamental en las circunstancias	61
b. Costumbre.....	63
c. Principios generales del derecho	64
d. <i>Soft law</i> y cooperación constitucional internacional.....	65
Capítulo III: Cuestiones sustantivas respecto a la relación entre el DIP y un proceso constituyente	71
1. Poder constituyente originario	71
a. Bases teóricas del poder constituyente originario: la concepción clásica	71
b. Poder constituyente originario limitado	73
c. Democracia, soberanía y poder constituyente limitado	75
2. Obligaciones de DIP sustantivo.....	77
a. ¿Qué normas son aplicables? El análisis desde la fragmentación del DIP	79
3. Áreas de DIP relevantes para el cambio constitucional	81
a. DDHH y nueva Constitución.....	81
b. Derecho económico internacional y nueva constitución	83
c. Otras áreas del derecho	87
Conclusión	89
i. Conclusiones capítulo I: Los orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno y el artículo 135 inciso final de la ley 21.200.....	89
ii. Conclusiones capítulo II: Normas internacionales relevantes para entender el estatus del derecho internacional frente al proceso constituyente	90
iii. Conclusiones capítulo III: Cuestiones sustantivas respecto a la relación entre el derecho internacional y un proceso constituyente.....	90
Conclusión general y preguntas para investigaciones futuras	91
Bibliografía	93
Publicaciones académicas, tesis, libros y capítulos de libros.....	93
Artículos de enciclopedia.....	99
Noticias y columnas.....	100
Exposiciones en foros y congresos	101
Leyes, decretos, tratados, resoluciones, informes oficiales, acuerdos políticos y demás documentos oficiales	102
Jurisprudencia nacional e internacional	104
Entrevistas.....	105
Otros.....	106
Anexo I: Entrevista a Sebastián Aylwin, comisionado representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente	107
Anexo II: Entrevista a Sebastián Soto, comisionado independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica Constituyente	117

Resumen

La presente memoria busca responder a la pregunta de cómo se debe relacionar el derecho internacional con un proceso constituyente en un régimen democrático, estudiado desde la perspectiva del proceso chileno de los años 2019-2022. La motivación detrás de este estudio es conciliar la teoría sobre el poder constituyente originario, con las obligaciones del Estado chileno emanadas de normas internacionales. Para esto, fundamentalmente se estudiará la historia, significado y alcance del artículo 135 inciso final de la Constitución de 1980, introducida por la ley 21.200, que refiere al respeto de la nueva constitución a tratados internacionales; la regulación internacional sobre la relación entre derecho internacional público y ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente la contenida en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; y finalmente, las cuestiones sustantivas de más trascendencia detrás de este problema, tales como la concepción de poder constituyente, la estructura y contenido de las normas internacionales sustantivas y de qué manera éstas podrían y deberían afectar la redacción de una constitución. Se concluye que esto no se resuelve con la interpretación del artículo 135 inciso final, ni del artículo 27 de la CVDT, porque muchos aspectos de la discusión requieran tomas de posición. En esto, influye la concepción que se tiene sobre la relación del DIP con el derecho interno y el poder constituyente originario. De todos modos, el Estado chileno continúa obligado por el derecho internacional durante un proceso constituyente; son las repercusiones de la afirmación anterior que pueden tener diferentes alcances. Por lo mismo, no es posible señalar *a priori* que el derecho internacional “limita” al poder constituyente originario.

Introducción

1. Contexto

La semana del 18 de octubre de 2019, estudiantes secundarios de Santiago de Chile convocaron a protestar contra el aumento de la tarifa del transporte público del Metro mediante la evasión del pago del pasaje. A partir de este evento, se desató un período de álgidas movilizaciones a lo largo de todo el país, y un ciclo de conflictos políticos de envergadura histórica. Los eventos tuvieron diversas y profundas causas y significaciones, una de las más notorias siendo la insatisfacción e impugnación del pueblo chileno al modelo económico, social y político del país. Por ello, entre una de las consecuencias más notables del “18 de octubre”, fue la apertura de un proceso constituyente que pretendía dar un cauce institucional al conflicto, permitiendo superar por esta vía el modelo impugnado.

El inicio de la fase institucional del proceso constituyente puede ubicarse en la dictación de una reforma constitucional introducida con la ley 21.200. Ésta dio forma y fuerza de ley al Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución (“el Acuerdo” o “el Acuerdo por la Paz”), un pacto que firmaron la mayoría de los partidos con representación parlamentaria y que fue transformado en un proyecto de ley por la Mesa Técnica Constituyente. Luego, dicha ley fue complementada con varias otras que modificaban las reglas de integración de la Convención Constitucional, con el objetivo de que su composición fuera más representativa.

Si bien la mayoría de las normas que introdujo la ley 21.200, consagradas en el Título XV de la Constitución de 1980 bajo el nombre de “Procedimiento para una Nueva Constitución de la República” fueron, efectivamente, procedimentales, una de sus normas tiene un notorio carácter sustantivo. El artículo 135 estableció 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.”

2. Problema de investigación y motivación

a) Problema de investigación

Dado que los eventos a partir del 18 de octubre abrieron un proceso constituyente, se puede decir que a partir ahí se manifestó el poder constituyente originario. En la teoría constitucional más clásica,¹ se señala que éste es un poder o sujeto de una naturaleza única, dado que es pre-jurídico y por lo tanto actúa libre de toda forma y control. A la vez, es fuente normativa de una constitución, por lo cual no es un poder puramente fáctico, sino que también tiene una dimensión normativa.² Este poder emana directamente del pueblo, quien sería plenamente soberano de darse las formas y estructuras que desee. En el caso chileno, a esta libertad para darse las normas constitucionales que se quiera se le ha denominado coloquialmente la “hoja en blanco”.³

La institucionalización del proceso constituyente con la ley 21.200 abrió la interrogante de si ésta se condice con la caracterización clásica del poder constituyente originario. Por una parte, sujeta la redacción y aprobación del nuevo texto a ciertas normas procedimentales plasmadas en la Constitución de 1980 por el Congreso, es decir, el poder constituido.⁴ Por otra parte, el artículo 135 inciso final consagra ciertas indicaciones sobre el contenido sustantivo que debe tener el nuevo texto, estableciendo que debe respetar diversas instituciones o bienes jurídicos; entre ellos, a los “tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Esta norma del ordenamiento nacional debe leerse en conjunto con un principio del Derecho Internacional Público (“DIP”) plasmado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (“CVDT”), una norma de naturaleza internacional ratificada por el Estado de Chile y por lo tanto obligatoria para éste.⁵ Aquella disposición trata sobre “El derecho interno y la observancia de los tratados” y señala

¹ Emmanuel Joseph Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?* (Titivillus, 1789), cap. V: Lo que hubiera debido hacerse. Principios a este respecto.

² Ernst-Wolfgang Böckenforde, “Chapter VII: The Constituent Power of the People. A Liminal Concept of Constitutional Law.”, en *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, ed. Mirjam Künkler y Tine Stein (Oxford: Oxford University Press, 2017), 170.

³ Rocío Lorca et al., eds., *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva constitución* (Santiago, Chile: La Pollera, 2020).

⁴ La relación de las normas procedimentales previas con el poder constituyente originario es una interrogante distinta que no será tratada en este trabajo. Véase: Joel Colón-Ríos, “Constitution Making Through Law”, en *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, ed. Gabriel Negretto, *Comparative Constitutional Law and Policy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 33-52.

⁵ “Decreto Ley 381: Promulga la convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969” (1981).

que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” El significado y alcance de esta norma ha sido objeto de nutridas discusiones, que son plenamente aplicable a la situación constituyente, ya que la norma no hace distinciones entre distintas jerarquías de derecho interno. Dado lo anterior, también surge la cuestión de qué implica el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para la formulación del nuevo texto constitucional.

Por lo tanto, esta situación no está regulada únicamente por el artículo 135 inciso final, sino que también por el DIP. Es más, es un problema que trasciende a los tratados y el momento constituyente, al ser una manifestación particular de la cuestión general sobre cómo interactúan el ordenamiento nacional con el internacional. Por lo tanto, esta situación no se puede analizar tan solo desde el artículo 135 inciso final, sino que también resulta indispensable estudiarlo desde la óptica del derecho internacional.

Además, el problema sobre la interacción entre el ordenamiento jurídico internacional con el poder constituyente originario tiene de trasfondo a distintos bienes jurídicos en tensión. Por una parte, el Estado de Chile continúa inserto en la comunidad internacional a pesar de estar viviendo un momento constituyente, y, por ende, sigue sujeto a sus normas y las que ha pactado con otros Estados. Por otra, “hablar de poder constituyente es hablar de democracia.”⁶ Efectivamente, es una teoría arraigada en el principio de soberanía popular, de las cuales se extrae la idea de que el pueblo es el único sujeto que tiene la legitimidad política para dotarse a sí mismo de una norma fundamental.⁷ Esto quiere decir que una limitación a este poder, como podría serlo las normas del DIP, son a su vez una limitación a dicha soberanía popular. Por lo tanto, este problema no es una mera antinomia, sino que es un problema más profundo sobre el rol del derecho internacional en las democracias modernas; no solo tiene que ver con las normas que regulan el asunto, sino también con los valores en juego. Este es el trasfondo de la reflexión sobre el rol del DIP en un proceso constituyente.

Todo lo anterior nos lleva a la pregunta que guiará esta memoria de licenciatura: cómo se debe relacionar el derecho internacional con un proceso constituyente, estudiado sobre todo desde la perspectiva del caso chileno. Entonces, los objetivos

⁶ Antonio Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, 1a ed. (Madrid: Traficantes de Sueños, 2015), 27.

⁷ Jaime Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, *Nomos, Universidad de Viña del Mar*, n° 1 (2008): 42.

serán estudiar qué alcance tienen en esta situación las normas aplicables sobre la relación entre el DIP y el ordenamiento interno, sobre todo el artículo 135 inciso final y el artículo 27 de la CVDT, para luego reflexionar sobre las repercusiones de esta relación.

b) Motivación

La motivación de este trabajo de investigación es doble: Por una parte, busca ser parte de la discusión pública, en este caso, desde el foro académico, que se da en un momento constituyente, aportando con una visión en particular sobre el rol que puede y deben jugar las normas internacionales en éste. Tener nociones cabales sobre el significado y alcance de las normas pertinentes y reflexionar sobre el rol adecuado del DIP en un proceso constituyente, si bien aportan a un estadio jurídico transitorio destinado a concluir en la aprobación de un nuevo texto fundamental, también son elementos determinantes para la creación de sus normas y la legitimidad que puedan tener a largo plazo. Esto dado que la legitimidad del proceso y todos sus componentes luego repercuten en la aprobación y respeto de la Carta Fundamental⁸.

Además, si bien este trabajo de investigación estará enfocado principalmente desde el proceso constituyente chileno, sus conclusiones no se acotan tan solo a éste. Todo Estado, al estar inserto en la comunidad internacional, está en mayor o menor medida sujeto a las normas del derecho internacional. Y cualquiera de ellos, puede en algún momento necesitar una revisión profunda de sus estructuras constitucionales por múltiples razones, desde la necesidad de superar una crisis política a la de simplemente modernizar sus instituciones básicas.⁹ En el caso de que dicho Estado tuviera un régimen democrático al momento de comenzar este reemplazo constitucional, lo estudiado en este trabajo también le sería pertinente.¹⁰ Esto dado que esta manifestación particular de la relación del derecho internacional con el interno (en el ámbito de los reemplazos de constituciones) es de importancia más allá del caso en estudio.

⁸ Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1965), 217.

⁹ Gabriel Negretto, "New Constitutions in Democratic Regimes", en *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, ed. Gabriel Negretto, 1ª ed., Comparative Constitutional Law and Policy (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), 1-2.

¹⁰ Esto, en oposición a los reemplazos constitucionales que ocurren en tiempos de excepción, o el estudio de reformas constitucionales.

3. Metodología

Primero, a nivel conceptual, este trabajo pretende trabajar con el área del derecho constitucional que estudia los procesos constituyentes en regímenes democráticos, y con la del derecho internacional que estudia la recepción del DIP en el derecho interno. El objetivo es hacer dialogar a ambas áreas del derecho, que en este punto regulan un punto común desde distintas perspectivas.

Además, tendrá su marco de referencia en el ordenamiento jurídico e historia del Estado de Chile, para efectos de estudiar el proceso constituyente de los años 2019-2022. Es más, su ámbito de estudio y análisis se enmarca en todo lo ocurrido previo a la elección de convencionales constituyentes en las fechas 15-16 de mayo de 2021, sin llegar a estudiar ningún dato posterior a esto. Con todo, obviamente el estudio del proceso chileno permitirá extraer conclusiones generales sobre la relación del derecho internacional con los procesos constituyentes en general.

Para llevar a cabo este trabajo, se emplearán diversos métodos: Por una parte, se hará una revisión bibliográfica sobre conceptos, debates y eventos pertinentes. Por otra, se hará un estudio y sistematización de la ley 21.200 en lo referido al artículo 135 inciso final y la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En el caso de la ley 21.200, se hará un estudio profundo de su historia legislativa, para lo cual se recurrirá a su historia política, el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, los videos de la Mesa Técnica Constituyente, actas de tramitación en el Congreso, entrevistas a comisionados, entre otras fuentes de información. También habrá remisiones a los casos de procesos constituyentes comparados cuando aquello sea pertinente.

Finalmente, este trabajo tiene la particularidad de que trata sobre normas generales destinadas a regular una situación eminentemente transitoria. Como su nombre lo denota, un proceso constituyente es una secuencia de actos que se desarrollan en el tiempo, destinados a un fin específico (la creación de una nueva constitución). Este trabajo se realizó durante un cierto período de aquel proceso, de lo cual hay que dejar constancia para situarlo en su contexto. El grueso del trabajo transcurrió desde noviembre de 2020 a febrero de 2021; es decir, los meses previos y posteriores al plebiscito nacional que refrendó la aprobación o rechazo del pueblo chileno de una

nueva Constitución y previos a la elección de convencionales constituyentes. Luego hubo un trabajo de revisión hasta principios del 2022.

Esto también significa, que este trabajo está marcado por el momento social, político e institucional de aquellos meses. Es pertinente señalarlo dado que fueron meses de álgido debate constitucional en espacios académicos y sociales. Si bien la discusión con respecto al artículo 135 inciso final de la Constitución existió desde la publicación del trabajo de la Mesa Técnica Constituyente, el debate fue especialmente álgido durante los meses de redacción de esta memoria, tanto en ambientes académicos como sociales. El período estuvo marcado por congresos y foros en que diversos estudiantes, académicos y actores de la sociedad civil expusieron sus comentarios y opiniones sobre el tema. Si bien este trabajo fue independiente de todo lo anterior e inspirado por corrientes investigativas propias bajo la generosa e iluminadora guía de la profesora María Teresa Infante, toda la discusión pública, no solo nutría el debate constituyente, sino que también a mí trabajo. Por lo anterior, se dará cuenta de estos debates a pies de página a lo largo del trabajo.

4. Estructura

El cuerpo de este trabajo se dividirá en tres capítulos. El primer capítulo se abocará en su primera parte a la historia del proceso constituyente chileno, el cual es el contexto de la ley 21.200 y a su vez de su artículo 135. Luego, hará un estudio acabado de la historia legislativa del artículo 135 inciso final, para pasar a analizar su significado e implicancias. En este sentido, este primer capítulo analizará como el ordenamiento interno regula esta situación. El segundo capítulo se dedicará al análisis, desde una perspectiva internacionalista, de las distintas fuentes de las obligaciones internacionales y en qué sentido éstas afectarían a un órgano constituyente. Finalmente, el tercer capítulo abordará el problema de fondo de este trabajo; es decir, qué conceptos y valores del derecho están en juego cuando postulamos una u otra visión. Con esto, los primeros dos capítulos pretenden abordar la problemática desde una perspectiva de *lege lata*, mientras que el tercero se inspira en una posición de *lege ferenda*. A este respecto, cabe decir que este último capítulo en particular aspira a resumir los conflictos más importantes, pero no aspira a ser omnicompreensivo en un tema que, sin duda, supera a este trabajo.

Capítulo I: Los orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno y el artículo 135 inciso final de la ley 21.200

Este capítulo tiene como primer objetivo estudiar el contexto social, político y legislativo en que se originó el proceso constituyente chileno. Luego, se enfoca en el artículo 135 de la Constitución de 1980, introducido tras la ley 21.200, analizando tanto su historia legislativa como posibles interpretaciones.

Primero se estudiará los orígenes extra-institucionales del proceso constituyente: la génesis política y el proyecto detrás de la Constitución de 1980, la historia de los movimientos críticos a ella, y la agudización de dicha crítica en las movilizaciones sociales de fines de 2019. Si bien esta parte no aborda directamente temas de derecho internacional, sitúa la investigación en su contexto y permite entender a cabalidad las particularidades de la discusión en este caso concreto. Luego, se abocará a sus orígenes institucionales: por lo tanto, estudiará la génesis y el contenido básico de las normas cuyo objetivo es darle cauce al proceso. En él se estudiará lo relevante sobre el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, del trabajo de la Mesa Técnica Constituyente y la ley n° 21.200.¹¹ Todo lo anterior explica la historia y espacios orgánicos de los que emanó el artículo 135 inciso final de la reforma constitucional introducida con la ley n° 21.200. Esta sección es necesaria para comprender la manifestación particular de poder constituyente originario, las particularidades de la institucionalidad que le dio vías al proceso constituyente y el rol de las normas y organizaciones internacionales en este contexto en particular.

En la segunda parte de este capítulo, estudiaremos con especial detención la historia y significado del inciso final del artículo 135 de la Constitución de 1980 que resultó tras este proceso, según el cual la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile. Por lo tanto, esta sección iniciará el análisis de hasta qué punto el derecho internacional debe influir en el proceso constituyente, desde el punto de vista del ordenamiento interno.

¹¹ No se estudiarán en este trabajo las llamadas “leyes complementarias” a la ley 21.200, que regularon mecanismos que permitieran una mayor inclusión y representatividad de la ciudadanía en la Convención Constitucional. Éstas son la ley n° 21.216, que Modifica la Carta Fundamental para Permitir la Conformación de Pactos Electorales de Independientes y Garantizar la Paridad de Género en las Candidaturas y en la Integración del Órgano Constituyente que se Conforme para la Creación de una Nueva Constitución Política de la República; y la ley n° 21.298, que Modifica la Carta Fundamental para Reservar Escaños a Representantes de los Pueblos Indígenas en la Convención Constitucional y para Resguardar y Promover la Participación de las Personas con Discapacidad en la Elección de Convencionales Constituyentes. A pesar de que no se haga un análisis pormenorizado de éstas, se hará referencia a ellas cuando sea pertinente.

1. Orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno

a. El origen extra-institucional del proceso constituyente: Historia social y política tras el proceso constituyente chileno de 2019-2022

El 25 de octubre de 2020, en un plebiscito inédito en la historia política chilena, el 78% de los votantes eligió la opción “apruebo”¹² ante la pregunta “¿Quiere usted una nueva Constitución?”¹³. La gestación de este momento decisivo en la historia constitucional chilena, que inició formalmente un proceso constituyente destinado a terminar el año 2022, tiene una importante historia que puede narrarse abreviadamente a partir de la promulgación de la Constitución de 1980, la historia de los movimientos críticos a ella, los proyectos por una nueva Constitución y las movilizaciones sociales y protestas de octubre de 2019. Es necesario dar cuenta de este contexto fáctico e histórico para situar el análisis y comprender a cabalidad el significado jurídico de estos eventos.

i. Constitución de 1980

Hasta septiembre de 1973, en Chile rigió la Constitución de 1925. Si bien ésta tuvo, como todas las constituciones de la historia del país hasta la fecha, un déficit de legitimidad de origen, también gozó de virtudes, tales como que configuraba un sistema político-institucional que permitía procesar proyectos programáticos ideológicamente divergentes.¹⁴ Pero, con el golpe de Estado de 1973, se produjo una ruptura del orden constitucional vigente, y se puso “fin a la etapa institucional de la república democrática chilena desarrollada bajo el imperio de la Constitución de 1925.”¹⁵ La Junta Militar se adjudicó el poder legislativo y ejecutivo del Estado de Chile. También, como declaró en el artículo 1º del Decreto Ley 128, publicado el 16 de noviembre de 1973, se adjudicó el poder constituyente. La doctrina mayoritaria entiende lo mismo a partir del hecho de que la Junta se abocó a la redacción y

¹²“Jubilación as Chile votes to rewrite constitution”, *BBC News*, 26 de octubre de 2020, <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-54687090>.

¹³ Constitución de Chile (1980). Artículo 130 inciso 3º.

¹⁴ Paula Ahumada y Fernando Muñoz, “La historia constitucional de nuestras Constituciones: dos siglos de historia constitucional republicana”, en *La hoja en blanco: Clave para conversar sobre una nueva Constitución*, ed. Matías Guiloff et al., 1ª ed. (Santiago: La Pollera, 2020), 107.

¹⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”, *Estudios Constitucionales* 6, n° 2 (2008): 326.

promulgación de una nueva Constitución.¹⁶ Un sector minoritario sostiene que el estado de excepción permanente vivido hasta 1990, sumado a la ilegitimidad del ejercicio de este poder, no permitiría señalar que lo que se ejerció fue verdaderamente poder constituyente.¹⁷

La Junta designó una comisión encargada de preparar un anteproyecto de Constitución, llamada finalmente la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política del Estado, conocida popularmente como “Comisión Ortúzar” por el apellido de su presidente.¹⁸ Con esta designación unilateral, se incumplió uno de los requisitos exigidos doctrinalmente para el ejercicio de un poder constituyente originario democrático y legítimo. Es decir, la representatividad del órgano redactor.¹⁹

Su obra se inspiró en ciertos criterios político-institucionales, entre los cuales destacan: el rol de las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad, el afianzamiento del presidencialismo, la restricción del pluralismo político, el establecimiento de un sistema electoral binominal, normas que impidieran la intromisión de grupos políticos en entidades gremiales, sindicales y sociales.²⁰ También, a diferencia de constituciones anteriores, que eran neutrales con respecto a materia económica, ésta se abocó extensamente a determinar el rol que corresponde al Estado en materia económica. Algunos entienden este rol como una concreción del principio de subsidiariedad,²¹ mientras otros señalan que la Constitución consagraría un modelo económico-social neoliberal.²²

¹⁶ *Ibidem*; Renato Cristi, *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán: Autoridad y Libertad*, Primera Edición (Santiago: LOM Ediciones, 2000), 146–47. Pablo Ruiz-Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*, Primera edición (Santiago: LOM Ediciones, 2016), 156.

¹⁷ Esto último se explica por el posicionamiento de la Junta Militar por sobre el Derecho, incluida la Constitución de 1980; ella no operaba como límite normativo al poder, por lo que entonces no era una constitución en su sentido moderno. Por otra parte, la falta de ejercicio democrático por el sujeto político “pueblo” no permite sustentar desde la teoría democrática del poder constituyente que ese fue el poder que la Junta ejerció. Jaime Bassa Mercado, “La teoría del poder constituyente en la constitución chilena vigente” (Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007), 94–97, <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114650>.

¹⁸ Ahumada y Muñoz, “La historia constitucional de nuestras Constituciones: dos siglos de historia constitucional republicana”, 109. En esta comisión tan solo trabajaron dos mujeres, Alicia Romo y Luz Bulnes, quien se integró en el último año de trabajo producto de la renuncia de Alejandro Silva y Enrique Evans.¹⁸

¹⁹ Gabriel Negretto, “Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada.”, *Revista de Ciencia Política* 35, n° 1 (2015): 204; Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 48.

²⁰ Claudia Heiss y Esteban Szmulwicz, “La Constitución Política de 1980”, en *El sistema político de Chile*, ed. Carlos Huneeus y Octavio Avendaño (Santiago: LOM, 2018), 57.

²¹ Enrique Navarro Beltrán, “El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público* 62 (2016): 43.

²² Manuel Antonio Garretón, *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado: los gobiernos de la Concertación en Chile 1990-2010* (Santiago de Chile: Editorial Arcis CLACSO, 2012), 17. Fernando Atria Lemaitre et al., *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público* (Chile: Penguin Random House, 2014), 23–24. Por otra parte, autores como

Luego, con fecha 11 de septiembre de 1980 y bajo estado de sitio y emergencia, se plebiscitó este texto constitucional.²³ El plebiscito se concreta en un clima de violación a derechos humanos (“DDHH”)²⁴ y ausencia de libertad de expresión, con los partidos políticos disueltos, sin registros electorales, sin apoderados de las opciones en juego en las mesas receptoras de sufragios y sin tribunal electoral.²⁵ Es decir, tampoco tuvo un proceso participativo que la legitimara como es requerido en los procesos constituyentes democráticos.²⁶

Tras un período de manifestaciones y presión internacional,²⁷ se convocó a un plebiscito el año 1988 para decidir sobre la continuidad o no de Pinochet en el poder. Con la mayoría del país decidiendo en contra de dicha continuidad, dándole el triunfo a la opción “no”, la Concertación de Partidos por la Democracia (“Concertación”) planteó realizar una reforma constitucional que sería difícil de llevar a cabo bajo las reglas de la misma Constitución, a fin de eliminar enclaves autoritarios que hacían imposible establecer un gobierno democrático; imprimiendo así también el sello de lo que en ciencia política se conoce como una transición negociada.²⁸ Para dicha reforma constitucional, se convocó a una Comisión Técnica conjunta del partido Renovación Nacional (“RN”) y la Concertación. En éste se trabajaron una serie de reformas constitucionales que luego pasaron a plebiscitarse el año 1989.²⁹ Como luego relató el abogado miembro de dicha Comisión, Francisco Cumplido, el programa de la Concertación para dicha comisión tenía como una de sus misiones fundamentales la protección y garantía de los DDHH y la incorporación de los tratados internacionales sobre esta materia a la legislación constitucional y legal chilena.³⁰ Por ello, su decisión fundamental fue:

Pablo Ruiz-Tagle señalan que lo que habría es una “concepción neoliberal de los derechos.” Ruiz-Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*, 156.

²³ “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación” (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996), 70.

²⁴ “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, 617 y siguientes.

²⁵ Nogueira Alcalá, “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”, 330.

²⁶ Negretto, “Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada.”, 204; Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 48.

²⁷ “Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”, 755 y siguientes.

²⁸ Carlos Huneeus, *El régimen de Pinochet* (Santiago: Taurus, 2016), 559.

²⁹ Francisco Cumplido Cereceda, “Alcances de la modificación del artículo 51 de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales”, *Revista Chilena de Derecho* 23, n° 2 y 3 (1996): 255.

³⁰ Francisco Cumplido, “Historia de una negociación para la protección y garantía de los Derechos Humanos”, en *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, ed. Jeannette Irigoien Barrenne (Santiago, Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991), 192.

“revisar el Título I y el Título III en aquellos aspectos que para los efectos de la consolidación de la democracia era indispensable modificar expresamente, y agregar una modificación genérica en el Título I de las Bases de la Institucionalidad que permitiera una incorporación, también genérica de los tratados internacionales sobre DDHH en la legislación constitucional y legal chilena.”³¹

Esto se fundamentó en la urgencia para conformar una reforma constitucional, y dio como resultado el artículo 5 inciso 2° de la Constitución que hace referencia a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, se consolidó un importante avance en materia de DDHH. Con todo, esto encontraba su limitación en el rol que ejercieron las Fuerzas Armadas y la dinámica de la vía negociada de la transición.³² Por lo mismo, no hubo un tránsito a la democracia con una nueva carta fundamental, como en otros países de América Latina.³³

En los años que siguieron se hicieron numerosas reformas a la Constitución de 1980 que fueron parte importante de la transición a la democracia.³⁴ Por esto, diversos sectores políticos identificaron en algunas de estas reformas la consolidación de un nuevo texto constitucional, especialmente con las reformas efectuadas el año 2005 bajo el auspicio del entonces presidente Ricardo Lagos.³⁵ Éstas permitieron la superación de algunos de los enclaves autoritarios de la Constitución, al eliminar a los senadores designados y vitalicios, la referencia constitucional al sistema electoral binominal, y significó un avance sustantivo en la subordinación militar al poder civil democrático.³⁶ Asimismo, en materia internacional se introdujeron diversas modificaciones sobre la celebración y el control de constitucionalidad de los tratados, abordando varios de los vacíos que presentaba el texto anterior.³⁷

³¹ Cumplido, 192.

³² Cumplido, 195; Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 42.

³³ Claudia Heiss, “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”, *Revista Anales* 7, n° 10 (2016): 111.

³⁴ Nogueira Alcalá, “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”, 334.

³⁵ Carolina Véliz, “Reformas de 2005: Por qué le llaman la ‘Constitución de Lagos’ y qué tan distinta es de la original de 1980”, *CNN Chile*, 15 de octubre de 2020, https://www.cnnchile.com/plebiscito2020/reformas-2005-por-que-constitucion-lagos_20201015/. Ruiz-Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*, 166 y 274.

³⁶ Heiss y Szmulwicz, “La Constitución Política de 1980”, 71.

³⁷ Marisol Peña Torres, “La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”, *Revista de Estudios Internacionales* 38, n° 151 (2005): 54.

ii. *Movimientos y proyectos de nueva constitución*

Entre 1990 y 2019, el debate político sobre la Constitución de 1980 giraba en torno a si era necesario o no su reemplazo por otro texto constitucional. Entre quienes sostuvieron que no se necesitaba una nueva Constitución estaban tanto los defensores del legado de Pinochet, como sectores que lo rechazaban pero sostenían que la Constitución se había democratizado y pasado a conformar otro texto legal.³⁸ Entre los sectores que sostenían que sí era necesario cambiar la Constitución, se daban diversos argumentos que incluían: su deficitaria legitimidad de origen,³⁹ la insuficiencia de las reformas en la consagración de una república democrática,⁴⁰ y, por otra parte, la incapacidad de la actual Constitución de democratizarse plenamente a través de sus propios mecanismos.⁴¹ Este tipo de críticas fueron las que inspiraron los múltiples proyectos políticos entre el plebiscito de 1988 y la oleada de protestas que comenzaron en octubre de 2019 que plantearon alternativas a la Constitución de 1980.

El primer gobierno de la Concertación tras la vuelta a la democracia, encabezado por Patricio Aylwin, presidente de la Democracia Cristiana (“DC”) presentó en su programa una serie de reformas constitucionales orientadas a terminar con su carácter autoritario.⁴² Luego, por primera vez en el medio chileno, el programa presidencial de la candidata comunista Gladys Marín planteó la necesidad de convocar a una Asamblea Constituyente.⁴³ El reemplazo de la Constitución de 1980, a través de diversos mecanismos, también fue incluido en las plataformas electorales de los candidatos Eduardo Frei Ruiz-Tagle en 2009, Michelle Bachelet el 2013⁴⁴ y Alejandro Guillier el 2017.⁴⁵ Sobre la base de su programa presidencial, la expresidenta Michelle Bachelet llegó a impulsar un proceso constituyente, trabajo que quedó inconcluso.⁴⁶

El período también conoció de crecientes movilizaciones sociales en favor de cambios en las políticas sociales, que progresivamente incluyeron críticas a la Carta

³⁸ Heiss, “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”, 112–13.

³⁹ Heiss y Szmulwicz, “La Constitución Política de 1980”, 80.

⁴⁰ Ruiz-Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*, 259 y 260.

⁴¹ Fernando Atria Lemaitre, *La Constitución tramposa* (Chile: LOM Ediciones, 2013).

⁴² “Programa de Gobierno Concertación de Partidos por la Democracia”, 1989, <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/7626>.

⁴³ “Proyecto de la Izquierda: Candidatura Gladys Marín”, 1999, 7, <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0016907.pdf>.

⁴⁴ “Chile de todos: Programa de Gobierno Michelle Bachelet”, 2013, 28–35.

⁴⁵ Octavio Avendaño y María Cristina Escudero, “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.”, *Ecuador Debate* 109 (2020): 147.

⁴⁶ Claudia Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* (Santiago, Chile: Penguin Random House, 2020), 94.

Fundamental.⁴⁷ Como señalan diversos informes de DDHH, entre ellos el de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH (“ACNUDH”) las protestas relacionadas con derechos sociales venían articulándose desde mediados de la década de los años 2000, en temas tan diversos como educación, pensiones y salud, medioambiente, derechos de las mujeres, pueblos indígenas y personas LGBTIQ+.⁴⁸ Estos conflictos en muchos casos apuntaban a las estructuras mismas del modelo económico y político que configura la Constitución de 1980.⁴⁹ Cabe mencionar que en este cuestionamiento jugó un rol clave el movimiento estudiantil del año 2011, que, al lograr superar la lógica sectorial, promovió demandas mucho más amplias, interpelando directamente el funcionamiento del sistema político, incluida la Constitución de 1980.⁵⁰

iii. Las movilizaciones desde el 18 de octubre de 2019

La semana del 18 de octubre de 2019, un aumento de la tarifa en el transporte público de la capital del país “precipitó el ciclo de acción colectiva más significativo que Chile haya tenido en el siglo XXI.”⁵¹ Fue precedido de un llamado de estudiantes secundarios a protestar evadiendo el pago del Metro de Santiago mediante el salto de torniquetes. Esto se masificó durante la semana hasta tal punto que la tarde del 18 de octubre el Gobierno cerró las instalaciones del Metro, y cientos de miles de personas tuvieron que caminar de vuelta a sus casas; una jornada que se vio marcada por muchos episodios de violencia.⁵² A raíz de aquello, el presidente Piñera declara estado de emergencia en la Región Metropolitana, ordenando, además, el despliegue de

⁴⁷ Avendaño y Escudero, “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.”, 147. Julián Rebón y Carlos Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, *Revista Sociedad*, n° 40 (mayo de 2020): 169.

⁴⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile”, de diciembre de 2019, párr. 11–12, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf. Defensoría Jurídica Universidad de Chile, “Informe de la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales de 2019. 18 de octubre al 30 de noviembre de 2019.” (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Enero de de 2020), 28. Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe Anual: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social”, s. f., 5.

⁴⁹ Jaime Bassa, “Cómo cambian las constituciones”, en *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*, ed. Rocío Lorca et al., 2020, 73.

⁵⁰ Avendaño y Escudero, “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.”, 147.

⁵¹ Rebón y Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, 163.

⁵² Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe Anual: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social”, 13.

militares en las calles para que desempeñen funciones de seguridad pública.⁵³ Al día siguiente, el general a cargo, el general Iturriaga decreta toque de queda en varios puntos del país, una medida que no regía en Santiago desde 1986. Estos intentos de reprimir la protesta en los hechos la agudizaron.⁵⁴

Rápidamente quedó en evidencia que los motivantes de este estallido superaban con creces el alza de la tarifa del Metro.⁵⁵ A pesar de que desde esa fecha han abundado análisis desde la academia, la sociedad civil y agentes políticos sobre las motivaciones de esta movilización, en general, existe un punto en común respecto del descontento con el régimen social, económico y político.⁵⁶

Este descontento generalizado pronto agudiza el reclamo por una nueva Constitución generada por el mecanismo democrático de una asamblea constituyente.⁵⁷ Una encuesta realizada entre los meses de noviembre de 2019 y marzo de 2020 a manifestantes de Plaza Italia, rebautizada Plaza de la Dignidad por los manifestantes,⁵⁸ señaló frente a la pregunta por la posibilidad de realizar transformaciones importantes en el país y su relación con un potencial cambio constitucional, que un 84% estaba en desacuerdo o muy en desacuerdo con la posibilidad de llevar a cabo cambios significativos en educación, salud, pensiones y otros derechos sociales, sin un cambio constitucional. “De este modo, se manifiesta un amplio desacuerdo con la Constitución de 1980 aún vigente en Chile”, señala el informe de la encuesta.⁵⁹ Lo anterior se manifestaba, también, por la convocatoria a manifestaciones y paralizaciones que incluían la petición de nueva constitución realizada mediante una asamblea constituyente.⁶⁰

También fue un momento de importantes niveles de politización y deliberación ciudadana en el espacio público, no solo a través de medios tradicionales, sino que

⁵³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile”, de diciembre de 2019, párr. 14.; Artículo 42, Constitución de Chile de 1980.

⁵⁴ Avendaño y Escudero, “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.”, 150.

⁵⁵ Avendaño y Escudero, 139–40.

⁵⁶ En el informe del Alto Comisionado de DDHH de las Naciones Unidas, sus conclusiones fueron que las manifestaciones que tuvieron lugar en Chile se debieron a una multiplicidad de causas, incluyendo la desigualdad social y económica. Según este informe, la mayoría de quienes ejercieron el derecho a la asamblea pacífica lo hicieron de manera pacífica.

⁵⁷ Rebón y Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, 163.

⁵⁸ Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 105.

⁵⁹ Núcleo de Sociología Contingente [NUDESOC], “Informe resultados oficial: Encuesta Zona Cero”, 2020, 15, <https://nudesoc.cl/wp-content/uploads/2020/03/Informe-Resultados-OFICIAL.pdf>.

⁶⁰ “Unidad Social convoca a Huelga General Nacional para el 23 y 24 de octubre”, *Central Unitaria de Trabajadores (CUT Chile)*, 22 de octubre de 2019, <https://cut.cl/cutchile/2019/10/22/unidad-social-convoca-a-huelga-general-nacional-para-el-23-y-24-de-octubre/>.

también a través de asambleas y cabildos abiertos organizados territorialmente. Estas movilizaciones también se expresaron en manifestaciones artísticas, tales como la *performance* participativa pacífica del colectivo feminista Lastesis, “Un violador en tu camino”, en contra la violencia de género.⁶¹

Lamentablemente, la violencia en las calles y las violaciones a DDHH también marcaron el período. Entre los meses de octubre y noviembre, el Instituto Nacional de DDHH registró seis querrelas individuales por homicidio consumado y 12 querrelas por homicidio frustrado en favor de 20 víctimas contra agentes del Estado; 3.442 personas heridas por la acción de Carabineros durante manifestaciones, de los cuales 254 correspondían a niños, niñas y adolescentes; 347 personas con traumatismos oculares; 568 víctimas de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, 135 de las cuales sería por violencia sexual; 1.098 casos de detenciones ilegales, 19.633 personas detenidas que luego fueron puestas en libertad y 4.994 denuncias por detenciones arbitrarias.⁶² Por estos motivos y más, esta institución llega la conclusión de que:

“las conductas de Carabineros que están a la base de estos hallazgos, no corresponden a simples abusos o excesos aislados, sino más bien constituyen conductas recurrentes que generalmente se producen por la falta de control y cumplimiento de sus propios protocolos, deviniendo en métodos operativos que generan resultados lesivos, homogéneos y previsibles.”⁶³

Otras instituciones, tales como la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile, sostienen que estos hechos “han resultado en una vulneración grave, generalizada y sistemática de DDHH por acción de agentes del Estado.”⁶⁴ Dadas estas vulneraciones a DDHH, el período también produce un número significativo de informes desde organismos internacionales y no gubernamentales sobre la materia, que se refieren a la situación en Chile. Entre sus recomendaciones, aluden a la crisis política y al proceso constituyente, señalando que éste último debe ser inclusivo y poner al centro de la

⁶¹ Rebón y Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, 165.

⁶² Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe Anual: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social”, 78-81.

⁶³ Instituto Nacional de Derechos Humanos, 81.

⁶⁴ Defensoría Jurídica Universidad de Chile, “Informe de la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales de 2019. 18 de octubre al 30 de noviembre de 2019.”, 211.

discusión los DDHH.⁶⁵ La discusión en la esfera pública en torno a estos informes,⁶⁶ la calificación jurídica de las violaciones a DDHH⁶⁷ y las visitas *in loco* de organismos internacionales tales como la Comisión Interamericana de DDHH⁶⁸ y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH⁶⁹ también marca el período.

b. La génesis institucional del proceso constituyente: Historia legislativa tras el proceso constituyente chileno de 2019-2022

La mayoría de las constituciones del mundo no incluyen mecanismos explícitos para reemplazar su texto íntegro. Esto responde generalmente a la idea de que, a diferencia de otras leyes, las constituciones emanan de la voluntad del pueblo, un poder que no puede ser sujeto a ningún tipo de derecho positivo, incluyendo el constitucional.⁷⁰ También responde a la consideración de que la adopción de una nueva Constitución en momentos críticos podría requerir un procedimiento especial que señale la importancia política del evento.⁷¹ El caso de la Constitución chilena de 1980, previo al 24 de diciembre de 2019, no era la excepción. Pero una razón particular al caso chileno, del por qué no incluía un mecanismo para reemplazarla también responde a su origen: ella fue parte fundamental del proyecto político y económico de la dictadura cívico-militar de Pinochet, por lo tanto, fue diseñada con la intención de que fuera duradera y de difícil reemplazo.⁷²

La respuesta que dio la mayoría de los partidos políticos chilenos con representación parlamentaria en noviembre de 2019 a este vacío, para dar viabilidad

⁶⁵ Esto se detallará en mayor profundidad en el segundo capítulo, especialmente en lo referido a la influencia del *soft-law* en la formación del proceso constituyente.

⁶⁶ Juan Pablo Andrews, "Gobierno rechaza 'categóricamente' informe de Amnistía Internacional por violaciones de derechos humanos", *La Tercera*, 21 de noviembre de 2019, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-rechaza-categoricamente-informe-amnistia-internacional-violaciones-derechos-humanos/910797/>.

⁶⁷ Tomás González F., "Expertos en DD.HH.: Discusión sobre sistematicidad distrae de la gravedad y masividad de las violaciones cometidas", *Diario Uchile*, 29 de noviembre de 2020, <https://radio.uchile.cl/2020/11/29/expertos-en-dd-hh-discusion-sobre-sistematicidad-distrae-de-la-gravedad-y-masividad-de-las-violaciones-cometidas/>.

César Herrera, "Gobierno reafirma que no existió 'actuar sistemático' ante vulneración de derechos durante estallido social", *Diario Concepción*, 26 de noviembre de 2020, <https://www.diarioconcepcion.cl/pais/2020/11/26/gobierno-reafirma-que-no-existio-actuar-sistematico-ante-vulneracion-de-derechos-durante-estallido-social.html>.

⁶⁸ "CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares", Comunicado de Prensa, de enero de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

⁶⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019" (Ginebra, diciembre de 2019), https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

⁷⁰ Colón-Ríos, "Constitution Making Through Law", 33.

⁷¹ Negretto, "New Constitutions in Democratic Regimes", 10.

⁷² Gabriel Negretto, "Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada.", *Revista de Ciencia Política* 35, n° 1 (2015): 201.

institucional a un proceso constituyente, fue implementar una reforma constitucional que diera una eventual vía institucional a dicho proceso.⁷³

i. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución

El 15 de noviembre de 2019, tras casi un mes desde el comienzo de las protestas, la mayoría de los partidos políticos chilenos con representación parlamentaria firmaron un compromiso que llamaron “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” (“el Acuerdo” o “el Acuerdo del 15 de noviembre”). Éste expresamente se concibió como una “salida institucional” a la “grave crisis política y social del país”, a través de un “procedimiento inobjetablemente democrático.”⁷⁴ En otras palabras, como su mismo nombre señala, daba a entender una suerte de transacción entre la desmovilización de la protesta en busca de “paz social”, y la posibilidad de desmantelar la Constitución de 1980.⁷⁵

Dentro de los compromisos que se suscribieron, de relevancia para este estudio estuvieron:

- i. Impulsar un plebiscito que resolviera dos preguntas:
 1. “¿Quiere usted una nueva Constitución? Apruebo o Rechazo”
 2. “¿Qué tipo de órgano debiera redactar la nueva Constitución? Convención Mixta Constitucional o Convención Constitucional.”⁷⁶
- ii. El órgano constituyente que en definitiva sea elegido por la ciudadanía, tendría por único objeto redactar la nueva Constitución, no afectando las competencias y atribuciones de los demás órganos y poderes del Estado y debería disolverse una vez cumplida la tarea que le fue encomendada. Adicionalmente no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y adopción de acuerdos.⁷⁷
- iii. La Nueva Constitución debería regir en el momento de su

⁷³ Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 107.

⁷⁴ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, 15 de noviembre de 2019. Preámbulo.

⁷⁵ Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 107.

⁷⁶ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 2.

⁷⁷ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 5.

promulgación y publicación, derogándose orgánicamente la Constitución actual.⁷⁸

- iv. Los partidos suscriptores designarían una Comisión Técnica,⁷⁹ punto que se detallará a continuación.
- v. El o los proyectos de reforma constitucional y o legal que emanaren del Acuerdo debían ser sometidos a la aprobación del Congreso Nacional como un todo. Para dicha votación los partidos firmantes comprometieron su aprobación.⁸⁰

El Acuerdo no hizo referencia expresa a la relación que el proceso constituyente debía tener con el derecho internacional.

Este acuerdo pareció influir en la disminución de la masividad de la movilización pacífica, pero no en las formas de la violencia.⁸¹ Con todo, los partidos políticos no tenían la capacidad de controlarla, por lo que las protestas continuaron aunque de forma menos masiva. Ello fue criticado por sectores de la derecha.⁸²

ii. Comisión o Mesa Técnica Constituyente

Según el párrafo 10 del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, los partidos que lo suscribieron designarían una Comisión Técnica (luego también se denominaría indistintamente “Mesa Técnica”. De ahora en adelante nos referiremos principalmente a “Mesa Técnica” para diferenciarla de las sesiones en comisión -por oposición a sus sesiones en pleno). Ésta tendría el objeto de determinar aquellos aspectos “indispensables para materializar los diversos componentes del Acuerdo.”⁸³ La designación de los miembros de esta Comisión sería paritaria entre el conglomerado de partidos de oposición que firmaron el Acuerdo (lo cual incluía a los partidos de Revolución Democrática, Comunes, el Partido Socialista, el Partido Liberal, el Partido Socialista, el Partido Radical, el Partido por la Democracia y la Democracia Cristiana)⁸⁴

⁷⁸ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 7.

⁷⁹ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 10.

⁸⁰ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 12.

⁸¹ Rebón y Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, 164.

⁸² Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 107-8.

⁸³ “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”, párr. 10.

⁸⁴ Los representantes por la oposición fueron: Sebastián Aylwin (Comunes), Cristina Escudero (Democracia Cristiana), Pamela Figueroa, (Partido por la Democracia), Claudia Heiss (Revolución Democrática), Emilio Oñate (Partido Radical), Gabriel Osorio (Partido Socialista) y Alejandra Zuñiga (Partido Liberal.)

y el conglomerado de partidos del oficialismo que firmaron el Acuerdo (los partidos de Evópoli, Renovación Nacional y la Unión Demócrata Independiente).⁸⁵

Se designó un comité de 14 abogados y científicos políticos. La solicitud de los partidos que firmaron el acuerdo fue que redactasen una reforma constitucional que fuese autoejecutable, es decir, que “no requiriera de ninguna ley adicional para gatillar el proceso en sus elementos fundamentales con el fin de que todos sus elementos requirieran de un quorum de 2/3 para su aprobación como reforma constitucional.”⁸⁶ La propuesta de reforma constitucional se aprobaría en bloque en el Congreso, sin entrar a discutir sus disposiciones individuales. Finalmente, el 6 de diciembre de 2019 la Mesa Técnica entregó su propuesta de texto de reforma constitucional al Congreso.⁸⁷

Es relevante para efectos de esta investigación explicar cómo funcionaba la Mesa Técnica ya que, como veremos más adelante, la inclusión del inciso final del artículo 135 en la Ley 21.200, haciendo referencia al respeto que el nuevo texto constitucional debe tener a los tratados internacionales ratificados y vigentes, entre otras cosas, fue una innovación de ésta. Es decir, no tuvo su origen material en el Acuerdo. Por ende, para comprender cómo fue incluida esta cláusula, se debe entender primero cómo operó este espacio.

La información oficial, que se encuentra tanto en la página web del Senado⁸⁸ como la de la Biblioteca del Congreso Nacional,⁸⁹ consta de lo siguiente: La Mesa Técnica funcionaba tanto en pleno como en comisión, espacio en que grupos de comisionados trabajaban temas particulares. Los plenos se transmitían en vivo por internet y dichas transmisiones continúan estando disponibles; con todo, las sesiones de las comisiones no se transmitían, por lo cual no hay registro de la discusión en ellas. Tampoco hay actas ni de las sesiones en pleno ni en comisión. Contaban con presidencias rotativas entre el oficialismo y la oposición, cuya función era moderar la

⁸⁵ Los representantes por el oficialismo fueron: Isabel Aninat (Evópoli), Arturo Fermandois (Unión Demócrata Independiente), José Francisco García (Evópoli), Gastón Gómez (Renovación Nacional), David Hunia (Renovación Nacional), Ernesto Silva (Unión Demócrata Independiente) y Sebastián Soto (independiente.)

⁸⁶ Avendaño y Escudero, “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.”, 151.

⁸⁷ “Propuesta de texto de reforma constitucional. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución.”, de diciembre de de 2019, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/78180/1/Propuesta_reforma_constitucional_mesa_tecnica.pdf.

⁸⁸ “Proceso Constituyente - 25/11/2019, 26/11/2019, 27/11/2019, 28/11/2019, 02/12/2019, 02/12/2019” (Televisión del Senado, 2019), https://tv.senado.cl/tvsenado/site/tax/port/all/taxport_9_786_1.html.

⁸⁹ “Mesa Técnica Constituyente”, *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-2.

discusión. También es importante recalcar que las decisiones de la Mesa Técnica se tomaban en los plenos por unanimidad.

Lo que se puede observar de las grabaciones de las discusiones en pleno es lo siguiente: primero, que uno de los nudos técnicos importantes que debía resolver se referían al funcionamiento de la Convención Mixta Constitucional y el capítulo donde se incorporaría la reforma constitucional. Luego, otro de los temas que más los ocupó fue el de los límites que la reforma podía imponer a la futura convención, tanto procedimentales como sustantivos. Lo que se desprende de un análisis global de los videos es que los representantes del oficialismo abogaban por limitar al órgano constituyente,⁹⁰ mientras que la oposición defendía su capacidad de autorregulación.⁹¹

En torno a la discusión sobre estos límites, la Mesa Técnica resolvió incorporar dos materias importantes que no estaban consideradas en el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución: una de corte procedimental y otra de orden sustantivo. La procedimental establece la posibilidad de reclamación ante la Corte Suprema de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención.⁹² La sustantiva es la incluida en el inciso final del artículo 135 la reforma constitucional, que se estudiará en profundidad más adelante.

Finalmente, vale también mencionar que la Mesa Técnica adoleció de un déficit de publicidad. Por una parte, la falta de actas escritas, debiendo hacerse el estudio de su trabajo a través del análisis del material audiovisual disponible, dificulta mucho el análisis. Por otra parte, las sesiones en comisión no están grabadas, y tampoco hay una cuenta precisa de cuántas sesiones en comisión se realizaron ni qué materias se trataban

⁹⁰ Esto se aprecia, por ejemplo, en la propuesta de texto que hizo el oficialismo en la sesión del 26 de noviembre de 2019, parte 3, en que el comisionado Sebastián Soto explica que: *“Hay también una limitación a la capacidad o a las potestades de la Convención de modificar la Constitución vigente, y para eso dice que mientras no entre en vigencia la nueva constitución, es la Constitución actual la que permanece vigente, sin que pueda la Convención quitarle su vigencia o modificarla. Eso lo sabemos tiene, es una reacción a lo que ha ocurrido en Latinoamérica respecto a algunas convenciones, es decir esta convención no puede modificar la Constitución vigente. Y como tercer punto, en esa misma línea, una cosa que tal vez es conceptual, pero sí importante es la contenida en el artículo 134 inciso final que dice que en conformidad al artículo 5° de la CPR, mientras la Convención está en funciones la soberanía sigue siendo ejercida por el pueblo a través de los plebiscitos y elecciones periódicas que la constitución y las leyes determinen, y también por las autoridades que esta constitución establece, de modo tal que no puede señalarse que la soberanía reside esencialmente en la Convención y negarle la potestad, la autoridad de los otros órganos constitucionales ya constituidos.”* “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de Noviembre (Parte 3)” (TV Senado Chile, 27 de noviembre de 2019), <https://www.youtube.com/watch?v=uATkEvIrayA>. Minuto 17:52

⁹¹ Por ejemplo, el comisionado Emilio Oñate (Partido Radical), a propósito de la discusión respecto a los límites de la Convención en cuanto a sus competencias, señaló: *“Pero si es una convención constituyente que se va a dedicar exclusivamente a redactar el nuevo texto constitucional, ni más ni menos. Entonces, claro, alguien podrá decir, qué pasa en tal o cual hipótesis. Bueno, los convencionales constituyentes podrán resolverlo o regularlo en el reglamento.”* “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de noviembre (Parte 3)”, minuto 1:10:30. También: Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 115–16.

⁹² Constitución de Chile de 1980. Artículo 136

en estas comisiones. Esta falta de material oficial para analizar el trabajo de la Mesa Técnica repercute directamente en la capacidad de un estudio acabado sobre la base de fuentes oficiales de sus discusiones.

Este déficit fue suplido en este trabajo con entrevistas a representantes de la Mesa Técnica, tanto del oficialismo como de la oposición, y con el estudio de entrevistas realizadas por diversos medios y trabajos escritos posteriores de sus integrantes. Éstas permiten acceder a ideas que informaron la discusión pero que no se encuentran explícitas en los videos de las sesiones en pleno. Por ejemplo, tanto la entrevista con el comisionado Sebastián Aylwin, representante del partido de la oposición Comunes, como la de el comisionado Sebastián Soto, independiente representante del gobierno, señalan que la falta de publicidad de las sesiones en comisión se debió a la necesidad de negociar algunos aspectos del proyecto.⁹³

iii. *Ley n° 21.200*

La ley de reforma constitucional n° 21.200, que Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República, publicada el 24 de diciembre de 2019, implementó la propuesta de la Mesa Técnica. Para esto, refundió siete proyectos de ley cuya idea matriz fundamental consistía en establecer en la Carta Fundamental un procedimiento para la elaboración de una nueva constitución.⁹⁴ Se concentró la tramitación legislativa en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, tomando como texto definitivo del proyecto de ley las propuestas de reforma constitucional generadas en el trabajo de la Mesa Técnica.

⁹³ Sebastián Aylwin, al respecto, señaló: *“Las sesiones se transformaron en plenarias, al principio puede ser que ocurrió simplemente, pero después sabíamos que lo que estábamos haciendo era porque existían ciertos aspectos que requerían una negociación.”* Sebastián Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo, Zoom, de diciembre de de 2020, párr. 11.

Sebastián Soto, por su parte, señaló: *“En esa primera sesión se aprobó transmitir por streaming las sesiones, pero al poco tiempo nos dimos cuenta que por streaming no íbamos a poder escribir ni alcanzar los acuerdos que un proceso como este requiere y siempre va a requerir, así es que surgió el funcionamiento de las comisiones. Esas comisiones eran primero grupos más pequeños que redactaban conjuntamente algunos de los encargos y luego también ya tuvo a la vista los 14 que redactábamos las mejores redacciones y alcanzábamos acuerdos, y eso se hizo durante casi todo el proceso, pero con mayor intensidad en la última parte justamente para alcanzar acuerdos y finalmente ceder, porque siempre estos trabajos que requieren un acuerdo sustantivo también exigen ceder continuamente. Y eso fue lo que ocurrió, tal vez no frente al streaming pero sí en estas reuniones más de confianza.”* Sebastián Soto, Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica., entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo, Zoom, de diciembre de 2020, minuto 02:20.

⁹⁴ *“Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República”* (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, de abril de de 2020), 85, www.bcn.cl/historiadelaley.

La ley tiene el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República. El Capítulo XV de la Constitución de 1980 pasó a denominarse “Reforma de la Constitución y del Procedimiento para Elaborar una Nueva Constitución de la República”. A grandes rasgos, regula el plebiscito nacional que consultaría a la ciudadanía si aprueba o rechaza la elaboración de una nueva Constitución y bajo qué mecanismo se redactaría; también normó a grandes rasgos las Convenciones, sus miembros e integraciones, los requisitos e incompatibilidades de los candidatos a integrarlas, el funcionamiento de la Convención, el estatuto de los convencionales, la reclamación respecto de infracciones a reglas de procedimiento, la prórroga del plazo de funcionamiento de la Convención, las normas transitorias y el plebiscito constitucional bajo el cual la ciudadanía de Chile aprobaría o rechazaría el texto constitucional propuesto por la Convención.⁹⁵

La técnica elegida para dar curso institucional al proceso constituyente, por lo tanto, fue la de incorporar las normas que lo regularían en el orden constituido con rango constitucional. Desde un punto de vista político o de legitimidad del proceso,⁹⁶ lo que generó esta técnica fue una “continuidad legal” entre el ordenamiento constituido y el constituyente.⁹⁷ De hecho, ésta ha sido la fórmula más común en el constitucionalismo comparado, en que ha habido alguna especie de continuidad legal en el 80% de las experiencias de creación constitucional democráticas. De hecho, en los casos de Islandia en 1944, Francia en 1958, Bolivia en 2009, Tailandia en 1997 y Kenia en 2010 se usó el mismo mecanismo que el utilizado en Chile el 2019; es decir, la reforma de normas de cambio constitucional para incluir la posibilidad de su reemplazo y regulando algunos aspectos básicos de esta alternativa.⁹⁸ Con todo, esto no es jurídicamente necesario, dado que “cada ordenamiento jurídico estatal tiene una ‘Grundnorm’ o basamento de validez hipotética que arranca de la ‘primigeneidad’ o facticidad”.⁹⁹ Así, también, se ha demostrado en los hechos dado que ha habido procesos constituyentes democráticos “de hecho”, tal como ocurrió en Grecia en 1952, en Sri Lanka en 1972, Colombia en 1991 y Ecuador en 2008.¹⁰⁰

⁹⁵ Constitución de Chile de 1980. Capítulo XV.

⁹⁶ Francisco Zuñiga, “Nueva constitución y Operación Constituyente: Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, *Estudios Constitucionales* 11, n° 1 (2013): 520.

⁹⁷ Negretto, “New Constitutions in Democratic Regimes”, 8–11.

⁹⁸ Negretto, 11.

⁹⁹ Zuñiga, “Nueva constitución y Operación Constituyente: Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, 521.

¹⁰⁰ Negretto, “New Constitutions in Democratic Regimes”, 12.

2. El artículo 135 inciso final de la Constitución tras la ley 21.200. Historia, significado y relevancia de una disposición de orden interno que mandata al respeto a los tratados internacionales en el proceso constituyente

El artículo 135 de la Constitución de 1980, introducido con la ley 21.200, se titula “Disposiciones especiales.”¹⁰¹ Es un artículo que alude de diversas maneras a la relación de la Convención y el nuevo texto constitucional con otros órganos, instrumentos o cuerpos normativos. El primer y tercer inciso, sustentado en el párrafo quinto del Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, se refieren a la delimitación del ámbito de competencias de la Convención, en tanto establece que ésta no podrá intervenir ni ejercer funciones o atribuciones de otros órganos o autoridades. A su vez, el segundo inciso materializa el párrafo séptimo del Acuerdo, demarcando los espacios de vigencia temporal de cada constitución. Finalmente, el último inciso del artículo 135, no encuentra sustento material en ningún párrafo del Acuerdo, y señala:

“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.”

A continuación, estudiaremos la historia legislativa de este artículo, tanto bajo el marco de la Mesa Técnica Constituyente como su tramitación legislativa en el Congreso. Luego, se analizará desde el punto de vista constitucional e internacionalista su significado y consecuencias.

¹⁰¹ Artículo 135: “Disposiciones especiales.

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.

Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla.

En conformidad al artículo 5º, 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...”

a. Historia legislativa del Artículo 135 inciso final de la Constitución introducida con la ley 21.200

i. Trabajo mesa técnica

La inclusión de la cláusula del artículo 135, inciso final, fue iniciativa especialmente del profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y comisionado por la Unión Demócrata Independiente (“UDI”), Arturo Fermandois.¹⁰² Esto se evidencia en que él promueve y defiende la cláusula en los plenos, y otros comisionados se refieren a ella como “la propuesta de Arturo,” “la idea de Arturo”, entre otras formulaciones por el estilo.¹⁰³ En el marco de la discusión sobre la transición de un régimen constitucional a otro en la sesión del 27 de noviembre de 2019, Fermandois introduce la idea de esta disposición señalando:

“Hay una invitación, que no está en el Acuerdo y que no puedo dejar de ponerla en la mesa para que la reflexionemos en los días que vienen: Yo creo que, si además nosotros agregáramos una ratificación de marco jurídico constitucional comparado, civilizado que tiene un Estado cuando camina hacia una nueva Constitución, daríamos también más tranquilidad y certezas y confianza en el proceso. Hablo por los sectores que nosotros representamos. Si uno ratificara, por ejemplo, que el principio de no regresión de los derechos fundamentales, o la Convención Constitucional tendrá a la vista el principio de no regresión de los derechos fundamentales, va a haber muchas personas, gente y sectores confiados en que eso es importante, porque la hoja en blanco no puede tocar eso. Creo que una mención a los tratados internacionales, que sabemos que se pueden denunciar en la forma que lo prevé el artículo 54 de la Constitución, un tema de derecho internacional,

¹⁰² En sus entrevistas, tanto Sebastián Soto como Sebastián Aylwin señalaron que, si bien el oficialismo estaba de acuerdo con ella, Fermandois personalmente se encargó del trabajo de redacción y también de persuasión para incluirla.

Al respecto, Sebastián Soto señala:

“Lo primero que hay que decir es que ese inciso no estaba en nuestra propuesta inicial. Ese inciso fue incorporado en la medida en que la Mesa Técnica estaba en funcionamiento. Y si tuviera que decir quién fue el promotor, a quién se le ocurrió, quién luego lo redactó y quién hizo el trabajo de persuasión, es Arturo Fermandois.” Soto, Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica, minuto 25:40.

Por su parte, Sebastián Aylwin señaló: *“Esa cláusula fue... mira, si tu caminabas solo por los pasillos, Arturo Fermandois te agarraba en un momento para hablar de esa cláusula. Entonces tuvo mucho tratamiento afuera, y también se habló en subcomisión.”* Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, párr. 23.

¹⁰³ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 28 de noviembre 2019 (Parte 2)” (TV Senado Chile, 28 de noviembre de 2019), https://www.youtube.com/watch?v=uTZ6l4q0d1o&feature=emb_logo. Intervenciones de Sebastián Soto (minuto 26:26) y Emilio Oñate (minuto 49:33). También ver sesión de 2 de diciembre de 2019, intervenciones Emilio Oñate (minuto 2:16:45), Sebastián Aylwin (minuto 2:17:54) y David Huina (2:21:07).

alguna referencia a los tratados internacionales también es importante [...] Yo colocaría también las sentencias ejecutoriadas, que están hoy protegidas por el artículo 76 de la Constitución [...] Yo colocaría también los contratos válidamente celebrados. ¿Es un paquete indisoluble? No, son ideas, son ideas, que, sin limitar a la Convención Constitucional, no es la idea, establezcan un cierto marco de civilización a lo que ahí se va a hacer que no me cabe duda que es lo que va a tener. Pero como hoy necesitamos tranquilidad, certeza, confianza y adhesión al proceso, me permito colocarlo también como invitación.”¹⁰⁴
(Énfasis propio)

Por lo tanto, las motivaciones que se dieron para incluir esta nueva cláusula fueron en primer lugar agregar una “ratificación de marco jurídico constitucional comparado” para dar “tranquilidad, certezas y confianza en el proceso.” Luego, la razón específica que se menciona como razón para incluir a los tratados internacionales dentro de la enumeración de principios o instituciones que deben respetarse, fue que su denuncia debe hacerse de acuerdo a reglas y procedimientos preestablecidos; tanto los que se encuentran contenidos en el artículo 54 de la Constitución de 1980, como los que consagra el derecho internacional.¹⁰⁵ Por lo tanto, la primera consideración para incluir la mención a los tratados internacionales fue que la Convención no tenía competencias para retirarse de ellos ni denunciarlos, y tampoco debía arrogárselas. Vale decir, también, que éste es el único momento en las discusiones públicas de la Mesa Técnica en que se alude a un motivo de fondo por el cual se incluye el respeto a los tratados internacionales en la disposición.¹⁰⁶

Debido a que las sesiones en comisión no fueron grabadas y no hay registros oficiales de gran parte de la discusión,¹⁰⁷ los registros del comisionado Sebastián Aylwin dan cuenta de que la propuesta inicial del oficialismo expresaba:

¹⁰⁴ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)” (TV Senado Chile, 27 de noviembre), https://www.youtube.com/watch?v=IwvjVowSIn0&feature=emb_logo. Minuto 41:17

¹⁰⁵ La regulación general sobre “Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados” se encuentra en la Parte V de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

¹⁰⁶ Como veremos a continuación, la discusión sobre este inciso giró en torno a principios o instituciones que luego no fueron incluidas en el texto final. En su entrevista, Aylwin señala que: “Quizás por eso también el tema de los tratados internacionales no recibió la atención que debió haber tenido.” Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, párr. 25.

¹⁰⁷ En su intervención en el pleno del día 2 de diciembre de 2019, en el minuto 2:17:54, el comisionado Sebastián Aylwin señala que “este inciso pasó fundamentalmente por las subcomisiones de las cuales no queda registro.” “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019” (TV Senado Chile, de diciembre de de 2019), https://www.youtube.com/watch?v=kTkbbxrWIHU&feature=emb_title.

“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el régimen democrático, la no regresividad de los derechos fundamentales, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, los actos y contratos válidamente celebrados y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”¹⁰⁸

En la sesión en pleno del 2 de diciembre de 2019, se leyó una disposición similar como propuesta,¹⁰⁹ con la única diferencia de que no incluyó la referencia a los actos y contratos válidamente emitidos. Con todo, la discusión evidencia de que se había decidido desecharla en una sesión en subcomisión.¹¹⁰

En las plenarias se evidencia que los comisionados de la oposición estaban abiertos a la idea de esta cláusula, pero con prevenciones específicas. La primera fue su oposición a la mención relativa a la intangibilidad de actos y contratos.¹¹¹ Luego, que este inciso no fuera exigible en la reclamación ante la Corte Suprema.¹¹² Finalmente, se eliminó la mención a la no regresividad de los derechos fundamentales, por temor a que implicara una reiteración literal del catálogo de derechos contenido en el artículo 19 de la Constitución de 1980.¹¹³

¹⁰⁸ Sebastián Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo, Zoom, 13 de diciembre de 2020, 74.

¹⁰⁹ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019”. Minuto 2:11:22.

¹¹⁰ En la misma sesión, Fernandois señala: “Quiero hacer una constancia que se refiere a este último párrafo del artículo de límites y para eso me voy a retrotraer a nuestra última sesión de la subcomisión del viernes pasado, en que planteamos la idea de agregar un límite más dentro de este marco de grandes principios sustantivos que tiene este último párrafo. Ese límite estaba representado por los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la constitución que se deroga. Y preveíamos ahí que la constitución debería prever ciertos principios de estabilidad bajo los cuales la ley se referirá los derechos que ella emane. Entonces, quiero hacer unas reflexiones y una constancia de cómo entiendo el texto que está hoy día, que no incorporó esa parte final referida a actos y contratos.” Minuto 2:11:55

¹¹¹ Cuando se introduce la idea de la cláusula el 27 de noviembre, el comisionado Sebastián Aylwin dice: “Creo que sería muy bueno contar con un texto sobre aquella enumeración porque yo estaba de acuerdo con todos hasta la inmutabilidad de los contratos.” “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”, minuto 43:39.

Con todo, como señalamos más arriba, esto se discutió en subcomisión de lo cual no quedan registros.

¹¹² De la discusión sobre este punto específico, tampoco hay registros más que la intervención del comisionado Sebastián Aylwin quien señaló en el pleno de 2 de diciembre de 2019: “Y creo que también debe entenderse siempre en relación al principio de deferencia de la Convención; todos estos son marcos respecto de los cuales hay ciertos núcleos esenciales pero sobre los cuales existen contornos respecto de los cuales la Convención puede moverse con completa libertad y diferentes sociedades lo han interpretado de diferentes maneras sin que eso signifique una grave violación a los derechos fundamentales. Y ese principio de deferencia creo que está reflejado en la última oración del inciso, en relación con que respecto de este artículo expresamente se niega a la posibilidad de una reclamación. Lo que lo vuelve de alguna manera una norma programática, un mensaje.” (Minuto 2:19:46.)

De todas formas, en los momentos en que se discutió específicamente el alcance de la reclamación ante la Corte Suprema, hubo diversas intervenciones que tajantemente apuntaban a que el control de dicha reclamación sería tan solo procedimental, tales como las siguientes:

Sebastián Soto: “Aquí nosotros no estamos controlando contenido, no hay declaraciones de contenidos inadmisibles que no pueden ser abordados por la asamblea, eh, por la convención constitucional, porque haya cláusulas péticas. Nada de eso. Aquí lo único que estamos haciendo es control de reglas de procedimiento.” Sesión del 27 de noviembre, minuto 18:50

¹¹³ Al respecto, en sesión en pleno del 2 de diciembre de 2019, el comisionado por el Partido Socialista, Gabriel Osorio, intervino señalando: “Pero esto lo planteo como una pregunta, y si es posible que me respondan para entender realmente la intención, cuando se dice, “la no regresividad de los derechos fundamentales”; porque yo entiendo hacia dónde pudiese ir pero sería, no sé, yo pienso como un abogado litigante, porque también me dedico a eso, que yo podría perfectamente

De todas formas, en general la oposición en general estuvo de acuerdo con dicha disposición. En la sesión del 28 de noviembre de 2019, parte 2, el comisionado Emilio Oñate, representante del Partido Radical, señala que no tienen mayores reparos a la propuesta de Fernandois en lo referido al respeto a sentencias firmes y ejecutoriadas y tratados internacionales, pero que se debía poner énfasis en el tema de derechos fundamentales y DDHH. Más bien, los reparos estarían en otras partes de su propuesta.¹¹⁴ Lo anterior revela que hubo unanimidad en la Mesa Técnica con respecto a la necesidad de que se incluyera una disposición referida al respeto a tratados internacionales. Además, por ejemplo, en una entrevista posterior, la comisionada por el partido de la Democracia Cristiana, María Cristina Escudero, defendió y explicó por qué se incluyó la cláusula en los siguientes términos: “los compromisos que el Estado de Chile ha adquirido no pueden saltarse las normativas institucionales donde Chile está inserto. Esto está pensado principalmente para los tratados de DDHH y acuerdos limítrofes porque lo que tiene que hacer la Convención es una nueva constitución y no dar término a los acuerdos internacionales... La convención no se puede reunir un día y decir “el Pacto San José no nos gusta, desde mañana no va a estar”, porque los tratados dependen de la continuidad jurídica del Estado, no de la Constitución.”¹¹⁵ Aun

sostener que esa cláusula podría interpretarse como la no regresividad de los derechos fundamentales del actual artículo 19 de la Constitución que establece una cierta estructura con ciertos derechos fundamentales con lo cual podría interpretarse, una interpretación muy extensiva que podría petrificar las actuales disposiciones en materia de derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución de 1980. La consecuencia de eso sería que no sé, por ejemplo, si alguien quiere discutir, no la abolición del derecho de propiedad, en ningún caso, nadie yo creo que está pensando en algo así, pero por ejemplo la regulación de la propiedad sobre los derechos de agua, ¿significaría eso que la Convención está vedada de discutir sobre derechos fundamentales o sobre la configuración de los derechos fundamentales más allá de lo que actualmente se conoce en el art 19 de la Constitución? Sería bueno despejar esa duda, porque si la respuesta es afirmativa, la estructura de derechos fundamentales actual se petrifica y no sería posible seguir discutiendo, yo me opondría a una frase de esas características...” “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de Diciembre 2019”, minuto 2:21:58.

Sebastián Aylwin señala en su entrevista, que ante la duda, prefirieron desechar la posibilidad de incluir dicho principio. (Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, párr. 24.)

¹¹⁴ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 28 de noviembre 2019 (Parte 2)”. Minuto 49:33 De hecho, en sesión de 26 de noviembre, parte 3, antes de que Fernandois presentara su propuesta, Emilio Oñate comenta a propósito de la discusión sobre el “órgano de solución de controversias” de la Convención: “Yo soy de los que cree, dicho sea de paso, que cuando uno habla de hoja en blanco tampoco pueden no mirar los tratados internacionales, o los convenios internacionales en esta materia. No creo que la Convención Constituyente no vaya a tener en cuenta o vaya a ser un constituyente originario que no mire nada. Que no mire la normativa internacional. No creo que así sea.” “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de noviembre (Parte 3)” (TV Senado Chile, 27 de noviembre de 2019), <https://www.youtube.com/watch?v=uATkEvIrayA&t=4047s>.

¹¹⁵ Marcela Paillape y Andrés Muñoz, “¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?”, *La Tercera*, 26 de septiembre de 2020, <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>. Escudero también señaló que, en virtud de la redacción de una nueva Carta Fundamental, se podrían revisar posteriormente nuestros acuerdos internacionales.

así, no se da ninguna consideración de fondo en las discusiones en pleno, aparte de la mención a Ferandois a los métodos de retiro y denuncia de tratados.¹¹⁶

Respecto a lo que se refiere a tratados internacionales en particular, la Mesa Técnica estuvo consciente de que se abarcaba los tratados de diversa índole. Por ejemplo, se tuvo a la vista tratados limítrofes con países vecinos, los tratados de libre comercio y los tratados de DDHH.¹¹⁷

Como ya señalamos, el fundamento general para incluir esta cláusula fue comunicar estabilidad, confianza y tranquilidad. Esto se explica en la entrevista a Sebastián Soto en cuanto él señala que el espíritu del trabajo del oficialismo en la Mesa Técnica era densificar el Acuerdo *“en el sentido de que le agregara cuestiones relevantes para que este proceso fuera un camino que tuviera resuelto gran parte de los desafíos que un proceso constituyente en el derecho comparado presenta.”*¹¹⁸ Soto señala que el itinerario constituyente *“tenía una gran sombra, que es las experiencias latinoamericanas. Y las experiencias latinoamericanas, algunas con mayor y otras con menor fuerza, son experiencias que muestran convenciones o asambleas que se emancipan de los límites que les fijan el proceso inicial, porque dicen que en ellas radica el constituyente originario entonces hacen lo que quieren.”*¹¹⁹ Luego se refiere a la experiencia venezolana y colombiana. Finalmente, reitera que Ferandois quería comunicar estabilidad al redactar esta cláusula, e insertar a la Convención en cierta tradición constitucional.¹²⁰ La interpretación de la oposición al respecto, como se desprende de la entrevista a Aylwin¹²¹ y en un libro posterior de la comisionada Claudia Heiss, representante del partido Revolución Democrática,¹²² apunta a que la aspiración del oficialismo en la Mesa Técnica era limitar

¹¹⁶ En su entrevista, Sebastián Aylwin menciona que la oposición “dejó pasar” esta disposición, lo cual cree que fue un error. Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, párr. 25.

¹¹⁷ Sebastián Aylwin Correa, *Sebastián Aylwin - Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional* (Youtube, 2020), <https://www.youtube.com/watch?v=3M6AvymIoek&t=247>. Minuto 4:50; Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente.

¹¹⁸ Soto, Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica., minuto 00:30.

¹¹⁹ Soto, minuto 18:46.

¹²⁰ Soto, minuto 25:40.

¹²¹ *“Es importante tener en cuenta que los partidos de derecha no querían que hubiese proceso constituyente, ellos firman un acuerdo con el cual en el fondo no están de acuerdo, les arrebatan un determinado procedimiento. Por lo tanto, en la perspectiva de ellos, si bien tuvieron que hacer algunas concesiones, en la Comisión Técnica siguen con la pretensión de echar pie atrás lo más posible de lo acordado en el 15 de noviembre y en otras dimensiones no reguladas poder avanzar en sus posiciones restrictivas.”* Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, párr. 3.

¹²² *“En el curso de las sesiones de la comisión técnica, uno de los temas a debatir fueron los límites que la reforma podría imponer a la convención constitucional en cualquiera de sus dos modalidades: ya fuera la mixta o la enteramente electa. Mientras los representantes de la derecha querían limitar al órgano constituyente, la oposición buscaba resguardar su capacidad de autorregularse.”* Heiss, *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?*, 115–16.

dentro de lo posible el ámbito de actuación de la futura Convención. Con todo, vale recordar que la oposición estuvo de acuerdo con la incorporación de la disposición, aunque sin explicitar argumentos de fondo, sino que más bien dando a entender que es una concesión en la negociación.

Finalmente, cabe destacarse que en varios puntos de la discusión se alude explícitamente al hecho de que esta cláusula no pretende ser imperativa. Además de señalarlo cuando introduce la idea, Ferrandois también lo destaca en sesión en pleno de 2 de diciembre de 2019, señalando que:

“Lo que se aspira con este párrafo no es vetarle o impedirle un movimiento a la Convención Constitucional en el repensamiento de la estructura constitucional que se quiera promover, y tampoco impedirle, ni mucho menos, al legislador, que configure o reconfigure el aterrizaje legal de determinados derechos, eso es de la esencia de un nuevo régimen constitucional, que como sabemos siempre es receptor de la herencia constitucional previa, como lo han sido todas las constituciones anteriores. Lo que se pretende con este párrafo es evitar que se produzcan cambios repentinos, sorpresivos, y que quebranten la confianza que las personas han tenido en los regímenes legales previos. [...] No pretende impedir ese movimiento, sería una pretensión excesiva y sería negar la naturaleza de la Convención Constitucional, pero sí señalarle una reflexión, como dice Sebastián, programática pero relevante, en cuanto a que las transiciones tienen que tener también cierto parámetro de sensatez, de gradualidad, lo que se llama los períodos de transición. Esa es la respuesta que puedo dar hoy día y me imagino que es suficiente.”¹²³

El significado de esto se estudiará en mayor detalle en la última sección de este capítulo.

ii. Tramitación legislativa

Las referencias a esta materia en la tramitación legislativa formal de la ley 21.200 fueron bastante escuetas: el diputado Marcelo Díaz (independiente) se refirió a este tema en sesión de Comisión de Constitución del 29 de octubre de 2019, para referirse a la futura Constitución señalando que *“el único límite son los tratados internacionales*

¹²³ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019”. Minuto 2:24:59

ratificados y que se encuentren vigentes."¹²⁴ También, la diputada Natalia Castillo (Revolución Democrática), en sesión de Comisión de Constitución de 19 de noviembre de 2019, destacó que respecto del resguardo de los DDHH, *"fue un tema que estuvo presente durante la discusión por el Acuerdo por la Paz y explicó que hay una discusión de carácter constitucional o supranacional que le parece importante explicitar en el texto del acuerdo, esto es, que los tratados internacionales sobre DDHH son el piso para la discusión de fondo para una nueva Constitución y que dichos textos internacionales ya son parte del Acuerdo"*.¹²⁵

Con todo, ambas intervenciones fueron hechas antes de que fuera presentada la propuesta de la Mesa Técnica. Ellas fueron hechas por diputados de oposición, lo cual revela que este era un tema que estaba a la vista en la oposición. Luego, el diputado Matías Walker (Democracia Cristiana), en sala, pero en representación de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, señaló que *"el texto de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar... los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, especialmente en lo que dice relación con los tratados internacionales en materia de DDHH, como es lógico."*¹²⁶ A su vez, el diputado Hugo Gutiérrez (Partido Comunista), expresó su disconformidad con la disposición, ya que, según señaló en sesión en sala de 18 de diciembre de 2019, *"se deben respetar los tratados internacionales ratificados por Chile; todos los tratados internacionales, no solo los que verdaderamente limitan la soberanía popular, como son los tratados de DDHH. Se incluyen hasta los tratados de libre comercio."*¹²⁷ Por lo tanto, si bien no fue unánime, en general hubo apoyo a la idea de esta disposición en particular, sobre todo con respecto a los tratados de DDHH.

De todos modos, el tema resurgió brevemente en el debate legislativo el 17 de noviembre de 2020, cuando un grupo de diputados, entre los cuales se encontraba Camila Vallejo (Partido Comunista), Maya Fernández (Partido Socialista), Tomás Hirsch (Partido Humanista) y Cristina Girardi (Partido por la Democracia) presentó un proyecto de reforma constitucional que "Modifica la Carta Fundamental, en materia de integración, procedimiento, funcionamiento, quorum exigido a la Convención

¹²⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República", 03 abril de 2020, 115, www.bcn.cl/historiadelailey.

¹²⁵ "Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República", 205.

¹²⁶ "Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República", 261.

¹²⁷ "Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República", 319.

Constitucional, normas aplicables a los convencionales, y participación ciudadana en el proceso constituyente.” Éste se refirió específicamente al artículo 135 en lo referido a tratados internacionales, señalando que:

“Los mismos Tratados establecen el modo en que se puede denunciar o retirar de un Tratado. En este sentido, mal podrían los órganos constituyentes denunciar a un Tratado y la prevención de la disposición constitucional resulta un tanto, repetimos, curiosa. Sin embargo, pese a que son los Estados lo que pueden suscribir y denunciar a Tratados, eso no limita al órgano constituyente en cuanto a las disposiciones, principios y textos constitucionales que puede elaborar en relación y en ejercicio de su propia autodeterminación en representación de los pueblos. Es así como el único verdadero límite en materia de Tratados Internacionales y su vigencia y acción, como límite a la potestad constituyente, son aquellos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. El apego a estos tratados de derechos humanos es un reconocido límite a la hoja en blanco, no así los tratados comerciales bilaterales o multilaterales...”

En consecuencia, la mención correspondiente y apropiada, tratándose de los instrumentos internacionales, sería el apego irrestricto a aquellos tratados existentes en materia de derechos humanos. En lo demás, reconociendo que no se puede decretar la denuncia a los Tratados, el órgano constituyente sí puede definir reglas para la suscripción de Tratados o su permanencia en ellos y en general definir principios generales de política exterior e inserción internacional que pueden redundar en la revisión o denuncia de tratados internacionales.”¹²⁸

b. Estudio y análisis del artículo 135 inciso final

Es importante recalcar sobre la ley 21.200, que es un texto legal destinado para normar una situación eminentemente transitoria: la palabra “proceso” constituyente lo denota, al referir a una secuencia de actos ordenados temporalmente y destinados a un fin determinado. De hecho, el proceso constituyente chileno tiene la particularidad que el reemplazo constitucional se prevé durante fechas establecidas, y no se norma en

¹²⁸ “Modifica la Carta Fundamental, en materia de integración, procedimiento, funcionamiento, quorum exigido a la Convención Constitucional, normas aplicables a los convencionales, y participación ciudadana en el proceso constituyente” (2020), 6, <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=58223&formato=pdf>.

abstracto.¹²⁹ Por lo tanto, regula una situación en un momento determinado, y no presenta una norma genérica aplicable toda vez que se manifiesten las condiciones necesarias. Es decir, este derecho *sui generis* no aplica a la generalidad del quehacer jurídico del Estado chileno, sino tan solo al quehacer constituyente durante las fechas establecidas.

Entonces, si bien ésta fue una ley de reforma constitucional en que materialmente se incorporaron algunas reglas básicas sobre el proceso constituyente en la Constitución de 1980, no son conceptualmente reglas que formen parte del mismo orden constitucional. Es más bien un derecho constitucional en sí mismo que puede denominarse un “derecho constitucional transitorio”, destinado a servir de nexo entre dos órdenes constitucionales.¹³⁰

Por lo mismo, el momento y proceso constituyente se ven sujetos a sus propias normas, y no le son aplicables todas las otras normas del vasto y complejo ordenamiento jurídico chileno. La razón de fondo de esto es, como se verá en el tercer capítulo, que tradicionalmente se considera que el poder constituyente originario no está sujeto a normas jurídicas anteriores, es decir, al poder constituido.¹³¹ La razón jurídica, se encuentra en el artículo 133, inciso 3° de la Constitución de 1980 que introdujo la ley 21.200:

“La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio.”

Si bien no se explicita en esta disposición, su trasfondo es que cualquier propuesta de norma que no logre el quórum de dos tercios no será incorporada en el nuevo texto constitucional. De este modo, la Convención podría comenzar a trabajar desde lo que popularmente se ha denominado una “hoja en blanco,” sin un texto o normas por defecto que serían incorporadas en caso de no alcanzarse el quórum.¹³²

¹²⁹ Constitución de Chile (1980). Por ejemplo, el artículo 130, sobre el plebiscito nacional, establece: “Tres días después de la entrada en vigencia de este artículo, el Presidente de la República convocará mediante un decreto supremo exento a un plebiscito nacional para el día 25 de octubre de 2020.”

¹³⁰ Zuñiga, “Nueva constitución y Operación Constituyente: Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente”, 520. Vale la pena recordar también lo postulado por Negretto respecto a la “continuidad legal” entre regímenes constitucionales: Negretto, “New Constitutions in Democratic Regimes”, 8–11.

¹³¹ Emmanuel Sieyès, “¿Qué es el Estado llano?”, en *Escritos Políticos de Sieyès*, ed. David Pantoja (México: Fondo de Cultura Económica, 1993).

¹³² “La explicación de Patricio Zapata sobre la ‘hoja en blanco’: ‘Lo que quiere decir es que ninguno de los dos lados tiene ventaja’”, *El mostrador*, de enero de 2020, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/01/29/la-explicacion-de-patricio-zapata-sobre-la-hoja-en-blanco-lo-que-quiere-decir-es-que-ninguno-de-los-dos-lados-tiene-ventaja/>.

Vale la pena relevar todo lo anterior antes de adentrarnos en el estudio del artículo 135 inciso final, para entender cuáles son las cláusulas de articulación que rigen a este proceso. Por cláusulas de articulación nos referimos a normas que tienen por objetivo “resolver la incorporación/trasposición/uso del derecho internacional en derecho nacional”¹³³ y la jerarquía de dichas normas en relación con el derecho interno. Por lo ya visto, las cláusulas de articulación que con anterioridad regían a la relación entre el Estado chileno y el derecho internacional, no rigen para el proceso constituyente. Por lo tanto, normas tales como el artículo 5° inciso 2° y el artículo 54° de la Constitución de 1980, no tienen la fuerza normativa sobre el órgano constituyente que tiene sobre los órganos constituidos. Por esto, la única norma interna con jerarquía constitucional o legal a la que hay que atender para comprender la relación entre el derecho internacional y el derecho interno en el marco del proceso constituyente chileno de los años 2019-2022 es el artículo 135 inciso final.¹³⁴ Con todo, las normas anteriores tienen valor como parte de la historia constitucional y legal de nuestro país.

Habiendo despejado lo anterior, cabe resolver cuál es el significado del inciso final del artículo 135 de la Constitución de 1980. Lo primero que se puede afirmar categóricamente es que es una norma que no tiene una sanción jurídica aparejada. Esto no solo se desprende de su discusión en la Mesa Técnica,¹³⁵ ya analizada en detalle, sino que encuentra su consagración explícita en los últimos dos incisos del artículo 136 del mismo cuerpo legal, que señalan:

“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.”

¹³³ Paola Andrea Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales* 14, n° 1 (2016): 20.

¹³⁴ Con todo, el Reglamento de la Convención Constitucional también contiene normas que regulan la relación de ésta con el ordenamiento internacional. Entre ellas, podemos señalar los artículos 3 letra (a) y (j), 38 letra (a) y 63 letra (e.) Estos tocan materias relativas a los principios de la Convención, atribuciones de su presidencia y la labor de la Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía. Además, hay diversos otros artículos que hacen referencia a DDHH. Con todo, como se hizo mención en la introducción, por razones metodológicas esta memoria tan solo abarcará el estudio del artículo 135 inciso final, y no estudiará ningún evento ni norma creada posterior a la elección de convencionales constituyentes el 15 y 16 de mayo de 2021.

¹³⁵ Por ejemplo, Fernandois introduce la idea de esta disposición señalando que la idea no es “limitar la Convención”. “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”, minuto 40.

Por lo tanto, no existiendo mecanismo coercitivo alguno con el cual pretender hacer efectiva esta cláusula ante una autoridad o instancia jurisdiccional, podemos observar que esta norma no tiene carácter coercible.

Con todo, siguiendo el principio interpretativo de efecto útil de las normas, debemos desechar la idea de que esta norma no sirve propósito alguno. Por lo demás, a diferencia de lo que podría intuir una visión kelseniana,¹³⁶ esto no le resta valor: una norma no requiere de un mecanismo coercitivo que la sancione para ser tal.¹³⁷ Efectivamente, esta tesis propone que, desde un punto de vista jurídico, lo que dicha cláusula establece es una norma imperativa, pero sin sanción jurídica expresa aparejada (o incoercible). Es decir, es una disposición que contiene un mandato, y no una sugerencia, pero a su vez tiene una característica que la diferencia de muchas normas en un sistema jurídico moderno: en principio no lleva una regla secundaria aparejada que permita señalar las consecuencias de su inobservancia, sino que su cumplimiento queda sujeto a la voluntad de sus destinatarios. Esto también es importante porque, como señala Joel Colón-Ríos, el constituyente originario no debería tener límites sustantivos que sean jurídicamente coercibles, aunque puedan expresar un mandato con contenido político o ético.¹³⁸

A su vez, la segunda dimensión jurídica de esta norma es programática: con ella, el orden constituido le apunta al constituyente sobre la entidad y naturaleza de ciertos bienes jurídicos. Como apunta Colón-Ríos sobre los límites que admite el poder constituyente originario, no es contrario a su naturaleza una cláusula de reemplazo constitucional que *guíe* al constituyente.¹³⁹ Por una parte, comunica que el carácter republicano y democrático del Estado de Chile serían características de su esencia, que por lo tanto deberían trascender a las mutaciones constitucionales del país; es decir, serían intangibles.¹⁴⁰ Por otra parte, que el valor de cosa juzgada de las sentencias

¹³⁶ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962), 146.

¹³⁷ Herbert L. A. Hart, *El Concepto de Derecho* (Argentina: Abeledo-Perrot, 1961), 268–69.

Así también lo ha señalado Jorge Contesse, al referirse a esta norma:

“Es importante aclarar, porque parece haber cierta confusión, que del hecho de que una norma no vincule directamente a quien debe aplicarla no se sigue que carezca de valor jurídico; que sea ‘una suerte de letra muerta’ o una norma ‘de naturaleza lírica.’ Tal categoría de normas es desconocida para la teoría del derecho. Por ello, el art. 135 de la Constitución no es mera prosa; es una norma jurídica, que -tal como se discutió en el seno de la comisión técnica- debe ser tenida en cuenta por la Convención, aun cuando no exista forma de control judicial sobre ella.”

Jorge Contesse, “¿Cláusula de límites?”, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, 2.

¹³⁸ Colón-Ríos, “Constitution Making Through Law”, 49.

¹³⁹ Colón-Ríos, 49.

¹⁴⁰ En su entrevista, Sebastián Soto recalca esto al señalar: “Teníamos dar una señal de una cierta estabilidad, es decir, que la Convención se insertaba en una tradición constitucional.” Soto, Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica. Minuto 25.40.

firmer es de tal entidad, que ni una nueva Constitución debería privarlas de tal efecto. Finalmente, que el cumplimiento de las obligaciones internacionales tiene carácter de Estado, por lo cual no se pueden desconocer o incumplir sobre la base de un cambio constitucional interno.¹⁴¹ Dado lo anterior, para efectos de categorizarla en tanto cláusula de articulación entre el ordenamiento interno y el internacional, esta puede definirse como una norma declarativa: es decir, de aquellas que expresan cuál debe ser la relación del Estado con el ordenamiento internacional.¹⁴² De todos modos, es una norma de evidente corte monista, que podría incluso consagrar la supraconstitucionalidad de los tratados internacionales. Aun así, esta supraconstitucionalidad tan solo tendría efectos durante el proceso constituyente, y la jerarquía de los tratados para la regularidad de la vida jurídica del Estado de Chile será una cuestión que deba resolver el constituyente. En todo caso, como veremos en el tercer capítulo, dada la fragmentación del DIP y la necesaria labor interpretativa que debe realizarse para determinarlo, esto no da respuestas unívocas sobre cuáles obligaciones tiene la Convención con respecto al DIP.

Ahora, desde un punto de vista político, como lo transparenta Fernandois desde que introduce la idea,¹⁴³ ésta se propuso para comunicar estabilidad a la ciudadanía chilena ante las incertidumbres que podía causar un proceso de cambio constitucional. Por lo mismo, la decisión política tras los valores que se pretendieron resguardar respondió a aquello, más que un diagnóstico abstracto sobre los bienes intangibles de la república chilena. Vale recordar, por ejemplo, que la propuesta original contenía la intangibilidad de los derechos adquiridos (*“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar [...] los actos y contratos válidamente celebrados”*).¹⁴⁴ También cabe recordar la discusión dada en torno a la no regresividad de los derechos fundamentales, en que el argumento final para desechar esa parte de la disposición por parte de la oposición fue que podía ser un argumento que limitara el campo de acción de la futura Convención. Todo lo anterior evidencia que la

¹⁴¹ Recordar en este punto, también, que se mencionó a propósito de la historia legislativa en la Mesa Técnica que tuvieron en vista “todos los tratados internacionales.”

¹⁴² Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 21. Un ejemplo de este tipo de normas se da en el artículo 214.2 de la Constitución de Colombia, que señala que durante los estados de excepción deben respetarse las reglas de derecho internacional humanitario.

¹⁴³ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”. Minuto 41:17

¹⁴⁴ Sebastián Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente, entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo, Zoom, 13 de diciembre de 2020, 74.

discusión era en torno a los límites que podían señalarle o no al poder constituyente; y que la forma de comunicar estabilidad, para la derecha en este caso, fue con una cláusula que señalara dichos límites. Esto también explica las críticas que le hicieron a este artículo, que señalaron que esto minaba el concepto de “hoja en blanco.”¹⁴⁵

Por otra parte, sí existe una “sanción” a esta disposición sustantiva, que no es jurídica sino política. La instancia final de aprobación del texto en su completitud es el plebiscito constitucional agendado para sesenta días después del decreto que dictare el Presidente de la República al recibir la propuesta de texto constitucional.¹⁴⁶ En éste, el pueblo soberanamente decidirá si adoptar o no el texto propuesto por la Convención Constitucional.¹⁴⁷ De hecho, atendiendo a la redacción del artículo 135 inciso final,¹⁴⁸ se puede observar que la obligación es a presentar un texto a plebiscito que respete los bienes jurídicos ya mencionados; mas no existe la obligación de que la constitución aprobada respete dichos valores (una obligación de este tipo no sería compatible con que el acto final de aprobación sea plebiscitario.) Es decir, el acto del plebiscito es la instancia de sanción política a dicha norma. Si bien evidentemente las consideraciones que se tendrán en cuenta al analizar si aprobar o no la propuesta de texto excederán con creces lo dispuesto por el artículo 135 inciso final, esta norma está lejos de ser irrelevante: su gran presencia en la discusión pública y académica da cuenta de que es un factor considerado en la validez del proceso constituyente. Por lo tanto, éste sí podrá ser un factor tomado en consideración al momento en que el pueblo decida si le parece válido y legítimo el proceso que se llevó a cabo y el texto constitucional propuestos. Siguiendo a Colón-Ríos, esta es justamente la naturaleza de la sanción que puede tener una cláusula de límites sustantiva: política o moral, mas no jurídica.¹⁴⁹

Con todo, cabe destacar que hay posiciones diversas en lo que refiere a la interpretación de esta cláusula: por una parte, hay quienes sostienen que, al ser imperativa, ella de algún modo (que no se precisa) también sería coercible. Esta ha sido la posición de Arturo Ferandois en sus columnas de *El Mercurio*:

¹⁴⁵ Jean-Pierre Matus, “Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible”, *CIPER Académico*, de enero de 2020, <https://www.ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una-hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>.

¹⁴⁶ Constitución Política de la República (1980). Artículo 142, incisos 1° y 8°.

¹⁴⁷ Así lo señala también la comisionada Claudia Heiss en su intervención en el pleno del 26 de noviembre: “Y la ratificación del texto final se la estamos dejando al pueblo de Chile, porque este no es un poder constituido, es un poder constituyente.” “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de noviembre (Parte 3)”.

¹⁴⁸ “El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar...”

¹⁴⁹ Colón-Ríos, “Constitution Making Through Law”, 49.

*“Por último, la cláusula de límites es derecho, exigible y vinculante para la Convención, no solo una prosa lírica lanzada al viento. [...] Es cierto que la Corte Suprema solo fue dotada de competencia para conocer reclamos por infracciones a procedimientos por parte de la Convención. Pero si el mismo poder constituyente que aspira a crear derecho llegare a ultrajar las normas sustantivas que lo enmarcan, de seguro el Estado de Derecho tendrá vías idóneas para reparar ese que sería un indeleble vicio de origen de la nueva Constitución.”*¹⁵⁰ Esto contradice las opiniones que vertió en la Mesa Técnica, en que señaló:

*“No pretende impedir ese movimiento, sería una pretensión excesiva y sería negar la naturaleza de la Convención Constitucional, pero sí señalarle una reflexión, como dice Sebastián, **programática** pero relevante, en cuanto a que las transiciones tienen que tener también cierto parámetro de sensatez, de gradualidad, lo que se llama los períodos de transición.”*¹⁵¹ (Énfasis propio.)

Se refería a la intervención de Sebastián Aylwin de la misma sesión, en cuanto a que la imposibilidad de reclamación *“vuelve alguna manera una norma programática, un mensaje.”*¹⁵² También contradice lo que señaló Sebastián Soto en su entrevista, en que enfatizó: *“Quiero decir un par de cosas, lo primero es que siempre tuvimos claro que ese era una declaración constitucional más que una regla que pudiera ser exigible o hecha exigible por la Corte Suprema.”*¹⁵³ Además, vale la pena destacar esto porque luego inició una discusión en los medios sobre el valor jurídico del artículo 135 inciso final: profesores de Derecho tal como Hernán Corral apoyaron esta opinión de Fermandois.¹⁵⁴ Pero de todos modos en base a la norma interpretativa de la ley del artículo 19 inciso 2º de nuestro Código Civil, tiene mayor valor jurídico su opinión vertida en la *“historia fidedigna de su establecimiento.”*

Por otra parte, hay quienes sostienen que esta norma consagra una limitación a las competencias de la Convención, más que una directriz sustantiva. Esta es la opinión del comisionado Sebastián Aylwin, quien sostuvo en su entrevista: *“algo que a mí parecer es evidente, pero tal vez no es evidente para todo el mundo, que es que la Convención no puede ponerse a discutir tratados internacionales en particular.”*¹⁵⁵ Además, según el documento facilitado por Aylwin para esta investigación, la intención de la norma al

¹⁵⁰ Arturo Fermandois, “La cláusula de límites: marco y orientación”, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, 2.

¹⁵¹ “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019”. Minuto 2:24:59..

¹⁵² “Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019”. Minuto 2:17:54.

¹⁵³ Soto, Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica. Minuto 27:30.

¹⁵⁴ Hernan Corral, “TPP11 y límites a la Convención”, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, 2.

¹⁵⁵ Aylwin, Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente.

ser redactada, fue desincentivar que la Convención debatiera sobre tratados en particular, ya que esta no sería una labor que le correspondiera a un órgano constituyente, sino a los que éste otorgue tales potestades.¹⁵⁶ Así también lo señala en un video que subió a su canal de Youtube explicando esta norma.¹⁵⁷ Esto también está en línea con los dichos lo que señala en su entrevista la comisionada Escudero, señalando que *“la Convención no se puede reunir un día y decir ‘el Pacto de San José no nos gusta, desde mañana no va a estar’, porque los tratados dependen de la continuidad jurídica del Estado, no de la Constitución.”*¹⁵⁸ De todos modos, la Convención tiene plena autonomía para reformular la Constitución y establecer modificaciones que en la práctica afectan la manera en que un tratado se desenvuelve, de modo que dicho tratado debiera ser reexaminado en el futuro por los órganos e instancias competentes.¹⁵⁹ Así también han opinado en el foro público los profesores Lovera, Salgado y Contreras.¹⁶⁰

Esta memoria no comparte estas dos interpretaciones. Sobre la primera, respecto a la coercibilidad de la norma, ya se elaboró anteriormente. Respecto a la segunda, esta no se sostiene porque el artículo 135 contiene en su primer inciso una limitación a las competencias de la Convención: *“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.”* Así, como el artículo 54 de la Constitución de 1980 consagra que es competencia *“exclusiva”* del Presidente de la República, solicitando la opinión previa del Congreso, la facultad de denunciar o retirarse de un tratado, no cabe la posibilidad de que la Convención lo haga también; sería una extralimitación de sus facultades. Por ende, en base al principio interpretativo del efecto útil de las cláusulas, el inciso final no podría

¹⁵⁶ El tema de las denuncias en particular está tratado en la Sección Tercera de dicha Parte. En ella, el artículo 54 reza:

“Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar:

a) conforme a las disposiciones del tratado, o

b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás contratantes.”

¹⁵⁷ Aylwin Correa, Sebastián Aylwin - *Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional*. Minuto 5.00.

¹⁵⁸ Paillape y Muñoz, *“¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?”*

¹⁵⁹ En este sentido también se ha expresado Sebastián Aylwin. Aylwin Correa, Sebastián Aylwin - *Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional*. Minuto 4.00.

¹⁶⁰ Estos han señalado que:

“El efecto jurídico de la norma en cuestión es establecer competencias claras para la Convención Constitucional, así como para los órganos constituidos que seguirán operando en el intertanto. Se respeta así la naturaleza híbrida del proceso, institucionalizado y normado, pero que no deja de ser constituyente. Respecto de los tratados internacionales, esto quiere decir que la Convención no puede firmar, aprobar, ratificar o denunciar tales instrumentos. Estas son atribuciones que se mantendrán en manos de la presidencia del Congreso Nacional durante el desarrollo del proceso.”

Pablo Contreras, Domingo Lovera, y Constanza Salgado, *“¿Cláusula de límites?”*, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, 2.

estar repitiendo algo ya señalado en el inciso primero. En este sentido también se ha manifestado Claudio Troncoso.¹⁶¹ Por lo demás, la interpretación de que sería una norma distribuidora de competencias no se encuentra presente en la historia legislativa de la norma.

De todas maneras, también cabe hacer una crítica a esta disposición y es que ella significó una extralimitación del mandato dado por los partidos políticos a las facultades de la Mesa Técnica, ya que no “materializaba el acuerdo” sino que creó un punto nuevo que ni siquiera estuvo en la discusión política del Acuerdo. En todo caso, este defecto se saneó cuando los congresistas de los partidos aprobaron la disposición en el Congreso; pero, como pudimos observar, de la discusión legislativa, fue con escasa discusión de fondo. Lo anterior es problemático, dado que es una norma de contundente contenido político y que fue creada por un organismo técnico. Lo anterior incide, entre otras cosas, en los cuestionamientos que se le han hecho y en un déficit de legitimidad.

Como comentario final, cabe mencionar que este tipo de cláusulas y la referencia en ellas al respeto a los tratados internacionales no son inéditas en el derecho constitucional comparado. Por ejemplo, en el caso venezolano, las Bases Comiciales para el referéndum consultivo sobre la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente a celebrarse el 25 de abril de 1999, señalaban que

*“una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.”*¹⁶²

¹⁶¹ Claudio Troncoso Repetto, “Nueva Constitución y tratados internacionales”, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, 2. Claudio Troncoso Repetto, “Jornada preparatoria II Congreso Estudiantil de Derecho Internacional: ‘¿Hoja en blanco o tinta invisible?’”, https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=1098764540648312.

¹⁶² Párrafo Octavo, “Venezuela: Bases Comiciales del Constituyente” (1999), <https://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Venezuela/bases.html>.

Capítulo II: Normas internacionales relevantes para entender el estatus del derecho internacional frente al proceso constituyente

Este capítulo pretende estudiar cómo el propio derecho internacional público (“DIP”) regula su relación con los ordenamientos nacionales, y la aplicación de esto al proceso constituyente chileno. Para esto, en este capítulo estudiaremos las teorías de la relación entre derecho internacional y derecho interno. Luego, cómo estas teorías y sus implicancias se manifiestan en cada tipo de fuentes de derecho internacional que contienen normas sustantivas y obligatorias para el Estado de Chile; los tratados internacionales, la costumbre y los principios. También se estudiará el rol del *soft-law*. No se estudiará el rol de la jurisprudencia internacional ni de la doctrina, por ser medios auxiliares para la determinación de las reglas de DIP.¹⁶³

En lo que sigue es importante recalcar dos cosas: primero, que los actos que emanen de la Convención Constitucional, en tanto órgano del Estado de Chile,¹⁶⁴ son atribuibles a éste.¹⁶⁵ Los órganos cuyos comportamientos se consideran atribuibles al Estado no son tan solo los que ejerzan funciones legislativas, ejecutivas o judiciales, sino que también puede ser “de otra índole, cualquiera sea su posición en la organización del Estado.”¹⁶⁶ Dentro de ésta última categoría podemos incluir a la función o poder constituyente. Esto significa que el comportamiento de la Convención también tiene efectos internacionales y puede generar responsabilidad internacional.

Segundo, que las obligaciones de un Estado no dejan de estar vigentes en un momento constituyente.¹⁶⁷ Por lo tanto, el Estado chileno continúa obligado por sus compromisos internacionales.

1. Derecho internacional y derecho interno: elementos teóricos preliminares

La relación entre un poder constituyente con el ordenamiento jurídico internacional es una manifestación particular de un fenómeno más amplio; es decir, la relación entre

¹⁶³ Artículo 38.1(d), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

¹⁶⁴ Artículo 131, Constitución de Chile (1980).

¹⁶⁵ Artículo 4.2, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 § (2001), https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.

¹⁶⁶ Artículo 4.1, Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

¹⁶⁷ La nulidad, terminación y suspensión de los tratados se encuentra regulada en la Parte V de la CVDT.

los derechos internos estatales con el internacional. Esto último ha sido un objeto de estudio clásico de la doctrina internacionalista, que tradicionalmente ha explicado los fundamentos básicos de dicha interacción a partir de dos teorías: las contrapuestas visiones dualistas y monistas. Además, estudiaremos brevemente teorías alternativas que han surgido en el último tiempo, que plantan superar esta dicotomía a través de lo que denominan una interacción “pluralista” entre ambos ordenamientos.

Por lo tanto, cualquier esfuerzo por entender la influencia del DIP en un proceso constituyente exige estudiar las teorías que tradicionalmente han explicado esta relación, para luego analizar qué implicancias tiene adoptar una u otra postura. Así, en la primera parte de este capítulo estudiaremos la tradicional bifurcación entre doctrinas dualistas y monistas y cómo entienden el deber de órganos estatales, como la Convención Constitucional, de cumplir con dichas obligaciones y qué hacer frente a un conflicto de obligaciones entre normas internacionales y domésticas.

a. Dualismo

La teoría dualista entiende que el ordenamiento internacional y el nacional existen de manera separada y unas normas no se superponen sobre las otras, por lo que no tienen la capacidad de derogarse. En otras palabras, las normas de una esfera no son válidas en la otra como tales; por lo que el DIP no puede ser directamente aplicable dentro del mismo a menos que se transforme en norma interna.¹⁶⁸ Los actos de transformación son aquellos en que el Estado crea una norma interna que admite o incorpora la norma internacional a su orden jurídico.¹⁶⁹ Esto se explicaría porque ambos ordenamientos jurídicos son de una naturaleza fundamentalmente distinta y tienen distintas estructuras legales: gobiernan a distintos sujetos y emanan de distintas fuentes. Mientras el sistema internacional pretende fundamentalmente regular la relación entre Estados, el interno regula relaciones intra-estatales.¹⁷⁰ Y mientras las normas internacionales emanan de fuentes de DIP, con sus propias fuentes de validez, las nacionales emanan de fuentes de derecho estatal. En caso de que normas internacionales fueran a entrar al sistema interno, sería a través de sus propias reglas de reconocimiento¹⁷¹ y con fundamento en la autoridad suprema del Estado dentro de

¹⁶⁸ Santiago Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 8ª edición (Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2004), 77.

¹⁶⁹ Benadava Cattán, 77.

¹⁷⁰ Malcolm Shaw, *International Law*, 6ª ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 131.

¹⁷¹ Erika De Wet, “The Constitutionalization of Public International Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Oxford University Press, 2012), 1211.

su propia jurisdicción, pero no a través de una influencia que automáticamente tiene el DIP en la esfera interna.¹⁷²

En el derecho internacional, esta posición está tradicionalmente arraigada en el pensamiento positivista. Éste le da especial énfasis al consentimiento y la práctica de los Estados, más que a estructuras formalistas, deducciones teóricas o ideas morales.¹⁷³ Un gran componente de la teoría dualista es la noción de que el Estado es soberano para decidir si hace de las normas internacionales derecho interno. Por lo mismo, no acepta que el derecho internacional sea jerárquicamente superior al doméstico, incluyendo a las normas constituciones.¹⁷⁴ La jerarquía más bien dependería del rango que el acto de incorporación le confiriera, por lo que la validez y alcance del DIP variaría según cada ordenamiento constitucional.¹⁷⁵ Es más, postula que no pueden existir conflictos normativos entre unas reglas y otras sin este acto de incorporación, dado que operan en planos distintos.¹⁷⁶ Más bien, lo que ocurre cuando un Estado en su esfera doméstica no actúa de acuerdo con sus obligaciones internacionales, es que el Estado a nivel internacional incurre en un incumplimiento y el remedio estará en el campo internacional; mas no habría una derogación de la norma interna.¹⁷⁷ Por otra parte, ante tal conflicto, a nivel interno un tribunal debería aplicar el derecho nacional, o por lo menos ese mismo sistema debería decidir qué regla deberá prevalecer.¹⁷⁸

Otro fundamento de esta posición se sostiene en la crítica al déficit democrático del DIP. Sostiene, en resumen, que no hay nada inherente a éste que lo haga el derecho ideal para buscar la paz o el progreso social y económico de todas las naciones¹⁷⁹ (en contraposición, como veremos, a la versión iusnaturalista del monismo.) A su vez, las instituciones del derecho internacional muchas veces no consagran plenamente la igualdad soberana de los Estados (formalmente, como ejemplifica el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, ni sustantivamente, como se da por el desigual poder negociador de los Estados).¹⁸⁰ Por lo demás los espacios de deliberación

¹⁷² Shaw, *International Law*, 131.

¹⁷³ Shaw, 131.

¹⁷⁴ De Wet, "The Constitutionalization of Public International Law", 1211.

¹⁷⁵ Acosta Alvarado, "Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno", 18.

¹⁷⁶ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 77.

¹⁷⁷ Shaw, *International Law*, 133.

¹⁷⁸ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8ª ed. (Nueva York: Oxford University Press, 2012), 48.

¹⁷⁹ Ximena Fuentes Torrijo, "International Law and Domestic Law: Definetely an Odd Couple", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 77, n° 2 (2008): 498.

¹⁸⁰ *Ibidem*

democrática interna de los países, como lo son los parlamentos, se ven limitados al momento de discutir y decidir sobre estas normas, que ya están previamente fijadas por las negociaciones y política internacional. Es por todo lo anterior, que se critican las posiciones que sostienen que el DIP y el derecho interno se integran y forman un todo unitario.

b. Monismo

A su vez, las teorías monistas tienen una visión unitaria del Derecho, en que el internacional y el nacional componen un mismo ordenamiento jurídico. A raíz de esta visión unificada, las normas internacionales que se bastan a sí mismas pueden ser invocadas en tribunales y demás foros domésticos, sin transformación previa a través de sus propias reglas de reconocimiento.¹⁸¹ Esta perspectiva está motivada por el deseo de asegurar eficacia al derecho internacional y prevenir que una norma entre en conflicto entre ambos sistemas; por lo mismo, bajo esta visión el DIP suele tener altos rangos jerárquicos en el derecho interno.¹⁸²

La teoría monista encuentra sus raíces filosófico-jurídicas en dos corrientes de pensamiento radicalmente distintas: Por una parte, existe una posición arraigada en el iusnaturalismo, en que encontramos a autores tales como Lauterpacht, que postulan que la regulación internacional sería el mejor medio para lograr el cometido del Derecho; la protección de los individuos.¹⁸³ Por otra parte, el monismo de uno de los fundadores del positivismo jurídico, Hans Kelsen, postula una perspectiva lógico-formalista, según la cual

“el orden jurídico internacional determina las esferas de validez territorial, personal y temporal de los órdenes jurídicos nacionales, haciendo posible así la coexistencia de numerosos Estados [...] Se observa del análisis precedente que, desde el punto de vista del derecho internacional, es desde donde se comprende su conexión con el derecho nacional y por lo tanto, con un orden jurídico universal...”

¹⁸¹ Con todo, el Estado podría exigir que la aplicación sea precedida de un acto interno de implementación. Por ejemplo, en el caso chileno ocurre la publicación de la norma internacional en el Diario Oficial es reconocida como un acto de implementación, pero estos no equivalen a actos de transformación.

¹⁸² De Wet, “The Constitutionalization of Public International Law”, 1211.

¹⁸³ Shaw, *International Law*, 132.

*No pueden ser sistemas normativos distintos e independientes entre sí, si las normas de ambos sistemas son consideradas válidas para el mismo espacio y el mismo tiempo.”*¹⁸⁴

Los monistas, al contrario de los dualistas, sí conciben que puedan existir conflictos de normas; pero generalmente reconocen que una norma interna contraria al DIP es válida en el orden jurídico interno. Ello no se debería a que ambos órdenes jurídicos sean diferentes y separados, sino a que el DIP no establece un procedimiento para hacer efectiva la nulidad de la norma interna.¹⁸⁵ De todos modos, en esta visión también ante el incumplimiento de una obligación internacional, se generaría la responsabilidad internacional del Estado.

Estas visiones clásicas siguen vigentes y por lo tanto también se han reformulado desde pensadores contemporáneos. Desde el dualismo, Gaetano Arangio-Ruiz plantea la necesidad de mirar a las normas internacionales para descifrar la relación entre ambos ordenamientos.¹⁸⁶ Por otra parte, los planteamientos “neomonistas” han afirmado que aun cuando el DIP es un cuerpo articulado de normas con sus propias estructuras y herramientas, requiere de recepción en el ordenamiento interno para ser implementado. Aun así, dicha recepción debe respetar los rasgos propios del ordenamiento interno y asegurar su coherencia.”¹⁸⁷ Por lo tanto, podemos observar que en general las posturas originalmente dicotómicas se han morigerado.

c. Corrientes contemporáneas: pluralismo jurídico

En la discusión contemporánea han surgido muchas visiones que postulan la superación de la dicotomía monismo-dualismo. A continuación, estudiaremos una propuesta en particular, liderada por el académico alemán Armin von Bogdandy.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Hans Kelsen, *Principios de Derecho Internacional* (España: Comares, 2013), 345-346.

¹⁸⁵ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 78. De hecho, hay pensadores monistas que postulan la prevalencia del derecho nacional por sobre el DIP, tal como Alfred Verdross. Véase: Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 19.

¹⁸⁶ “Apunta el autor que la necesidad de fijarnos en las normas nacionales para descifrar la relación entre los dos ordenamientos es resultado de una premisa dualista y que, pese a lo que suele decirse, el dualismo nunca negó la interacción entre los dos ordenamientos, simplemente negó la posibilidad de que el derecho internacional pudiera truncar la validez de las normas nacionales.” Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 27.

¹⁸⁷ Acosta Alvarado, 27.

¹⁸⁸ Armin Von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law* 6, n° 3-4 (2008): 397-413. Ver también: Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. Manuel Yañez, “El Derecho Internacional y el proceso constituyente chileno: límites y propuestas para un nuevo marco de relación entre Derecho interno e internacional.” (Coloquio, X Coloquios de Derecho Internacional | Segundo Panel: Investigaciones universitarias sobre Constitución Política y Derecho Internacional., Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 7 de enero de 2021),

Éste parte de la crítica a la persistente vigencia del monismo y el dualismo, señalando que éstos surgieron en un contexto histórico muy distinto al que vivimos hoy: el DIP estaba permeado por el auge del Estado-nación, paradigma que hoy ha cedido ante los procesos de globalización, el desarrollo del derecho internacional y la positivización de disposiciones en la legislación nacional sobre el rol de éste.¹⁸⁹ Por lo tanto, según el autor, ambas posiciones presentan argumentos poco útiles y ajenos a los debates teóricos contemporáneos; serían “zombis intelectuales” que sobreviven a otros tiempos y deberían “descansar en paz o deconstruirse.”¹⁹⁰

Este autor presenta como alternativa comprender que lo que existe en dicha relación es una situación de pluralismo jurídico.¹⁹¹ Esta idea descansa sobre el planteamiento iusfilosófico y de la sociología jurídica de que existe la posibilidad de que más de un ordenamiento jurídico convivan dentro de un mismo espacio socio-político, basados en diferentes fuentes últimas de validez y mantenidas por formas de organización diferentes a la estatal.¹⁹² Siguiendo estas corrientes teóricas, von Bogdandy sostiene que el DIP y los derechos nacionales regulan simultáneamente los mismos espacios e interactúan de maneras diversas que no responden a la noción kelseniana de la pirámide normativa,¹⁹³ es decir, no habría una jerarquía predefinida en dicha relación, sino que más bien debe configurarse una manera de “acoplar” ambos sistemas.¹⁹⁴ Ese acoplamiento, que también es una forma de mediación entre el derecho internacional y el interno, puede lograrse a través de las instituciones políticas, administrativas o judiciales.¹⁹⁵ Para esto, las democracias deberían tener la posibilidad de limitar legalmente el efecto de una norma internacional en sus órdenes internacionales en caso

https://www.youtube.com/watch?v=nBu4KgLA3QI&list=PLtuPf6qoUH_gwexWRvXkHaGDHj2wYIET7&index=20.

¹⁸⁹ Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 25–26.

¹⁹⁰ Von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, 400.

¹⁹¹ Von Bogdandy, 400.

¹⁹² Franz von Benda-Beckmann, “Who’s Afraid of Legal Pluralism?”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2013, 37. Ver también: Boaventura de Sousa Santos, *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, 1ª ed. (Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 1998), cap. 1: “La pluralidad de los campos sociojurídicos”.

¹⁹³ Von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, 401.

¹⁹⁴ En la doctrina nacional quien ha dado mayor desarrollo a esta idea es la profesora María Angélica Benavides, denominándolo “control de compatibilidad.” María Angélica Benavides Casals, “El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia)”, *Estudios Constitucionales* 15, n° 2 (2017): 365–88.

¹⁹⁵ Von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, 401.

de un conflicto grave con los principios constitucionales.¹⁹⁶ Esto se resuelve haciendo un balance de los principios en juego, y aquello también requiere mirar al ordenamiento constitucional concreto y las normas que contiene en referencia al DIP. Por lo tanto, lo importante sería entender y establecer principios que guíen dicha interacción, tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos.¹⁹⁷

Finalmente, cabe señalar que si bien la propuesta de von Bogdandy es tan solo una más dentro de una constelación de autores que abogan por la superación de esta supuesta dicotomía entre monismo y dualismo, ilustra de manera adecuada que posiciones como las suyas tienen una perspectiva más bien descriptiva. Además, estas posiciones no están exentas de crítica: Martti Koskenniemi ha dicho que el problema que estas visiones presentan es que pueden caer en un pragmatismo que signifique dejar de pujar por cambios significativos.¹⁹⁸

d. Teorías en la práctica

Es importante destacar también que estos planteamientos no son puramente teóricos, sino que tradicionalmente se han utilizado para catalogar a ciertos países como afines al dualismo o al monismo.¹⁹⁹ Los países llegan a asimilarse más a una corriente u otra dadas las decisiones constitucionales que tomen, y son libres de asumir una u otra posición: el DIP, por regla general, no contiene mandatos sobre el rol de sus normas en el ordenamiento interno. Por lo tanto, es tarea del derecho constitucional de cada Estado decidirlo.²⁰⁰ Es decir, cada país debe adoptar una posición sobre los efectos de las normas internacionales en su territorio.

Así, el Reino Unido históricamente se ha entendido como dualista, dado que exige la transformación del DIP en derecho nacional.²⁰¹ En cambio, países como Noruega, Francia y Estados Unidos históricamente se han considerado monistas. En Chile la concepción históricamente predominante ha sido esta última, como ya apuntó Andrés

¹⁹⁶ Von Bogdandy, 412.

¹⁹⁷ Von Bogdandy, 401.

¹⁹⁸ Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 2^a ed. (Oxford: Hart Publishing, 2011), 352–53.

¹⁹⁹ Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 21.

²⁰⁰ Von Bogdandy, “Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law”, 403.

²⁰¹ Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 22.

Bello al escribir “que en una nación y en una época dadas el derecho de gentes sea una parte de la jurisprudencia patria, no admite duda.”²⁰²

Con todo, también es importante hacer notar que incluso en la práctica, esta dicotomía nunca se ha manifestado de manera pura;²⁰³ más bien, los Estados funcionan como híbridos situados dentro del espectro dualismo-monismo en la cual todos los países tienen distintas disposiciones y comportamientos que pueden situarse de manera más cercana a una u otra postura.²⁰⁴ Incluso, esta es una de las razones por las que von Bogdandy postula que debemos superar esta dicotomía.

e. Aplicación de estas teorías a la cuestión constituyente

La primera conclusión que se puede desprender de esta sección es que es inherente al estudio de la relación entre el DIP y los derechos internos, la toma de postura frente al tipo de interacción que tienen. Este posicionamiento no es tan solo teórico, sino que tiene manifestaciones políticas y jurídicas claras en las decisiones de diseño constitucional que adoptan los Estados. Por ende, de la posición teórica que se asuma depende en gran parte la concepción sobre el rol del DIP ante un cambio constitucional. Por lo tanto, dependiendo de si se adopta la teoría monista, dualista o pluralista, será distinta la conclusión a la que se arribe con respecto al rol del DIP frente al cambio constitucional.

Conforme a la teoría dualista, el DIP no influye directamente sobre el ordenamiento interno, sino mediante una norma interna que admite o incorpore la norma internacional a su orden jurídico. Tales normas transformadoras existen previamente en el ordenamiento interno; pero en el caso constituyente, no sujetarían al trabajo de la Convención Constitucional ni demás demostraciones de poder constituyente, por ser derecho constituido. La única norma que tendría tal capacidad es la del artículo 135 inciso final, con los alcances observados en el capítulo anterior. Por lo tanto, las normas internacionales obligarían al Estado en el plano internacional, pero no en el plano nacional, en el cual tendría plena soberanía para determinar el contenido de las normas constitucionales con independencia de eventuales normas internacionales. Y si en ese proceso atiende a las reglas de DIP, será en virtud de su propia voluntad soberana y de

²⁰² Andrés Bello, *Principios de derecho internacional y escritos complementarios*, 2ª ed., Obras Completas de Andrés Bello (Caracas: Fundación La Casa de Bello, 1981), 23.

²⁰³ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 79.

²⁰⁴ Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 22.

acuerdo con las reglas de reconocimiento que la Convención Constitucional deba seguir según la ley 21.200 y su reglamento.²⁰⁵

Por otra parte, si se adopta una posición monista, se entiende que incluso dentro del ámbito constituyente el Estado se encuentra obligado por las normas internacionales; porque los compromisos internacionales al que éste se ha obligado tienen un carácter de Estado y no dependen de la configuración constitucional interna. Por lo tanto, al momento de redactar la Constitución, debe guiarse por dichas obligaciones, las que imponen cierto marco jurídico al debate. Es decir, no existiría una discrecionalidad absoluta. En conclusión, la posición monista refuerza la idea de “poder constituyente limitado.”²⁰⁶

Luego, si se atiende a una visión pluralista, se comprende que el ordenamiento jurídico internacional es una realidad normativa que podrá interactuar de diversas maneras con el orden constitucional, y que en dicha interacción no hay respuestas *a priori* sino que deben ser ponderadas según el caso concreto. El DIP, más bien, sería una realidad normativa que el proceso constituyente debe tomar en consideración.²⁰⁷

Si bien lo anterior es una aproximación a grandes rasgos de lo que implican las respectivas posturas, veremos a continuación cómo esto se manifiesta en cada fuente del DIP.

2. Fuentes de derecho internacional en su relación con reglas internas

Lo planteado desde la teoría en la sección anterior también puede ser llevado a un plano más concreto, observando cómo distintas fuentes de derecho internacional se relacionan con el derecho interno y podrían obligar al Estado chileno en el marco de un proceso constituyente. Es decir, cómo se relacionan los tratados, la costumbre, los principios²⁰⁸ y otras posibles fuentes de DIP, (incluso el *soft law*, según algunas tesis) con el ordenamiento jurídico nacional.²⁰⁹

²⁰⁵ Es decir, siguiendo las reglas de procedimiento que normen el trabajo de la Convención Constitucional. Por ejemplo, la ley de quórum de 2/3.

²⁰⁶ Este concepto se estudiará más en detalle en el tercer capítulo.

²⁰⁷ Yañez, “El Derecho Internacional y el proceso constituyente chileno: límites y propuestas para un nuevo marco de relación entre Derecho interno e internacional.” Minuto 1.01.10.

²⁰⁸ Artículo 38.1 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945.).

²⁰⁹ Todas estas son fuentes de obligaciones para el Estado chileno; lo cual constituye una diferencia formal con lo que plantea el artículo 135 inciso final de la Constitución de 1980, que solo se refiere a los tratados. Con todo, como se criticó en el primer capítulo, la referencia acotada a los tratados internacionales no fue acertada, dado que arbitrariamente excluye a obligaciones internacionales emanadas de otras fuentes de DIP.

En el análisis que sigue, cada fuente de DIP se relacionará con el poder constituyente para determinar los desafíos que se plantean frente a un cambio constitucional.

a. Tratados

Los tratados o convenciones internacionales son acuerdos celebrados voluntariamente entre dos o más Estados o con una organización internacional, regidos por el DIP y destinados a producir efectos jurídicos.²¹⁰ Para entender la regulación básica del derecho de los tratados, hay que atender a la codificación y desarrollo que le dio la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT).²¹¹ El Estado de Chile es parte de esta Convención dado que la aprobó el 26 de febrero de 1981²¹² y la ratificó con fecha 9 de abril de 1981, siendo promulgada a través de Decreto Supremo n°381 el 22 de junio de 1981.²¹³ A continuación, estudiaremos sus principales normas relevantes para el trabajo en estudio: El artículo 26, relativo al principio de *pacta sunt servanda*; el artículo 27, relativo al derecho interno y la observación de los tratados; y el artículo 46, referido al cambio fundamental en las circunstancias.

i. Artículo 26: Principio general de pacta sunt servanda

El artículo 26 de la CVDT consagra el principio de *pacta sunt servanda*, es decir, que lo pactado obliga. En los términos de la propia Convención, “*todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*” Este principio representa el corazón de la Convención, como señala tanto su preámbulo como el proyecto de artículos elaborado por la Comisión de Derecho Internacional.²¹⁴ Por lo demás, también encuentra su origen en el derecho consuetudinario,²¹⁵ por lo que incluso trasciende a la CVDT.²¹⁶

²¹⁰ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 23.

²¹¹ Preámbulo, Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 § (1969).

²¹² Decreto Ley 3633: Aprueba convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita el 23 de mayo de 1969 (1981).

²¹³ Decreto Ley 381: Promulga la convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969 (1981).

²¹⁴ “Yearbook of the International Law Commission, Volume II” (United Nations, 1966), 211.

²¹⁵ En el Preámbulo de la CVDT se señala que “Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe y la norma “*pacta sunt servanda*” están universalmente reconocidos.”

²¹⁶ De hecho, su importancia en el DIP se remonta al pensamiento de Grocio, que se refirió a este principio como el centro del ordenamiento legal internacional. Además, está recogido en el artículo 2 párrafo 2 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y ningún tribunal internacional jamás ha cuestionado su validez. Mark Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 368.

Además, las normas deben ser cumplidas de buena fe. El significado y alcance de la buena fe, otro principio general del derecho,²¹⁷ incide en la manera en que se debe interpretar y cumplir una norma. Si bien la discusión en extenso escapa el alcance de este trabajo, podemos entender que a grandes rasgos establece que las partes deben conformarse a sus obligaciones según la naturaleza de éstas, observando las estipulaciones bajo el espíritu que se desprende de su tenor literal.²¹⁸ También se extiende, entre otras cosas, a la doctrina del abuso de derecho,²¹⁹ según la cual las partes deben abstenerse de actos dirigidos a frustrar el objeto y propósito del tratado.

Lo anterior representa el *quid* de la dificultad que plantea la relación entre el derecho internacional y el interno frente a un cambio constitucional. Las normas vigentes contraídas por el Estado chileno en virtud de los tratados que ha suscrito y ratificado continúan siendo obligatorias a pesar de que, a nivel interno, la Convención Constitucional, en principio, no estaría sujeta a normativa anterior. Este deber de cumplimiento involucra el comportamiento activo de todos los órganos del Estado que deben dar cumplimiento a dichas obligaciones.²²⁰ Dado que la Convención Constitucional también es un órgano del Estado, este mandato también estaría dirigida a ella.²²¹ Con todo, las implicancias específicas de esto se detallarán a propósito del artículo 27 de la CVDT.

ii. Artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados

El artículo 27 de la CVDT,²²² un corolario del artículo 26,²²³ señala que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Esta es una disposición que vela por la eficacia del derecho internacional,²²⁴

²¹⁷ Nuclear Testes Case (Australia v. France) (Corte Internacional de Justicia de diciembre de 1974); Markus Kotzur, “Good Faith (Bona Fide)”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Enero de 2009, párr. 5.

²¹⁸ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 367.

²¹⁹ Villiger, 367.

²²⁰ Villiger, 366 y 370.; Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 77; Claudio Troncoso, “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”, *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 456, <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2014.30938>.

²²¹ En el marco de la discusión sobre este tema en el diario *El Mercurio*, el profesor Claudio Troncoso comentó en este sentido, señalando “del artículo 26 se desprenden obligaciones para los poderes del Estado con capacidad normativa (incluyendo la Convención Constitucional), consistentes en adoptar las medidas que permitan ejecutar las obligaciones y ejercer los derechos que emanen de las normas de los tratados vigentes y en inhibirse de dictar normas que contradigan las obligaciones internacionales de los Estados asumidas mediante tratados.” Troncoso Repetto, “Nueva Constitución y tratados internacionales”.

²²² Como se anunció en la introducción de este trabajo, las dos fuentes principales que deben estudiarse para entender la relación del poder constituyente con el derecho de los tratados son el artículo 135 inciso final de la Constitución de 1980 y el artículo 27 de la CVDT.

²²³ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*.

²²⁴ Shaw, *International Law*, 137.

por lo que ya la Corte Permanente de Justicia Internacional (“CPJI”), señalaba que es una regla “autoevidente.”²²⁵ Este último consagra la regla general sobre cómo el derecho interno interactúa con el DIP, y, por ende, de su interpretación se extraen diversas consecuencias para la materia en estudio.²²⁶ A pesar de que nadie niega su importancia, su significado y alcance han sido objeto de una clásica discusión en la doctrina nacional e internacional.

Una posición, de inspiración monista, extrae de esta disposición la primacía del DIP sobre el derecho nacional en el foro interno.²²⁷ Generalmente esto tiene efectos para la aplicación del DIP por los tribunales nacionales.²²⁸ Para efectos constituyentes, autores como Humberto Nogueira han sostenido que esta norma consagra una “limitación heterónoma” al poder constituyente originario.²²⁹ Esta limitación implicaría que el constituyente originario sería extrajurídico, autónomo e ilimitado solo en la medida que no alterase normas internacionales, como las de *ius cogens*, de fronteras o las del derecho internacional convencional, incorporadas válidamente al derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión. Por lo tanto, “*un Estado sólo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente.*”²³⁰ Esta limitación deriva de que son normas que han sido integradas previamente al ordenamiento interno, lo cual limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores. En efecto, la integración previa de determinadas normas internacionales irreversiblemente limitaría el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un espacio jurídico que el nuevo constituyente no podría afectar. Por lo tanto, esto sería una expresión de una potestad constituyente limitada.²³¹ En la discusión nacional referido al proceso constituyente se ha dicho que,

²²⁵ *Exchange of Greek and Turkish Populations Advisory Opinion*, No. Series B, n°10 (Corte Permanente de Justicia Internacional 1925), párrafo 20.

²²⁶ Además, la discusión pública sobre esta cuestión también ha volcado mucha atención sobre el artículo 27 de la CVDI. Ver: Troncoso Repetto, “Nueva Constitución y tratados internacionales”, A2. Sebastián López E., “Cláusula de límites”, *El Mercurio*, de enero de 2021, sec. A, A2. Domingo Lovera, Constanza Salgado, y Pablo Contreras, “Los límites del Derecho Internacional a la Constituyente”, <https://www.youtube.com/watch?v=k40GCOudhLY&t=4178s>. Yañez, “El Derecho Internacional y el proceso constituyente chileno: límites y propuestas para un nuevo marco de relación entre Derecho interno e internacional.”

²²⁷ Troncoso, “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”, 460. Humberto Nogueira Alcalá, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis* 2, n° 2 (1997): 9–43.

²²⁸ Troncoso, “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”, 460.

²²⁹ Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, *Revista Ius et Praxis* 15, n° 1 (2009): 252.

²³⁰ Nogueira Alcalá, 251.

²³¹ Nogueira Alcalá, 251.

como consecuencia de esta norma y el artículo 26 de la CVDT, que la Convención Constitucional, al elaborar el texto de la nueva Constitución, tendrá que tener “*presente las obligaciones internacionales asumidas por Chile mediante tratados internacionales, como un marco dentro del cual ejercerá sus competencias, facilitando el examen de materias que pueden requerir una consideración del derecho internacional convencional.*”²³²

Una expresión notoria de esta posición se encuentra en la jurisprudencia de la Corte IDH sobre control de convencionalidad. Ésta ha citado expresamente el artículo 27 de la CVDT para señalar que el derecho internacional de DDHH despoja de efectos jurídicos a las leyes nacionales que atenten contra el objeto y fin de la Convención Americana de DDHH:²³³ es decir, las invalida. También hay autores que señalan que éstas serían normas supraconstitucionales, especialmente las referidas a derechos fundamentales.²³⁴ Otros, como Pierre Pescatore, quien fue juez de la Corte Europea de Justicia, señala que las posturas que no lo entienden de esta forma dejan terreno abonado al “*excesivo nacionalismo jurídico.*”²³⁵

Las posiciones que se inspiran en el dualismo son críticas de estas ideas, especialmente en el caso de que el monismo conlleve una supraconstitucionalidad del DIP.²³⁶ Postula que la regla del artículo 27 realmente consagra el principio de que el derecho interno no tiene fuerza normativa en el plano internacional;²³⁷ en este plano, es el mismo DIP el que rige las relaciones jurídicas.²³⁸ Por este motivo, lo que estaría señalando el artículo 27 es lo señalado en múltiples ocasiones por la Corte Internacional de Justicia: que un acto ilegal dentro de un Estado no necesariamente incumple

²³² Troncoso Repetto, “Nueva Constitución y tratados internacionales”, p. A2.

²³³ Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, No. Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006), párrafos 124 y 125. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos tiene otro enfoque y ha desarrollado la doctrina del “*margen de apreciación,*” que le otorga un campo de acción e interpretación de los DDHH a las autoridades soberanas del Estado. Claudio Nash, “*La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,*” *ACDI, Bogotá* 11 (2018): 75.

²³⁴ Louis Favoreau, “*El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y en Europa,*” en *Problemas actuales del Derecho Constitucional*, trad. Jérôme Tremeau, Ángel Sanchez, y María Torres (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994), 114.

²³⁵ Pierre Pescatore: «*La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne: essai sur la légitimité des structures supra-étatiques)*», en *Revue de droit suisse*, num 111, 1992, pags. 43 y ss.. Citados en Luis María Díez-Picazo, “*Límites internacionales al poder constituyente,*” *Revista Española de Derecho Constitucional* 76 (Enero-abril de 2006): 26.

²³⁶ Ximena Fuentes Torrijo, “*Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno,*” en *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, ed. Eduardo Chia y Flavio Quezada (Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015), 176.

²³⁷ Fuentes Torrijo, 175.

²³⁸ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 375.

obligaciones internacionales,²³⁹ y a su vez, no porque el derecho doméstico permita algo aquello se conforma con el DIP.²⁴⁰ Estas normas de derecho interno sí son indicativas, en todo caso, de un acto estatal, por lo que mediante su análisis se puede determinar si aquel Estado cumple o no sus compromisos internacionales:²⁴¹ en otras palabras, se aprecian como hechos de relevancia jurídica.

Esta última posición distingue entre compatibilidad de normas, su validez y su legalidad o juridicidad. Así, ante el DIP, las reglas internas que sean incompatibles con el derecho internacional no serían inválidas, sino que generarían responsabilidad internacional.²⁴² En otras palabras, según esta visión, no se estaría frente a un problema de invalidez de las normas, sino de ilicitud internacional del comportamiento. Y a diferencia de lo que señalan doctrinas como la del control de convencionalidad, esta postura defiende que el DIP no exige la anulación de la norma interna (constitucional u otra), y tampoco determina directamente su invalidez. Por lo tanto, si bien esto señala que lo lícito es la aplicación del derecho doméstico de forma acorde al DIP, no se manifiesta sobre la posición jerárquica del derecho internacional en el orden legal.²⁴³ Este enfoque es respaldado por los trabajos preparatorios de la CVDT.²⁴⁴

Ante la crítica de que estas premisas socavarían la eficacia del derecho internacional, se ha señalado que esto no necesariamente se daría así, ya que esto puede depender de varios factores. Por ejemplo, el jurista español Díez-Picazo cree que depende de las sanciones previstas para el incumplimiento. Da el ejemplo del caso europeo en que hay altos niveles de efectividad del derecho internacional en el ámbito regional, dadas sus estrictas sanciones ante el incumplimiento.²⁴⁵

La discusión anterior es de relevancia para el cambio constitucional. Primero, podemos recordar que el principio contenido en el artículo 27, en lo relativo a las normas de rango constitucional, fue enunciado por la CPJI varias décadas antes de la

²³⁹ *Eletronica Sicula SpA (ELSI)*. (Estados Unidos de América vs. Italia) (Corte Internacional de Justicia 20 de julio de 1989). Párr. 73.

²⁴⁰ *Caso LaGrand* (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia 27 de junio de 2001). Párr. 497-8; *Avena y otros nacionales mexicanos* (México v. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia 31 de marzo de 2004). Párr. 12 y 65.

²⁴¹ Shaw, *International Law*, 136.

²⁴² Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 375.

²⁴³ Villiger, 374.

²⁴⁴ Cuando Pakistán introdujo la cláusula en la Conferencia de Viena, la Comisión de Derecho Internacional respondió que la había omitida por considerarla una regla de responsabilidad internacional más que del derecho de los tratados. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 371. Fuentes Torrijo, "International Law and Domestic Law: Definitely an Odd Couple", 489.

²⁴⁵ Díez-Picazo, "Límites internacionales al poder constituyente", 25.

entrada en vigencia de la CVDT, en su Opinión Consultiva sobre el trato a los nacionales polacos en Danzing, al destacar que *“un Estado no puede invocar frente a otro su propia constitución para sustraerse de las obligaciones que le impone el derecho internacional o los tratados en vigor.”*²⁴⁶ Luego, es una norma aplicable tanto para las normas constitucionales anteriores a la conclusión del tratado internacional, como para las que se adopten con posterioridad.²⁴⁷ Por lo tanto, la posición que se tome con respecto al artículo 27 influye directamente sobre las eventuales limitaciones o no que tendrá la Convención Constitucional (aunque de todos modos, en cualquier posición, un incumplimiento de una obligación internacional genera responsabilidad internacional.)

La conclusión que deriva de esta sección es que no hay una posición unívoca con respecto al significado del artículo 27. Dependiendo de la posición que se adopte, se derivan distintas consecuencias para el actuar de la Convención Constitucional, si bien ellas pueden compatibilizarse: a) el derecho internacional limita el poder constituyente originario y exige que se adecúe a dichas normas y la Convención deberá atender a las normas vigentes en su proceso de redacción; o, b) la Convención es libre y puede soberanamente adoptar el texto constitucional que desee, pero como órgano estatal chileno, el ejercicio de la libertad puede significar la eventual responsabilidad del Estado chileno en caso de un ilícito.

iii. Artículo 46: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados

Una breve mención debe hacerse al artículo 46 de la CVDT, ya que contempla una excepción expresa al artículo 27. En efecto, consagra una situación en que el derecho doméstico tiene efectos jurídicos en el plano internacional, al poder anular un tratado si el consentimiento fue viciado. En lo pertinente, este artículo consagra que:

“el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno.”

²⁴⁶ Opinión Consultiva sobre el trato a los nacionales polacos en Danzing, No. Opinión Consultiva N°23 (Corte Permanente de Justicia Internacional 1932).

²⁴⁷ Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 14.

Para entender la relación de esta norma con el cambio constitucional, deben primero formularse tres precisiones: la primera, es que el artículo contempla normas constitucionales *anteriores* a la ratificación de un tratado internacional, por lo que no se refiere a una situación de incumplimiento producto de la aprobación de una norma constitucional posterior.²⁴⁸ Segundo, se refiere a la conclusión de un tratado internacional en violación de las normas referidas a la competencia para celebrar tratados, no a cualquier norma constitucional del Estado, ya que la norma protege el consentimiento libre y legítimo del Estado.²⁴⁹ Tercero, se excluyen infracciones constitucionales de poca gravedad, ya que la violación debe ser de importancia “fundamental” y “manifiesta”.²⁵⁰

Evidentemente, esta disposición no aplica para el caso del cambio constitucional, principalmente porque concierne las normas de competencia al momento de suscribir el tratado, y no posteriores. Por lo demás, las normas de competencia para suscribir y ratificar tratados es una materia acotada y puntual de cualquier texto constitucional, y sería tan solo ese aspecto del derecho doméstico que podría ser analizado para determinar si el consentimiento del Estado fue viciado.

iv. Artículo 62: Cambio fundamental en las circunstancias

El artículo 62 de la CVDT consagra una importante excepción al principio general de *pacta sunt servanda*: recoge la doctrina de *rebus sic stantibus*,²⁵¹ que es a su vez una regla consuetudinaria del DIP,²⁵² según la cual ante un cambio fundamental en las circunstancias desde que un tratado fue celebrado, la parte que lo haya celebrado puede retirarse de éste o darlo por terminado.²⁵³ Se justifica en base al hecho de que algunos tratados pueden permanecer vigentes por largos períodos de tiempo, en los cuales naturalmente acontecen multiplicidades de eventos, algunos de los cuales pueden entrar en tensión con la inmutabilidad de los pactos; esta cláusula operaría

²⁴⁸ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 587.

²⁴⁹ *Ib idem*.

²⁵⁰ *Ib idem*. También: Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 14; Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, 252.

²⁵¹ El equivalente de esta doctrina en el derecho civil y doctrina nacional es la teoría de la imprevisión. Véase Isabel Magdalena Cholaky Rojas y Javier Vicente Vergara Cordero, “La doctrina *rebus sic stantibus* en el derecho internacional de los tratados” (Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017), 17.

²⁵² *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros* (Corte Internacional de Justicia 25 de septiembre de 1997), párrafo 46).

²⁵³ Shaw, *International Law*, 950.

como un mecanismo de flexibilidad ante esa tensión.²⁵⁴ La CVDT recoge aquella idea y detalla de manera pormenorizada las condiciones copulativas bajo las cuales dicha excepción puede invocarse. Luego, el Estado que alegue dicho cambio debe probar las estrictas condiciones enumeradas en el artículo 62 ante un tribunal, ya que no pueden ser invocadas de manera unilateral ni arbitraria.²⁵⁵

Vale la pena mencionar esta regla porque se ha discutido si esta limitación a la fuerza vinculante de los tratados aplica para cambios políticos en un Estado.²⁵⁶ Este debate nace con la posición rusa en el siglo XIX y la que adoptó el gobierno soviético en sus primeros años, que sostenía que la validez de los tratados internacionales dependía de las circunstancias políticas, sociales y económicas en que se habían concluido. La CVDT no abordó este asunto directamente,²⁵⁷ por lo que se ha planteado que esto sí es posible:²⁵⁸ lo cual se sostiene especialmente tras el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*, donde ésta señaló que la situación política era ciertamente relevante para la celebración del tratado.²⁵⁹ Así, podríamos entender que la situación política de un país sí puede ser parte de las “circunstancias” bajo las cuales se celebra un tratado.

En caso de aceptarse esta posición, habría que entrar a preguntarse si los procesos constituyentes, en tanto cambios políticos estructurales, pueden significar cambios fundamentales en las circunstancias. Luego, si dicho cambio cumple con la exigencia de tener “*por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.*”²⁶⁰ El análisis de esto último debe hacerse mirando a la obligación en particular y en consideración a las circunstancias y las bases del consentimiento de cada tratado.²⁶¹ Por lo tanto, no puede formularse una regla general para todas las obligaciones convencionales asumidas por el Estado.

²⁵⁴ “Yearbook of the International Law Commission, Volume II” (United Nations, 1966), 257-258. Ver también: Cholaky Rojas y Vergara Cordero, “La doctrina *rebus sic stantibus* en el derecho internacional de los tratados”, 9.

²⁵⁵ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 776.

²⁵⁶ María Teresa Infante Caffi, “Reservas y objeciones al Artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo al cambio fundamental de las circunstancias”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982): 471.

²⁵⁷ Esto habría sido una fórmula de transacción entre tesis más restrictivas y otras más amplias sobre el concepto de “circunstancia.” Ver Infante Caffi, 472.

²⁵⁸ Wolff Heinstchel von Heinegg, “Treaties, Fundamental Change of Circumstances”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law (Oxford University Press, 2006), párr. 37.

²⁵⁹ “The prevailing political situation was certainly relevant for the conclusion of the Treaty.” Case concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Corte Internacional de Justicia 25 de septiembre de 1997), párr. 104.

²⁶⁰ Artículo 62.1(b), CVDT.

²⁶¹ Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 780.

De todos modos, el análisis pormenorizado sobre la aplicación de la doctrina de *rebus sic stantibus* excede los propósitos del presente trabajo. Es más, la discusión tiene relevancia teórica o para efectos de su aplicación en otros procesos constituyentes; pero en el caso de Chile su invocación no sería posible dado que se ha efectuado una reserva con respecto a los párrafos 1 y 3 del artículo 62,²⁶² por lo cual no puede invocar dicha disposición a su favor.

b. Costumbre

Una parte importante del DIP está constituido por el derecho consuetudinario.²⁶³ Éste se constituye por aquellas prácticas generalmente aceptadas como derecho.²⁶⁴ Por lo tanto, esta sección es relevante dado que es importante relevar que el artículo 135 inciso final adoptó una definición muy estrecha del DIP que se debía respetar.

Respecto a la costumbre, hay que señalar que no es, como el tratado, un acto consciente y voluntario de creación de normas jurídicas.²⁶⁵ Lo anterior lleva a dos interpretaciones distintas: Por una parte, existen posturas escépticas a la incorporación de la costumbre internacional al derecho interno. Ximena Fuentes, por ejemplo, sostiene que el Estado de Chile no necesariamente tiene una participación activa en la formación de costumbre, y que además ésta puede ser equívoca y difícil de determinar.²⁶⁶ La autora señala que “*Una cosa es estar obligado por costumbres en las que el Estado no ha participado y otra cosa es convertir esas costumbres en normas del derecho nacional.*”²⁶⁷ Por otra parte, hay jurisprudencia chilena que indica que la costumbre tendría aplicación en el derecho interno y su jerarquía podría ser superior al derecho nacional,²⁶⁸ lo cual incluso llegaría a que estas reglas debieran prevalecer sobre las constitucionales en caso de conflicto.²⁶⁹

En conclusión, la costumbre también incide en la discusión anterior sobre la influencia del DIP sobre el proceso constituyente. Incluso, se profundiza la discusión,

²⁶² Artículo 1.1, Decreto Ley 3633.

²⁶³ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 25.

²⁶⁴ Artículo 38.1(b), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²⁶⁵ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 25.

²⁶⁶ Fuentes Torrijo, “Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno”, 180–81.

²⁶⁷ Fuentes Torrijo, 180.

²⁶⁸ Caso homicidio calificado Paulino Flores Rivas y otro (Caso Molco), No. Rol nº559-2004 (Corte Suprema de Chile diciembre de 2006). Considerandos 22-24 y 29.

²⁶⁹ Fuentes Torrijo, “Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno”, 180.

dado que esta fuente tiene la particularidad que su evolución es de más difícil precisión que las normas convencionales, además de que no consta si el Estado chileno ha consentido expresamente a ellas. Ahora, dado que es difícil determinar exactamente qué constituye costumbre, también lo es precisar si hay normas consuetudinarias que señalen qué tipo de relación debe tener el DIP con el derecho interno. Especialmente, como ya vimos, que la práctica y concepciones sobre esto varía bastante según el Estado. Por lo mismo, excede los propósitos de esta memoria hacer un análisis como el que se hizo con respecto a las reglas contenidas en la CVDT sobre normas que regulan esta relación. De todos modos, esto podría ser un importante tema para investigaciones futuras.

c. Principios generales del derecho

Los principios generales del derecho conciernen aquellas nociones fundamentales que son comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados. Entre ellos, se encuentran los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe, reparación integral del daño, el principio de cosa juzgada, entre otros.²⁷⁰

Éstos no deben ser confundidos con los principios de DIP, que son normas internacionales de carácter fundamental y general, de carácter consuetudinario, como el principio de no agresión, cooperación, consentimiento, reciprocidad, igualdad entre Estados, libertad de los mares y el principio ya analizado de que un Estado o gobierno no puede invocar las disposiciones o deficiencias de su ley interna para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales.²⁷¹ En la experiencia comparada hay casos, como la Constitución de Colombia, que recoge estos principios como fundamento de las relaciones exteriores del Estado.²⁷² Éste es un buen ejemplo de un caso de recepción sustantiva de los principios en la Constitución.

Los principios generales del derecho ya forman parte de nuestro ordenamiento jurídico constituido. Como se verá en la siguiente sección, la discusión sobre su aplicación en el caso constitucional depende en parte de la concepción que se tenga sobre el poder constituyente originario, en cuanto a si es ilimitado o si está limitado por ciertos preceptos sustantivos, como los que consagran los principios generales del

²⁷⁰ Benadava Cattán, *Derecho Internacional Público*, 29–30.

²⁷¹ Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 37.

²⁷² "Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia." Artículo 9, Constitución Política de Colombia (1991).

derecho. Sobre todo, hay que tener en consideración que es otra fuente normativa del DIP que no fue considerado en el artículo 135 inciso final, pero que de todos modos debe ser considerada en la relación DIP-proceso constituyente. Luego, sobre los principios generales de DIP, cabe decir que en tanto constituyen costumbre internacional, les es aplicable la discusión referida en la sección anterior.

d. *Soft law* y cooperación constitucional internacional

Existe una categoría especial en el DIP denominada “*soft law*” cuya traducción estricta es “derecho blando.” Este término refiere a instrumentos o disposiciones que no son en sí mismos vinculantes, pero que tampoco son meras directivas morales o políticas,²⁷³ dado que son parte importante del desarrollo del derecho.²⁷⁴ En ellas se comprenden las resoluciones de organizaciones internacionales, textos de tratados que no han entrado en vigor o cuyos contenidos se entiende que no son obligatorios, declaraciones interpretativas, informes adoptados por agencias internacionales o bajo el marco de conferencias internacionales, así como todo instrumento o arreglo que exprese compromisos que son más que declaraciones políticas pero menos que derecho en sentido estricto. Todos estos instrumentos comparten cierta proximidad al derecho y tienen relevancia jurídica, pero no son obligatorios.²⁷⁵ A pesar de esta diferencia con el DIP estudiado en las secciones precedentes, de todas formas, merece hacerse la pregunta de si la elaboración de normas constitucionales puede estar condicionada por actos que, sin ser obligatorios, tienen *auctoritas*.

El universo de materiales de *soft law* que pueden invocarse al momento de redactar normas constitucionales es inconmensurable, pero éste también juega un rol importante en la formación del proceso constituyente. Esto ya ocurrió en el caso chileno con los informes de organismos y organizaciones de DDHH tras el “estallido social”: vale la pena destacar particularmente el informe de la ACNUDHH sobre la Misión a Chile del 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019.²⁷⁶ Este le recomendó al Estado de

²⁷³ Daniel Thürer, “Soft Law”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law (Oxford University Press, 2009), párr. 2.

²⁷⁴ Shaw, *International Law*, 117.

²⁷⁵ Thürer, “Soft Law”, párr. 2.

²⁷⁶ Este es un informe cuyo valor jurídico para nuestro país estriba del mecanismo internacional del cual Chile es parte (la carta de la ONU), que le otorga competencia para hacer estas visitas *in-loco* y emitir los informes posteriores sobre la situación relativa a los DDHH. Por lo tanto, si bien las recomendaciones, como bien lo indica su nombre, no son obligatorias, evidentemente tienen valor jurídico.

Chile asegurar que el proceso de elaboración de una nueva Constitución fuera “inclusivo, participativo y transparente, garantizando paridad de género (50% mujeres, 50% hombres) durante el proceso y la participación de los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”²⁷⁷ La misma idea fue formulada por la organización no-gubernamental Amnistía Internacional, que recomendó que el proceso constituyente sea “garantista de los DDHH” y reiteró la necesidad de asegurar una participación representativa e inclusiva, apoyando la idea de cuotas para grupos históricamente marginados.

Una parte significativa de dichas recomendaciones se cumplieron con la promulgación de la ley n° 21.216, que permite la conformación de pactos electorales de independientes y garantiza la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme; y la ley n° 21.298, que reserva escaños a representantes de los pueblos indígenas en la Convención Constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes. Con todo, la recomendación más sustantiva, que dice relación con un proceso inclusivo, participativo y representativo, también depende del reglamento que se dé la propia Convención Constitucional para fijar sus procedimientos,²⁷⁸ y la forma en que se ejecuten dichas garantías.

Si bien el enfoque primordial de ambas recomendaciones fue procedimental, ambas abordaron el rol de la discusión constitucional en torno a materias de DDHH. La ACNUDH señaló que “los derechos humanos deben estar en el centro de este debate nacional.”²⁷⁹ Amnistía Internacional señaló que:

*“Las y los integrantes del proceso constituyente, desde el Poder Ejecutivo al Congreso y la Convención Constitucional en sí, deben asegurar que el nuevo texto constituyente respete, proteja y promueva todos los DDHH de forma integral e indivisible, incluidos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.”*²⁸⁰

²⁷⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019” (Ginebra, de diciembre de 2019), 35. A su vez, el informe de la Comisión Interamericana de DDHH saludó la convocatoria a una nueva Constitución. El informe de la organización no gubernamental Human Rights Watch no abordó el tema.

²⁷⁸ Artículo 122, inciso tercero. Constitución Política de la República (Chile, 1980).

Esto demuestra que la influencia del DIP puede ser no solamente al contenido sustantivo del texto final, sino en la elaboración de las normas procedimentales constituyentes. Hay que recordar también que la gran mayoría de las normas de procedimiento quedarán fijadas con el reglamento de la Convención Constitucional.

²⁷⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019”, 35.

²⁸⁰ Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile: Violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social”, octubre de 2020, 109.

Luego, hay otro plano en que el *soft-law* puede incidir sobre el proceso constituyente: Díez-Picazo plantea que también en este plano puede destacarse el fenómeno de la “cooperación constitucional internacional”: una “*actividad esencialmente promocional que asesora y auxilia técnicamente a la elaboración de textos constitucionales y la puesta en marcha de instituciones básicas para el funcionamiento de la democracia.*”²⁸¹ Esto es voluntario no solo porque debe ser aceptado por el mismo Estado beneficiario, sino que también porque no le es vinculante. Díez-Picazo también señala que “*de no ser así, se vulneraría el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados.*”²⁸² Más bien, lo cataloga como una “carga en sentido propio”: no comporta obligaciones, sino que es algo que el mismo Estado debe hacer para alcanzar determinados objetivos.

El ejemplo que luego da Díez-Picazo es ilustrador, a su vez, de los supuestos de su análisis. Díez-Picazo señala que muchas veces es el Estado beneficiario quien necesita dicha cooperación, y lo ejemplifica con el caso de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, o Comisión de Venecia. Éste es un órgano consultivo del Consejo de Europa, formado por expertos independientes en derecho constitucional, creado en 1990 con la intención de asistir constitucionalmente a los países recién salidos de la experiencia comunista que aspiraban a integrarse en el Consejo de Europa.²⁸³ La diferencia de aquello con el caso chileno, es que este proceso constituyente se da bajo un marco democrático y no para dar transición a una, además de estar cruzado por los componentes propios de la experiencia latinoamericana.²⁸⁴ Con todo, en el caso latinoamericano, también hay casos de cooperación constitucional internacional, como se dio en el proceso constituyente boliviano con diversas instituciones como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.²⁸⁵

Un tema que se ha destacado en el ámbito de la cooperación en el caso chileno es el convenio firmado por el gobierno de Sebastián Piñera y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”). En el anexo de dicho acuerdo, se fijaron, a grandes rasgos, los siguientes términos:

²⁸¹ Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 29.

²⁸² *Ib idem.*

²⁸³ Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 30.

²⁸⁴ Díez-Picazo, 29.

²⁸⁵ Francisco Soto y Yanina Welp, *Los «diálogos ciudadanos». Chile ante el giro deliberativo* (Santiago: LOM Ediciones, 2017), 157.

1. Su objetivo general sería la provisión de asesorías, informes y/o recomendaciones relativas a las áreas discutidas con Chile durante el período constituyente.
2. Sus objetivos específicos son que la OCDE revise los mecanismos internacionales existentes y las mejores prácticas relacionadas con cuestiones identificadas como prioritarias durante el período de trabajo, para dar recomendaciones en la materia. Aquellas cuestiones podrían ser infraestructura fiscal, diseño institucional, grado de autonomía, tipo de gobierno, instituciones esenciales, descentralización, derechos fundamentales e ingreso mínimo vital.
3. Se espera que la OCDE:
 - a. Desarrolle un análisis comparativo sobre los elementos clave en otras constituciones recientemente creadas o reformadas. Este análisis debe basarse en estándares internacionales y en la práctica de ciertos países seleccionados, que se decidirán con consulta a Chile.
 - b. Basado en la información y análisis correspondiente, y en la medida que sea posible por los recursos provistos, la OCDE debe producir información comparada en materias relacionadas e indicadas como prioritarias durante el período de trabajo; resúmenes de políticas sobre las cuestiones identificadas como prioritarias en el debate constitucional; y asesoramiento focalizado sobre materias específicas discutidas con Chile o la institución que se determine, de acuerdo a las necesidades de los constituyentes en el período correspondiente.²⁸⁶

El gobierno de Chile fundamentó este convenio en el artículo 133 inciso final de la Constitución de 1980 tras su reforma con la ley 21.200, que consagra la obligación de la Presidencia, o de los órganos que éste determine, de prestar el apoyo técnico, administrativo y financiero necesario para la instalación y funcionamiento de la Convención.

²⁸⁶ "OECD Support on Constitutional Reform Process" (Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 26 de noviembre de 2020), sec. Annex-Terms of Reference, N°1320, https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/convenio-ocde.pdf?sfvrsn=f52b7a26_2.

Este convenio fue criticado política y jurídicamente. Por una parte, la cientista política Claudia Heiss, quien, como ya señalamos, fue comisionada en la Mesa Técnica Constituyente, hizo hincapié en el hecho de que debía ser la misma Convención la que determinara si determina algún convenio con una organización internacional o solicita algún tipo de asesoría.²⁸⁷ Mientras tanto, el cientista político Claudio Fuentes señaló que un apoyo de contenido no se enmarca dentro del apoyo técnico que prescribe el artículo 133, dado que significa que la asesoría sugiere elementos vinculados al texto de la Constitución y no tiene que ver con la instalación y funcionamiento de la Convención. Luego, respecto a los términos sustantivos del convenio, criticó el hecho de que tanto la definición de los contenidos de las asesorías por parte del gobierno como el ámbito de intereses de la OCDE se prestaran para sesgos y eventuales injerencias en el ámbito de competencia de la Convención.²⁸⁸

También resulta interesante señalar que el 9 de diciembre de 2020 el abogado y precandidato a la Convención Constitucional por el partido de la DC, Jorge Andrés Cash Sáez, recurrió ante la Contraloría General de la República alegando la ilegalidad del acto y del gasto fiscal comprometido en él,²⁸⁹ con respaldo en los artículos 7°, 5° y 32°, 33°, 36° y 133° inciso 2° de la Constitución. En éste, argumenta entre otras cosas que el contenido y alcance del Convenio permiten concluir que la actuación del Ministerio de Relaciones Exteriores excede las competencias asociadas a su investidura constitucional, como también las de la Presidencia la República.²⁹⁰ También alega que “lesiona el ejercicio de la soberanía activamente ejercida por la ciudadanía, el pasado

²⁸⁷ En entrevista con Diario Uchile, la académica señaló: “Creo que es la Convención la que tiene que determinar si solicita algún tipo de asesoría... la información siempre es útil, no estoy diciendo que todo recurso u organismo internacional que puedan ofrecer insumos sea descartable, pero si el proceso que se está iniciando en Chile es un proceso político que tienen que reflejar la soberanía popular y que tiene que emanar de la elección de los constituyentes y de lo que decida la propia Convención respecto de qué materiales necesita para realizar sus trabajos.” Eduardo Andrade, “Claudia Heiss por asesoría de la OCDE en proceso constituyente: ‘Parece una forma de intencionar el trabajo de la Convención’”, *Diario Uchile*, diciembre de 2020, <https://radio.uchile.cl/2020/12/03/claudia-heiss-por-asesoria-de-la-ocde-en-proceso-constituyente-parece-una-forma-de-intencionar-el-trabajo-de-la-convencion/>.

²⁸⁸ Señaló que “el gobierno y la OCDE definen una serie de aspectos, lo que es definir de antemano ciertos ámbitos de preocupación para la OCDE y, por lo tanto, puede prestarse para sesgos, dado que no están investigando todo un conjunto de reformas, sino que algunos ámbitos de intereses, particularmente en el ámbito económico. Por lo tanto, me parece inconveniente. Va a prestarse para una eventual injerencia tanto en la definición de los temas que van a proponer, de las soluciones que se van a proponer -porque buscará soluciones regulatorias, según dice el convenio- y finalmente sobre quién lo está haciendo, que es el gobierno y no la Convención.” Valentina Matus, “Las dudas abiertas tras el acuerdo del gobierno con la OCDE por el proceso constituyente”, *Plataforma Contexto* (blog), 10 de diciembre de 2020, <https://plataformacontexto.cl/posts/209>.

²⁸⁹ “Convenio Gobierno-OCDE bajo la lupa: recurren a Contraloría para que se pronuncie sobre legalidad del acuerdo”, diciembre de 2020, <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/12/10/convenio-gobierno-ocde-bajo-la-lupa-recurren-a-contraloria-para-que-se-pronuncie-sobre-legalidad-del-acuerdo/>.

²⁹⁰ Jorge Andrés Cash Saez, “Solicitud a Contraloría General de la República de Chile de pronunciamiento sobre convenio del Gobierno de Chile con OCDE”, diciembre de 2020, 5, <https://media.elmostrador.cl/2020/12/Presentación-Contralor%C3%ADa-9-diciembre-2020-1.pdf>. 5

25 de octubre de 2020” y “restringe y limita el ejercicio pleno de la soberanía por los convencionales constituyentes democráticamente electos.”²⁹¹ A la fecha en que se escribió este capítulo, Contraloría todavía no se ha pronunciado sobre esta materia.

Todo lo anterior nos demuestra que, a pesar de que el *soft-law* es un elemento internacional que no es obligatorio, sí juega un rol en los procesos constituyentes y efectivamente a la fecha en que se escribe este capítulo ya lo está jugando en el proceso chileno: no es vinculante para el Estado, mas orienta sus posibles maneras de actuar. También existen en él ámbitos de la cooperación internacional a través de los convenios con organizaciones internacionales. Éstos son sobre todo algo que debe decidir y hacer la Convención, aunque otros órganos del Estado también podrían entablarlos, como efectivamente ocurrió en el caso chileno.

²⁹¹ Cash Saez, 5.

Capítulo III: Cuestiones sustantivas respecto a la relación entre el DIP y un proceso constituyente

Hasta ahora, hemos realizado un análisis de *lege lata*, evaluando las fuentes nacionales e internacionales que norman la relación entre ambos ordenamientos jurídicos y sus posibles repercusiones en la redacción de un nuevo texto constitucional. Este capítulo adoptará otro enfoque; abordará la cuestión de fondo que subyace a la aparente tensión entre poder constituyente originario y DIP, en general y en su relación con ciertos ámbitos del derecho internacional. Su objetivo es dar una visión panorámica de los conceptos y temas sustantivos que hacen que la relación entre el DIP y un proceso constituyente sea distinta a su relación cotidiana con el derecho interno. Este capítulo estudiará primero la teoría del poder constituyente originario, y planteamientos en torno a sus posibles límites. Luego, la relación de lo anterior con los conceptos de soberanía y democracia. Finalmente, se enunciará cómo la fragmentación del DIP afecta este tema, y luego a partir de aquello cómo distintas áreas de éste se relacionan con la creación de normas constitucionales.

1. Poder constituyente originario

a. Bases teóricas del poder constituyente originario: la concepción clásica

Existen muchas y variadas definiciones que pueden darse al concepto de poder constituyente originario, todas las cuales toman una postura particular sobre su naturaleza. Con todo, todas estas definiciones tienen en común la idea de que es la capacidad de establecer o reestablecer una constitución.²⁹² A continuación se darán algunas de las ideas clásicas sobre éste.

La noción de poder constituyente nace con el constitucionalismo moderno.²⁹³ Pensadores como Rousseau, Montesquieu y, sobre todo, Sieyés formaron en el siglo XIX los fundamentos clásicos de esta idea. Las ideas rousseauianas de la teoría de la voluntad general y soberanía popular,²⁹⁴ junto con la de Montesquieu sobre separación de poderes,²⁹⁵ inspiraron a Sieyés para formular su doctrina de poder constituyente.

²⁹² George Duke, "Inherent Constraints on Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies* 00, n° 0 (2020): 2, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa035>.

²⁹³ Joel Colon-Rios, "Five conceptions of constituent power", *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 7, n° 31 (2017).

²⁹⁴ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social: o principios de derecho político* (Buenos Aires: Editorial La Página, 2003), cap. VII: del soberano.

²⁹⁵ B. de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Filosofía (Alianza Editorial, s. f.).

Según Sieyès, el poder de crear una constitución es distinto tanto en sus fuentes como en su modo de ejercicio que el poder constituyente derivado, es decir, el poder de reformar la constitución.²⁹⁶ Éste último derivaría su legitimidad de la constitución misma, mientras que el primero no se funda en norma alguna.²⁹⁷ Por ende, el poder constituyente originario sería extrajurídico y soberano y se ejerce directamente por el pueblo; mientras que el poder constituyente derivado es parte del poder estatal y se ejerce a través de los mecanismos institucionales dados por la constitución.

Es un poder *extraordinario*, dado que no opera regularmente como una potestad estatal, sino tan solo en momentos en que el ordenamiento constitucional entra en crisis y debe ser cambiado o sustituido.²⁹⁸ De ahí que el “momento constituyente” puede entenderse como el episodio inusual en que sostener que se habla en nombre del pueblo tiene sentido permite romper con los procedimientos de la política ordinaria sin perder el carácter de democrático.²⁹⁹ No obstante, según el constitucionalista Joel Colón-Ríos, cuando se apela al poder constituyente generalmente, ello puede significar un desafío al estatus quo constitucional.³⁰⁰

Es un poder *autónomo*:³⁰¹ de un carácter extrajurídico e incontrolable, fuera del dominio de la ley y por lo tanto que no se puede regular.³⁰² Esto porque funda su poder en la voluntad soberana, como señala Sieyès: “*Ante todo, una Nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija.*”³⁰³ El pueblo podría romper el orden constitucional fijado por él mismo, “*ya que la voluntad nacional no tiene límite alguno.*”³⁰⁴ De todos modos, este planteamiento evolucionó para decir que a pesar de ser un poder sin fundamento en una norma preexistente, es un poder normativo, que busca fundar Derecho; por lo tanto no sería del todo extrajurídico.³⁰⁵ Además, basado en una

²⁹⁶ Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?* Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?*. Cap. V: Lo que hubiera debido hacerse. Principios a este respecto.

²⁹⁷ Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, 230-31.

²⁹⁸ Nogueira Alcalá, 233.

²⁹⁹ Heiss, “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”, 117.

³⁰⁰ Joel Colón-Ríos, “Five conceptions of constituent power”, *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 7, n° 31 (2017): 38.

³⁰¹ Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, 233.

³⁰² Colón-Ríos, “Constitution Making Through Law”, 40.

³⁰³ Sieyès, *¿Qué es el Tercer Estado?* Cap. V: Lo que hubiera debido hacerse. Principios a este respecto.

³⁰⁴ Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”, 234.

³⁰⁵ Böckenforde, “Chapter VII: The Constituent Power of the People. A Liminal Concept of Constitutional Law.”, 170.

concepción democrática del poder constituyente,³⁰⁶ el pueblo asume en este momento histórico, la función política de fijar las normas básicas de su comunidad estatal.³⁰⁷ Esta idea fue llevado a su paroxismo por Carl Schmitt, quien señaló que la libertad de la decisión política significaba, a su vez, que no se apoyaba en ninguna norma “cuya justicia sea fundamento de su validez.”³⁰⁸

Los eventos tras el 18 de octubre, que desbordaron los canales de procesamiento de la conflictividad e incluso las organizaciones de la sociedad civil existentes, dejaron en evidencia una crisis en el sistema.³⁰⁹ A su vez, el carácter impugnador de las protestas logra traducirse jurídicamente al instalar en la discusión la necesidad de una nueva Constitución para superar la crisis.³¹⁰ Los cambios en los valores y percepciones mayoritarios logran formular una demanda política, e incluso normativa, que busca fundar un nuevo orden constitucional. Esa formulación es un evidente gesto de poder constituyente originario.

b. Poder constituyente originario limitado

Existen diversos planteamientos que desde la teoría han analizado los eventuales límites del poder constituyente originario. A continuación, estudiaremos tres de ellas, uno de raigambre liberal, otro que postula las exigencias democráticas al poder constituyente, y otro desde una perspectiva materialista. Finalmente, cuáles son las críticas con que pueden enfrentarse a ambos planteamientos. Todo lo anterior es un marco teórico útil para establecer un nexo entre la idea de que el DIP eventualmente constituiría un límite al poder constituyente.

Por una parte, existen corrientes liberales que plantean que el poder constituyente en realidad no sería ilimitado, sino que posee ciertos límites *inherentes* que están dados por principios liberales básicos tales como el de igualdad y ciertos derechos civiles y políticos.³¹¹ La referencia del artículo 135 inciso final del deber del constituyente de respetar el carácter de república y democrático del Estado de Chile se alinea con dicha

³⁰⁶ Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 45.

³⁰⁷ Dada esta naturaleza del poder constituyente originario, son poco comunes en el derecho comparado los plebiscitos de entrada al proceso; lo más común es el plebiscito de salida que ratifique o rechace el texto constitucional. Con todo, la aprobación de 78% de los votantes en el plebiscito nacional del 25 de octubre de 2020 es una potente ratificación formal del poder constituyente originario, pero no es condición de su existencia. Negretto, “New Constitutions in Democratic Regimes”, 18.

³⁰⁸ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Alianza, 2011), 94.

³⁰⁹ Rebón y Ruiz Encina, “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.”, 165.

³¹⁰ Rebón y Ruiz Encina, 170-71.

³¹¹ Duke, “Inherent Constraints on Constituent Power”, 10.

concepción del poder constituyente. Algunas de las críticas que se dirigen a esta visión sostienen que ésta presenta una visión normativa más que descriptiva de lo que debería ser el poder constituyente, y luego que se basa en una visión débil de la soberanía popular al darle más importancia al resultado que al proceso de creación constitucional.³¹²

El constitucionalista Joel Colón-Ríos, desde otra posición y con una visión crítica de las ideas anteriores, ha sostenido que, más bien, estos principios se requieren para que realmente lograr el ideal democrático de que sea el pueblo quien se está dando a sí mismo una nueva constitución; el poder constituyente se autodestruiría en la medida que no cumple con las condiciones que lo hacen posible.³¹³ Por lo mismo, que el proceso haya sido lo más democrático y participativo posible es una necesidad para la legitimidad del régimen constitucional.³¹⁴ Por lo tanto, no serían límites inherentes al poder constituyente, sino que requisitos necesarios para que el poder ejercido se acerque lo más posible al ideal de pueblo, y así sea legítimo al seguir produciendo instituciones mediante las cuales pueda expresarse.³¹⁵

Desde corrientes materialistas, Antonio Negri plantea que hablar de poder constituyente como un poder autónomo e ilimitado es negar la materialidad desde la cual se configura el poder constituyente. Él señala que la voluntad del poder constituyente de un Estado se encuentra inmerso en un contexto, en el cual *“la construcción del mercado global y el relativo debilitamiento de la efectividad del Estado-nación atenúan la autonomía constitucional del Estado soberano y le imponen una progresiva homogeneización en el plano global.”*³¹⁶ Esta realidad opera como un límite material al poder constituyente.

³¹² *Ib idem*, 14.

³¹³ Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, 114 y 116. Esta también es una de las razones por las que Bassa argumenta que en 1980 en Chile no se ejerció realmente poder constituyente. Bassa Mercado, “La teoría del poder constituyente en la constitución chilena vigente”.

³¹⁴ *Ib idem*, 114

³¹⁵ Esto significa que incluso las reglas fundamentales deben estar siempre sujetas a la posibilidad de reformulación o reemplazo, y que los cambios deben ocurrir mediante procedimientos participativos. La primera aseveración, a su vez, hace eco de la afirmación de Benjamin Franklin, de que cada generación tiene derecho a formular su propia Constitución. Mr. Hallett's Argument in the Rhode Island Causes, on the Rights of the People (Boston: Beals & Greene, 1848), 37, https://books.google.cl/books?id=uVoEAAAAYAAJ&pg=PA37&lpg=PA37&dq=benjamin+franklin+each+generation+can+make+its+own+constitution&source=bl&ots=IDyd8zWd0c&sig=ACfU3U0pQYSuODCHeETsH_p9c7XG8JVHqQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiW_MGE9KDvAhVuILkGHTuKCKMQ6AEwEXoECCQQA#wv=onepage&q=benjamin%20franklin%20each%20generation%20can%20make%20its%20own%20constitution&f=false.

³¹⁶ Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, 14.

En conclusión, existen diversas teorías que apuntan a que la formulación clásica del poder constituyente se ve exigido de manera distinta en el mundo contemporáneo. Hoy se ve enfrentado a la necesidad de legitimidad democrática, pero también se ve limitado materialmente por la realidad del siglo XXI. También podemos avizorar la relación de todos los límites teóricos planteados con sus respectivas normas internacionales, ya que todas estas limitaciones teóricas tienen un correlato en el DIP. Así, la idea de que el poder constituyente estaría limitado por ciertos derechos básicos se relaciona con los tratados de DDHH. Luego, la exigencia de legitimidad democrática no solo se relaciona con tratados de DDHH, sino que también con tratados tales como la Carta de la Organización de Estados Americanos.³¹⁷ Por otra parte, la idea de que el posicionamiento en el mercado global limita materialmente al poder constituyente, se fundamenta primordialmente en una visión sobre la facticidad de la situación global en el siglo XXI, pero también encuentran su correlato en muchas normas del derecho económico internacional (“DEI”), que se basan sobre el principio de liberalización del comercio.³¹⁸ Todo lo anterior se detallará en mayor profundidad a continuación.

c. Democracia, soberanía y poder constituyente limitado

Como acabamos de ver, la noción de los límites a un poder constituyente originario tiene que ver con la extensión que uno le otorgue a la soberanía popular: si es acaso una visión “débil” de soberanía popular en que importa más su resultado que su fuente, o una visión “fuerte”, en que lo relevante es que emane de la voluntad popular.³¹⁹ Esto tiene que ver, también, con que la idea de que “*hablar de poder constituyente es hablar de democracia*”,³²⁰ dado que, desde la teoría democrática del poder constituyente, las constituciones son la positivización del pacto o decisión política del pueblo sobre sus normas fundamentales.³²¹ Esto se debe relacionar con la dimensión política del concepto de soberanía: si bien existen muchas concepciones de soberanía,³²² en este caso es pertinente relacionarlo con quién tiene la autoridad máxima en un

³¹⁷ Además, este tratado exige a sus miembros ejercer un tipo de democracia en particular, que es la democracia representativa. Artículo 3, Carta de la Organización de los Estados Americanos, OEA No 1-C y 61 Novena Conferencia Internacional Americana § (1948).

³¹⁸ Andreas Lowenfeld, *International Economic Law*, 2^o (Oxford: Oxford University Press, 2008), 3–7.

³¹⁹ Duke, “Inherent Constraints on Constituent Power”, 14.

³²⁰ Negri, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, 27. Véase también: Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”.

³²¹ Bassa, “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”, 42.

³²² Samantha Besson, “Sovereignty”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law (Oxford University Press, 2011), párr. 59.

territorio determinado.³²³ Esto, porque estamos hablando de quién tiene la decisión última para decidir las normas fundamentales de un Estado. Como ya observamos, desde Sieyès en adelante, la soberanía para decidir las normas fundamentales se entiende residir en el pueblo; luego, como ya analizamos, surge la pregunta de si esto admite límites, y si el DIP es un límite legítimo. Por ende, es relevante conjugar la parte teórica de la limitación al poder constituyente, descrito en la sección anterior, con este dilema: ¿Es válido, y en qué términos, que el DIP limite al poder constituyente originario?

Una concepción “fuerte” de soberanía popular señalaría que el DIP no puede limitar el poder del pueblo en tanto constituyente originario, dado que para ser realmente poder constituyente originario éste debe ser absolutamente libre (en cuanto a reglas sustantivas) para decidir sobre las normas fundamentales de su pacto social. Esto no significa, en principio, un incumplimiento con las obligaciones conforme al DIP, ya que podría decidir observar sus reglas.

Ahora, la concepción sobre soberanía y su relación con el DIP que ha predominado en el último siglo, no se condice con esta idea:³²⁴ la idea que hoy prevalece es que el DIP legítimamente limita la soberanía estatal tanto en su dimensión interna (relativo a sus asuntos domésticos) como externa (relaciones internacionales).³²⁵ Esta idea se condice con las posiciones, elaboradas en la sección anterior, en que el poder constituyente originario puede tener límites inherentes. Es más, incluso se puede señalar, como lo hace la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Wimbledon*, que la adquisición de obligaciones internacionales es más un ejercicio de la soberanía que una limitación de ella.³²⁶ El problema, en caso de adoptarse esta última posición, sería que dichas decisiones soberanas fueron adoptadas por el poder constituido, anterior al constituyente originario. Esta tensión se vuelve especialmente patente cuando uno adopta la crítica, elaborada cuando revisamos las teorías dualistas, del déficit democrático del DIP.³²⁷ En este caso es especialmente notorio que puede ser problemática la limitación del DIP al poder constituyente originario, que aspira a ser la máxima formulación de democracia.

³²³ Besson, párr. 59.

³²⁴ *Ib ídem*, párr. 75.

³²⁵ *Ib ídem*, párr. 69.

³²⁶ *Vapor “Wimbledon”* (Gran Bretaña *et al v. Alemania*) (Corte Permanente de Justicia Internacional de agosto de 1923).

³²⁷ Fuentes Torrijo, “International Law and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, 498.

Por otra parte, si se adopta la propuesta de Colón-Ríos, puede no concebirse como un límite, sino como un valor a ser tenido en consideración, como se hace con ciertos valores democráticos.³²⁸ El respeto por las normas que se ha dado la comunidad internacional, más que limitantes inherentes, pueden ser una fuente de inspiración y legitimidad. El problema surgiría solo en la medida que estas normas restrinjan la posibilidad de expresión democrática, en vez de potenciarlo y legitimarlo. En este sentido, el poder constituyente originario puede soberanamente decidir si obedecer o no dichas normas; pero, como ejercicio de dicha libertad, también debe enfrentarse a las consecuencias de esas decisiones.

Finalmente, también existe la posibilidad de asumir una postura en que de todos modos el DIP forma parte de la realidad a la cual el poder constituyente debe ajustarse, ya que no existe en un vacío sino que en un mundo preexistente que lo condiciona y cuyas virtudes y defectos debe tomar en consideración.

De todos modos, lo que proponemos en esta memoria es que la discusión teórica sobre la relación del poder constituyente originario con el DIP debe hacerse por la vía del concepto de soberanía. La relación que se concibe, entonces, dice relación con la concepción que se tiene sobre dicho concepto, la función que tiene el DIP en un Estado democrático inserto en la comunidad internacional, y a su vez sobre la función que cumplen los límites al poder constituyente originario.

2. Obligaciones de DIP sustantivo

Independiente de la postura que se adopte sobre el alcance *normativo* del DIP frente a un proceso constituyente, de todos modos, es una realidad que puede ser tomada en cuenta al momento de redactar normas constitucionales. Para esto, hay que atender al contenido de las normas internacionales. En lo que sigue, se delimitará a grandes rasgos la importancia de algunas áreas del DIP para efectos constituyentes.

La Corte Internacional de Justicia señaló en el caso *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* que cada Estado posee el “derecho fundamental” a elegir e implementar el sistema político, económico y social que desee.³²⁹ Así también

³²⁸ De hecho, Colón-Ríos vislumbra la relación del DIP con esta problemática, pero refiere a que su análisis se concentrará en lo “estrictamente doméstico”. De todos modos insiste sobre la idea de que este poder no puede estar sujeto ni a normas nacionales ni internacionales. Colón-Ríos, *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*, 114 y 116.

³²⁹ *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* a (Nicaragua v. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia 1986). Párr. 258.

lo señaló la Asamblea General de la ONU en su resolución n° 2625, que “*todo Estado tiene el derecho inalienable a elegir su sistema político, económico, social y cultural, sin injerencia en ninguna forma por parte de ningún otro Estado.*”³³⁰ Esta libertad emana tanto de la igualdad soberana de los Estados consagrada en el artículo 2 n°1 de la Carta de la ONU,³³¹ como del principio de no intervención, consagrado en el apartado séptimo del art. 2 n°7 de la misma.³³² Ello significa que las interferencias en este ámbito de decisión por parte de terceros Estados o de otros sujetos de la comunidad internacional son, en principio, ilícitas.³³³ La consecuencia que se deriva de todo lo anterior es que el DIP no impone a los Estados obligaciones en cuanto al sistema político, económico o social que deben adoptar.³³⁴

Con todo, a esta idea se le debe hacer una prevención importante: si bien el principio de no intervención garantiza la no injerencia de terceros en asuntos de jurisdicción exclusiva de cada Estado, no garantiza la absoluta libertad de decisión de los Estados en todos los ámbitos. Como señala Díez-Picazo, “*una cosa es tener derecho a decidir sin interferencias ni condicionamientos de terceros -es decir, a ser uno mismo quien decide- y otra cosa distinta es tener derecho a decidir ad libitum o sin sometimiento a norma alguna.*”³³⁵ El principio de no intervención garantiza el derecho de autonomía constitucional, en el sentido de que no es admisible que sean otros quienes impongan a un Estado las normas constitucionales por las que ha de regirse; pero esto no se entiende como una “absoluta indiferencia” del DIP hacia las normas constitucionales.³³⁶

Es más, hoy en día el DIP regula intensamente cuestiones que antiguamente se consideraban asuntos eminentemente domésticos. El DIP ya no se ocupa solamente de las relaciones entre Estados: ámbitos tan diversos como los son los DDHH, el comercio, el medioambiente, las inversiones y más apuntan a normar la vida jurídica

³³⁰ Asamblea General de la ONU, “Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, Resolución n° 2625 § (1970).

³³¹ Matthias Herdegen, *Principios de International Economic Law*, 1° (Oxford: Oxford University Press, 2013), 53.

³³² Asamblea General de la ONU, Resolución n° 2625.

³³³ “*Ningún Estado o grupo de Estados tiene derecho a intervenir directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de ningún otro. Por lo tanto, no solamente la intervención armada, sino también cualquier otra forma de injerencia o de amenaza atentatoria de la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que los constituyen, son violaciones del derecho internacional.*” Resolución n°2625.

³³⁴ Así también se ha señalado por el constitucionalista Pablo Contreras en la discusión pública respecto al caso constituyente chileno. Lovera, Salgado, y Contreras, “Los límites del Derecho Internacional a la Constituyente”. Minuto 15.30.

³³⁵ Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 13.

³³⁶ Díez-Picazo, 13.

intraestatal.³³⁷ Aunque los Estados tengan el “derecho fundamental” a elegir e implementar el sistema político, económico y social que deseen (como falló la Corte Internacional de Justicia en *Nicaragua*), deben respetar estos compromisos. Y aunque éstos sí tienen implicancias políticas, económicas y sociales, deja amplios espectros de decisión a los Estados. Por lo tanto, la afirmación de que el DIP no ordena determinadas formas constitucionales debe ser matizada.

A continuación, estudiaremos a grandes rasgos esa normativa y su significado constitucional.

a. ¿Qué normas son aplicables? El análisis desde la fragmentación del DIP

El ordenamiento jurídico internacional tiene una estructura peculiar, diferente a las nacionales: entre otras diferencias, ella no tiene un órgano legislativo ni una judicatura centralizada.³³⁸ Además, en general sus normas se posicionan de forma “horizontal”, y no de forma jerárquica o piramidal.³³⁹ Si bien la estructura de los ordenamientos jurídicos domésticos tampoco garantizan la coherencia, y de hecho la creciente complejización de la sociedad fomenta la especialización en distintos regímenes jurídicos que no necesariamente dialogan unos con otros,³⁴⁰ la estructura del DIP fomenta aun más la falta de sistematicidad y coherencia de las normas.³⁴¹ A la situación que esto produce se le ha denominado “fragmentación” del DIP, palabra con una connotación que evidencia una narrativa negativa en torno al fenómeno.³⁴²

Efectivamente, el fenómeno de la fragmentación se estudia generalmente desde la premisa que la falta de coherencia del ordenamiento jurídico internacional es perjudicial a éste; minaría la certeza jurídica e incluso de igualdad ante el derecho de sus sujetos.³⁴³ Con todo, como evidenciaron las conclusiones del informe final del grupo de estudio sobre fragmentación del derecho internacional convocado por la Comisión

³³⁷ Shaw, *International Law*, 43. Fuentes Torrijó, “International Law and Domestic Law: Definitely an Odd Couple”, 483.

³³⁸ Martti Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission” (Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, de abril de 2006), 10.

³³⁹ Koskenniemi, 166.

³⁴⁰ Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición en español (México: Editorial Herder, 2005).

³⁴¹ Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission”, 249.

³⁴² Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 355. Este mismo autor también ha escrito que en realidad este proceso es tan solo una demostración del progresivo desarrollo del derecho internacional y por eso habría que dejar ir estas narrativas “ansiosas”. Ver: Martti Koskenniemi y Paivi Leino, “Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties”, *Leiden Journal of International Law* 15 (2002): 553–79.

³⁴³ Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission”, 248.

de Derecho Internacional de la ONU, el nivel de gravedad de dicho fenómeno muchas veces es exagerado. Esto, por tres razones principales: primero, como ya señalamos, todos los sistemas jurídicos del mundo contemporáneo están viviendo procesos de complejización y especialización, lo cual puede hacer que las antinomias sean más frecuentes que antes. Además, las antinomias no son anormales en el Derecho. Luego, en realidad no existen sistemas autocontenidos (“*self-contained regimes*”) que sean independientes del DIP general.³⁴⁴ Finalmente, existen reglas de interpretación del derecho, tales como *lex specialis*,³⁴⁵ *lex posteriori*, y las demás contenidas en la CVDT³⁴⁶ que aportan herramientas con las cuales resolver estos conflictos.³⁴⁷

Por lo tanto, el DIP sería en realidad un *sistema* y debe ser entendido y leído como tal.³⁴⁸ Entonces, no habría regímenes jurídicos autocontenidos e independientes: el derecho de inversiones, de DDHH, del comercio, humanitario, ambiental, y demás áreas especializadas no se entienden de manera aislada, a pesar de que muchas veces se inspiren en principios distintos. No solo se deben interpretar a la luz del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, del derecho de los tratados, de la solución de controversias internacionales y más, sino que también se relacionan y afectan mutuamente. Por lo tanto, las normas de DIP estarían en constante interacción.

A pesar de esto, la manera que se resuelven los frecuentes conflictos entre estas normas no necesariamente responde a fórmulas unívocas. Esto da cuenta de la estructura del derecho y lo que significa la interpretación jurídica. De ahí que Koskenniemi sostenga que muchas veces la solución de conflictos entre regímenes es una cuestión de preferencia política.³⁴⁴

Por lo tanto, no es tan simple sostener que el DIP debe tener alguna influencia sustantiva sobre el contenido de las normas constitucionales. No solamente esto abarca un sistema amplio y complejo de normas, sino que puede haber principios y

³⁴⁴ Esta discusión se dio especialmente con respecto al régimen del derecho internacional del comercio, y específicamente el de la Organización Mundial del Comercio. *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública*. WT/DS163/R (Órgano de Apelación de Organización Mundial del Comercio, 19 de enero de 2000) Párr. 7.96.

³⁴⁵ Martti Koskenniemi, el redactor del informe sobre fragmentación, es de la opinión que la mera especialidad o generalidad de una regla o régimen no da ninguna razón conclusiva de preferir el uno o el otro. Por otra parte, hay una cuestión sobre qué es “general” y qué es “especial”; según Koskenniemi, probablemente cada internacionalista piensa de su propia área de dedicación como “general”, mientras que otros dirían que es definitivamente algo “exótico”.

³⁴⁶ Artículos 31-33, CVDT, U.N. Doc A/CONF.39/27 § (1969).

³⁴⁷ Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission”, 248–49.

³⁴⁸ Koskenniemi, *The Politics of International Law*, 348.

disposiciones contradictorios. Las tensiones más evidentes suelen darse entre las normas de DDHH y las de derecho económico internacional (“DEI”).³⁴⁹ La cuestión sobre cómo interactúan ambos tipos de normas y si alguna debe prevalecer en caso de conflicto, son preguntas que dicen relación con lo descrito anteriormente: fragmentación, antinomias y normas de interpretación del derecho.

En esta sección cabe concluir que el DIP, aunque dé mandatos expresos a los órganos estatales sobre el comportamiento intraestatal, no necesariamente da mandatos claros y con respuestas evidentes. En algunas materias las obligaciones jurídicas son más obvias, pero en muchas otras habrá principios y normas en tensión. Es decir, en un proceso constituyente la invocación de normas internacionales puede ser parte de la práctica argumentativa, pero es erróneo pensar que hay respuestas correctas e incorrectas *a priori*. En último término, si bien el rol de los órganos estatales es intentar cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales,³⁵⁰ a quienes les corresponde determinar y adjudicar sobre la existencia, delimitación y cumplimiento de dichas obligaciones son los órganos de adjudicación competentes a nivel internacional.³⁵¹ Al resolver esta tensión, las herramientas interpretativas típicas del derecho (por ejemplo, las reglas de interpretación de tratados de la CVDT y las otras descritas en el informe sobre fragmentación del DIP) pueden dar luces sobre los posibles modos en que se debe resolver estos conflictos.

3. Áreas de DIP relevantes para el cambio constitucional

a. DDHH y nueva Constitución

Para comprender el rol del derecho internacional de los DDHH en un proceso constituyente y en la construcción de una nueva Constitución, primero tenemos que hacer ciertas definiciones básicas sobre qué son los DDHH. Luego haremos un breve repaso de la relación entre DDHH y constitución, y sus implicancias para un proceso constituyente.

³⁴⁹ Armin Von Bogdandy et al., “Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional: De la tensión al diálogo*, ed. Armin Von Bogdandy et al. (México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 5.

³⁵⁰ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Artículo 31.1.

³⁵¹ Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Artículo 3.

Existen una miríada de teorías que intentan explicar la naturaleza y la función de los DDHH: lo que todas ellas tienen en común, es que ponen énfasis en el concepto de dignidad humana.³⁵² La concepción clásica de los derechos inherentes a los seres humanos frente al Estado es que son un límite al poder; pero, hoy en día, representan sobre todo la fuente de legitimidad del poder.³⁵³ Además, una de las concepciones predominantes en torno a la naturaleza de los DDHH señala que éstos serían inalienables y anteriores al Estado, pero que el Estado los reconoce y garantiza y tiene por lo tanto el deber de respetarlos.³⁵⁴

Otro elemento importante para esta investigación sobre el derecho internacional de los DDHH es que tiene una estructura diferente a las de otras áreas del DIP: como han señalado tanto la Corte Interamericana de DDHH³⁵⁵ como la Comisión Europea de DDHH³⁵⁶ y la Corte Internacional de Justicia³⁵⁷ los tratados de DDHH revisten un carácter especial y distinto de otras convenciones internacionales, por cuanto no solo fijan deberes bilaterales o multilaterales entre los Estados, sino que tienen destinatarios adicionales: los seres humanos. No son tratados que tengan una naturaleza contractual en el sentido de que los Estados se deban deberes recíprocos; más bien, su intención es atribuir y garantizar derechos a las personas dentro de sus territorios, con las correlativas obligaciones estatales. Por lo tanto, la manera en que los Estados cumplen dichas obligaciones es dentro del mismo Estado.³⁵⁸

La idea de derechos básicos y constitución están íntimamente relacionadas. Para empezar, los derechos permiten imaginar una cierta estructura estatal, como lo es el Estado de Derecho, basada en los principios de legalidad y de sujeción a control de todas las actividades del Estado. Luego, los derechos económicos, sociales y culturales están orientados hacia la construcción de un Estado social de Derecho. Así,

³⁵² Shaw, *International Law*, 265–67. La Declaración Universal de DDHH señala en su preámbulo que: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.*”

³⁵³ Claudio Nash, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica* (México: Fontamara, 2010), cap. Constitución y Derechos Humanos. Apuntes para un debate informado.

Cabe destacar la simetría entre estas dos concepciones y la discusión ya elaborada sobre distintas visiones sobre la relación del poder constituyente originario con derechos fundamentales y principios básicos.

³⁵⁴ Nash, cap. Constitución y Derechos Humanos. Apuntes para un debate informado.

³⁵⁵ Opinión consultiva sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts 74 y 75), No. OC-2/82 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de septiembre de 1982).

³⁵⁶ *Austria v. Italia*, No. N° 788/60 (Comisión Europea de Derechos Humanos 1961).

³⁵⁷ *Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio* No. Opinión Consultiva, ICJ Reports 1951, 19 (International Court of Justice 28 de mayo de 1951).

³⁵⁸ Esto sin perjuicio de su consideración como obligaciones *erga omnes*, lo cual es relevante para efectos procesales y de exigibilidad, mas no para su forma de cumplimiento.

históricamente parte de lo que ha significado el asunto constitucional es resolver qué derechos una sociedad en particular debe entender como fundamentales. Por lo tanto, resolver el tema de los derechos es parte fundamental de lo que significa una constitución en su sentido moderno, como norma fundamental del poder estatal y político.³⁵⁹

Por lo tanto, dado que el derecho internacional de los DDHH es una materia obligatoria para los Estados, en que la manera de cumplir es a través de su actuar a nivel interno, y de la misma inspiración que la que suelen buscar los derechos fundamentales de las constituciones (garantizar ciertos derechos mínimos a la población), es que éste es el régimen del DIP que se relaciona de manera más intensa con el poder constituyente de los Estados.³⁶⁰ Es en este sentido que durante un proceso constituyente democrático, “*los derechos humanos deben estar en el centro de este debate.*”³⁶¹

b. Derecho económico internacional y nueva constitución

La definición exacta de lo que constituye el DEI también es una cuestión que ha sido ampliamente debatida y sobre la cual no existen consensos.³⁶² Una visión omnicompreensiva incluye a diferentes fuentes de derecho que regulan las relaciones económicas internacionales y transfronterizas; a organizaciones internacionales especializadas tales como la Organización Mundial del Comercio y el Fondo Monetario Internacional; e incluso en cierta medida el comportamiento de sujetos privados.³⁶³ Por lo tanto, esto incluye por lo menos al derecho del comercio internacional, monetario, de integración económica regional y de las inversiones. También puede incluir áreas relacionadas a la solución de controversias en materia de comercio e inversiones, así como a acuerdos referidos a propiedad intelectual e industrial y el derecho de la libre competencia internacional.³⁶⁴

Aunque depende bastante de la normativa en específico, el DEI tradicionalmente se basa en las ideas económicas de que el comercio, la competencia y

³⁵⁹ Nash, *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*, cap. Constitución y Derechos Humanos. Apuntes para un debate informado.

³⁶⁰ Díez-Picazo, “Límites internacionales al poder constituyente”, 15.

³⁶¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe sobre la Misión a Chile, 30 de octubre-22 de noviembre de 2019”, 35.

³⁶² Steve Charnovitz, “What Is International Economic Law?”, *Journal of International Economic Law* 14, n° 1 (2011): 3.

³⁶³ Cabe destacar, en todo caso, que una visión más restringida de lo que constituye el DEI público solo se referiría a las relaciones entre Estados y con organizaciones internacionales. Matthias Herdegen, “International Economic Law”, en *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford Public International Law (Oxford University Press, 2014), párr. 1.

³⁶⁴ Herdegen, párr. 2.

la especialización son beneficiosos e incrementan la riqueza de las naciones. Por lo tanto, la mayoría del DEI vela por la liberalización del comercio internacional.³⁶⁵ Pero también hay otros principios que lo inspiran: la autonomía de los Estados en sus decisiones económicas, no-discriminación hacia comerciantes e inversores extranjeros,³⁶⁶ el desarrollo de los países subdesarrollados, entre otros. Por ejemplo, la Organización Mundial del Comercio trabaja sobre la base de un número de tratados que consagran los principios de liberalización del comercio, desarrollo sustentable y crecimiento equitativo para países en vías de desarrollo.³⁶⁷ En base a lo anterior, podemos señalar que en general el DEI se basa en la premisa de estar regulando economías de mercado. A pesar de esto, en principio cada Estado puede elegir su propio sistema económico, como correlato de la igualdad soberana y del principio de no-intervención.³⁶⁸

Vale la pena aquí relevar especialmente el rol que tiene en la relación entre derecho interno y DIP el derecho de inversiones extranjeras: un entramado complejo de acuerdos para la promoción y protección de inversiones que imponen estándares de trato a los inversionistas y asegurándoles un clima de protección ante las actuaciones del Estado.³⁶⁹ Estos acuerdos en general otorgan protección a los inversionistas en cuatro áreas: El acceso a mercados, las garantías en el trato, la expropiación y la solución de disputas.³⁷⁰ Las garantías de trato en general se subdividen en la garantía de no discriminación (tal como la garantía de trato nacional)

³⁶⁵ Lowenfeld, *International Economic Law*, 3.

³⁶⁶ Por ejemplo, las condiciones para la expropiación de propiedad extranjera, la vigencia de un estándar de trato mínimo, y el estatus de los extranjeros.

³⁶⁷ Por ejemplo, el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, tratado que constituye a la Organización Mundial del Comercio, señala:

“Reconociendo que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico,

Reconociendo además que es necesario realizar esfuerzos positivos para que los países en desarrollo, y especialmente los menos adelantados, obtengan una parte del incremento del comercio internacional que corresponda a las necesidades de su desarrollo económico.

Deseosas de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.”

“Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio” (1995).

³⁶⁸ Herdegen, *“International Economic Law”*, párr. 21. Véase también la discusión al comienzo de la sección B.

³⁶⁹ Herdegen, párr. 6.

³⁷⁰ René Uruña, *“Después de la fragmentación: ICCAL, Derechos Humanos y Arbitraje de Inversiones”*, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo.*, ed. Armin Von Bogdandy et al. (México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 61.

y estándares mínimos (como el trato justo y equitativo.)³⁷¹ La protección de la expropiación significa que las decisiones de derecho público adoptadas por un Estado que limiten la propiedad privada de inversionistas extranjeros deben ajustarse a ciertos criterios: entre ellos, que las medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, que no sean discriminatorias, y que se adopten en conformidad a la legislación local o conforme a un debido proceso, contra pago de compensación justa y adecuada.³⁷² La crítica que se le ha hecho a este régimen, en su relación con la normativa interna de los Estados, es que puede disminuir la capacidad regulatoria de un Estado; se ha estudiado que, en general, ante el temor de que una regulación sea estimada expropiatoria o como un incumplimiento de las garantías de trato, o que sean más caras de ejecutar por la compensación aparejada, los Estados son más reticentes a promover regulaciones que pueden ser necesarias.³⁷³ A este “enfriamiento” se le denomina en inglés el “*chilling effect*”.³⁷⁴ Y de hecho, gran parte de los comentarios críticos al artículo 135 inciso final, que señalan que los tratados internacionales ratificados por Chile limitan al poder constituyente, apuntan a que los inversionistas extranjeros protegidos por ellos podrían demandar al Estado de Chile en caso de que se realicen cambios constitucionales que signifiquen expropiaciones indirectas.³⁷⁵ Ahora, si bien esta amenaza depende de la posición que se tome con respecto a lo estudiado en los capítulos anteriores, cabe aclarar que no se prohíben las expropiaciones directas o indirectas (como las que podría contener una constitución),³⁷⁶ sino que obliga al Estado a la compensación justa y adecuada.

Lo primero que se debe señalar es que en principio esta área del DIP tiene menos implicancias constituyentes que el de DDHH, dado que las constituciones no necesariamente deben incluir referencias a temas de propiedad intelectual, inversiones internacionales, comercio internacional, entre otras materias propias del DEI. Eventualmente podría hacerlo, pero no es algo típico en el constitucionalismo moderno

³⁷¹ Urueña, 61.

³⁷² Ximena Fuentes Torrijo, “El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional”, *CEPAL - Colección Documentos de Proyectos*, s. f., 40.

³⁷³ Urueña, “Después de la fragmentación: ICCAL, Derechos Humanos y Arbitraje de Inversiones”, 64.

³⁷⁴ Carolina Moehlecke, “The Chilling Effect of International Investment Disputes: Limited Challenges to State Sovereignty”, *International Studies Quarterly* 64, n° 1 (2019): 1.

³⁷⁵ Matus, “Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible”.

³⁷⁶ En las expropiaciones indirectas, no hay transferencia de propiedad, sino que “*el Estado huésped adopta medidas que interfieren de tal manera con el giro usual de la inversión, o con el aprovechamiento de los beneficios derivados de la misma, que los derechos de propiedad relacionados con la devienen, en la práctica, sin valor.*” Urueña, “Después de la fragmentación: ICCAL, Derechos Humanos y Arbitraje de Inversiones”, 61.

(a diferencia de lo que pasa con la consagración de derechos fundamentales.) Las constituciones sí consagran cierta estructura del modelo socioeconómico del Estado, y en ese sentido se relaciona con el DEI; pero a diferencia de lo que ocurre en la relación entre DDHH y derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, esta relación es indirecta y menos evidente.

Luego, en relación con lo elaborado anteriormente sobre fragmentación del DIP, vale la pena destacar que se ha estudiado ampliamente cómo el DEI puede entrar en tensión con las normas de DDHH.³⁷⁷ Por lo tanto, existen casos en que el cumplimiento las obligaciones internacionales del DEI es incompatible con el cumplimiento de normas de DDHH.³⁷⁸ Esta incompatibilidad debe resolverse de las maneras propias a la interpretación de normas (como *lex specialis* y *lex posteriori*) y de los tratados (las que se encuentran en la Parte III, sección tercera de la CVDT.)

Además, también en relación al análisis sistémico de la relación entre normas, hay que traer a colación el hecho de que una de las razones por las que se señala que el DIP es especialmente propenso a la fragmentación es por la horizontalidad de sus normas.³⁷⁹ Típicamente, esta noción es puesta en jaque por el artículo 103 de la Carta de la ONU, las normas de *ius cogens*, y eventualmente también las normas *erga omnes*. Ahora, si bien tan solo algunas garantías de DDHH (como la prohibición de la tortura y la esclavitud) tienen rango indiscutido de *ius cogens*,³⁸⁰ el concepto está en permanente disputa y por ende no hay claridad sobre la extensión de su contenido.³⁸¹ Por ende, más garantías de DDHH podrían entrar bajo este concepto. En todo caso, el caso de *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paragua*, ante la Corte Interamericana de DDHH, es ilustrador sobre el tipo de relación que deben tener ambos regímenes: el Estado de

³⁷⁷ Von Bogdandy et al., “Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y derecho económico internacional (DEI). Una introducción”, 5.

³⁷⁸ Manuel Eduardo Góngora Mera, “El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos”, en *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*, ed. Armin Von Bogdandy et al. (México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018), 43.

³⁷⁹ Koskenniemi, “Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission”, 166.

³⁸⁰ Koskenniemi, 182. Las normas que respaldan esta entidad de las normas de *ius cogens* son el artículo 53 y 64 de la CVDT. El artículo 53 dispone que las normas que entren en conflicto con las de *ius cogens* serán inválidas, el y 64 que ante el surgimiento de nuevas reglas de *ius cogens*, cualquier tratado existente que entre en conflicto con ellas será nulo y terminará.

³⁸¹ Koskenniemi, 188. En los comentarios al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional, la Comisión de Derecho Internacional señaló que las normas de *ius cogens* incluirían a la prohibición de agresión, de esclavitud, de genocidio, de discriminación racial y apartheid, de tortura, reglas básicas de derecho humanitario, y el derecho a la autodeterminación.

Paraguay alegó que no podía hacer efectivo el derecho de la comunidad indígena a la propiedad sobre sus tierras ancestrales porque, entre otras razones, esas tierras ahora pertenecían a un inversor alemán, que estaba protegido por un tratado bilateral de inversiones. Sobre esto, la Corte Interamericana de DDHH señaló:

“Asimismo, la Corte considera que la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.”³⁸²

En efecto, un examen de compatibilidad con normas de DDHH es necesario al momento de aplicar las normas del DEI, para que su aplicación se ajuste en la mayor medida posible a estas garantías inalienables.

c. Otras áreas del derecho

Finalmente, cabe señalar que existen una multiplicidad de regímenes especiales de DIP, entre las cuales podemos enumerar, por ejemplo, el de fronteras y límites, del mar, de solución de controversias, penal internacional, humanitario, y más. Algunos de estos apuntan más a regular asuntos interestatales (como el derecho de fronteras y límites), mientras que otros apuntan más a regular asuntos intraestatales (por ejemplo, el DIP ambiental.) Si bien excede a esta memoria hacer un estudio pormenorizado de la relación entre estos regímenes y un proceso constituyente, como criterio general, se puede señalar que aquellas áreas que regulan asuntos adentro del Estado, tienen más aplicación que los que regulan asuntos entre Estados. Los principios, objeto y fin, y contenido fundamental de los regímenes que apuntan a regular la vida intraestatal son relevantes para efectos constituyentes (con los alcances desarrollado a lo largo de este trabajo.)

De todas formas, uno de los cometidos relevantes de una constitución es determinar normas fundamentales sobre las relaciones internacionales de un Estado y

³⁸² *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, No. Serie C. N° 146 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006).

cómo se relacionará con el ordenamiento jurídico internacional. Esta es la manera ineludible en que una constitución se debe relacionar con el DIP: por lo menos, determinando cómo se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, su posición en éste y distribuyendo las competencias en cuanto a estas materias. Por lo tanto, ineludiblemente el constituyente originario debe tomar una postura en cuanto a cómo el Estado deberá relacionarse con el DIP.³⁸³

³⁸³ Así, hay constituciones, como la colombiana, que interactúan de forma “más intensa” con el orden internacional. Von Bogdandy et al., “Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción”, 10. Véase también: Acosta Alvarado, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, 34.

Mientras, por otra parte, la constitución chilena de 1980 se relacionaba de forma más escueta con el DIP. Las reformas de 1989 y 2005 tenían como uno de sus objetivos dar más relevancia a los tratados internacionales. Cumplido, “Historia de una negociación para la protección y garantía de los Derechos Humanos”.

Conclusión

La pregunta de investigación que sirvió de guía a este trabajo era cómo se debe relacionar el DIP con un proceso constituyente en un régimen democrático, estudiado desde la perspectiva del caso chileno de los años 2019-2022. Esta investigación fue gatillada por la discusión planteada a propósito del artículo 135 inciso final contenido en la Constitución de 1980 tras su reforma con la ley 21.200, pero como se pudo observar a lo largo de este trabajo, es una cuestión pertinente para estudiar en cualquier proceso de reemplazo constitucional democrático.

A lo largo de este trabajo, se estudió el artículo 135 inciso final de la Constitución de 1980, las normas internacionales pertinentes y las cuestiones de fondo relevantes. A continuación, se encuentran las conclusiones por cada una de estas temáticas.

i. Conclusiones capítulo I: Los orígenes sociales, políticos y legislativos del proceso constituyente chileno y el artículo 135 inciso final de la ley 21.200

De este capítulo podemos concluir dos cosas: La primera, es que a través de las diversas críticas y movilizaciones que impugnaban el modelo político y económico que constituye la Carta Fundamental de 1980, que luego se agudizaron y manifestaron de manera especialmente palpable en el llamado “estallido social” de 2019, se fue creando y acumulando lo que se conoce como poder constituyente originario. Es decir, la capacidad de establecer o reestablecer una nueva Constitución.³⁸⁴ Gracias a éste, se dieron las condiciones para el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, al que se le dio forma legal con la ley 21.200, que establecieron el proceso para crear un nuevo orden constitucional.

Luego, podemos establecer que la referencia que hizo la ley 21.200 al ordenamiento internacional, a través del inciso final del artículo 135, es una norma imperativa pero incoercible por vías jurídicas. A su vez, tiene también una finalidad programática, en que el poder constituido le señala ciertos bienes jurídicos intangibles para el órgano redactor de la nueva constitución, entre los cuales está el respeto a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado de Chile. Esto no le quita valor jurídico a la disposición, dado que las normas incoercibles son parte de la vida jurídica. Más bien,

³⁸⁴ Duke, “Inherent Constraints on Constituent Power”, 2.

es un reconocimiento a que el poder constituyente, para ser tal, no puede ser limitado sustantivamente de manera sancionable jurídicamente. Por lo mismo, no significa una intromisión en la capacidad de la Convención para redactar una propuesta de texto para una nueva Constitución. De todos modos, al estar la propuesta de texto final sometida a aprobación por la vía de plebiscito, existe una sanción de tipo política a esta norma.

ii. Conclusiones capítulo II: Normas internacionales relevantes para entender el estatus del derecho internacional frente al proceso constituyente

El estudio realizado en este capítulo permite llegar a la conclusión de que las obligaciones internacionales de los Estados continúan vigentes, sin importar que a la interna haya un momento constituyente. El Estado de Chile no se exime de dichas obligaciones por encontrarse a la interna viviendo un proceso cambios estructurales.³⁸⁵

Con todo, existen diferentes posiciones con respecto a la manera en que deben influir dichas obligaciones internacionales. A grandes rasgos, según las teorías dualistas, estas obligaciones no afectarían directamente a las decisiones que pueda tomar la Convención Constitucional, mas sí podría generar responsabilidad internacional. Para las teorías monistas, en cambio, la Convención sí se ve directamente obligada por el DIP (además de la eventual posibilidad de responsabilidad internacional.). La interpretación que se hace del artículo 26 y 27 de la CVDT, del rol de la costumbre y los principios tiene que ver con la premisa inicial que se adopte.

Lo que se colige de lo anterior, es que el estricto análisis jurídico de las fuentes de DIP no da respuestas unívocas, dado que cualquier interpretación que se adopte implica una toma de posición sobre el tipo de relación que debe tener el DIP con el constituyente, y con el derecho doméstico en general.

iii. Conclusiones capítulo III: Cuestiones sustantivas respecto a la relación entre el derecho internacional y un proceso constituyente

Las conclusiones de este capítulo son dos: la primera, es que la concepción teórica que se tiene sobre la naturaleza limitada o ilimitada del poder constituyente puede tener un reflejo en la concepción que a su vez se tenga sobre el rol del DIP en un

³⁸⁵ Con la posible excepción, ya analizada, de *rebus sic stantibus*.

proceso constituyente: que este sea un limitante, inspirador y legitimador, o simplemente parte de la realidad material en la cual se encuentra inserto éste. A su vez, también depende de las concepciones que se tenga sobre el rol del DIP en las democracias del siglo XXI. La propuesta de esta tesis es que dicha discusión teórica se debe mediar a través del concepto de soberanía, y también la concepción que se tiene de este último.

La segunda conclusión que se extrae del tercer capítulo es que, sin perjuicio de todos los alcances descritos con anterioridad, la influencia en concreto del DIP no es una cuestión con respuestas unívocas. Esto dado que la naturaleza del derecho, y del DIP sobre todo, requiere un ejercicio de integración e interpretación jurídica para determinar cuáles son exactamente las obligaciones a las que se encuentra afecto el Estado de Chile. Por lo tanto, no se puede dar respuestas sustantivas *a priori*. De todos modos, en este capítulo se recalcó que la manera más importante que el poder constituyente se relaciona con el DIP es a través de la decisión sobre las normas fundamentales que regirán las relaciones internacionales y la incorporación del DIP al Estado chileno.

Conclusión general y preguntas para investigaciones futuras

La conclusión general que se puede extraer de este proceso de investigación es que este tema no se resuelve con la interpretación jurídica del artículo 135 inciso final, ni del artículo 27 de la CVDT. Muchos aspectos de la discusión requieran tomas de posición, y en ello influye la concepción que se tiene sobre la relación del DIP con el derecho interno, el poder constituyente, y el valor del DIP para las democracias del siglo XXI. Por lo mismo, no es posible señalar *a priori* que el DIP “limita” al poder constituyente originario. Lo que sí es indiscutible, es que no dejan de estar vigentes las obligaciones internacionales por estar en un momento interno de cambios estructurales relevantes; son las repercusiones de la afirmación anterior que pueden tener diferentes alcances.

Existen, a su vez, muchos temas tratados en esta memoria que se pueden seguir profundizando, o que pueden relacionarse con nuevos estudios. Por ejemplo, es importante seguir estudiando desde la perspectiva teórica la relación entre DIP y las democracias nacionales, para seguir debatiendo sobre el rol que debería jugar éste en aquellas. También, en un plano más concreto, el estudio de este tema en el caso chileno

puede seguir profundizándose en cuanto a las normas relativas a elementos internacionales en el Reglamento de la Convención Constitucional, las instancias de cooperación constitucional internacional que entable, y los argumentos sustantivos que se den invocando normas internacionales por parte de convencionales al momento de discutir normas en particular. También es importante sopesar cómo lo anterior influye en el texto final que se produzca, y cómo la consideración al respeto a las obligaciones internacionales es un elemento tomado en consideración en la coyuntura plebiscitaria.

Bibliografía

Publicaciones académicas, tesis, libros y capítulos de libros

Acosta Alvarado, Paola Andrea. “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”. *Estudios Constitucionales* 14, n° 1 (2016): 15–60.

Ahumada, Paula, y Fernando Muñoz. “La historia constitucional de nuestras Constituciones: dos siglos de historia constitucional republicana”. En *La hoja en blanco: Clave para conversar sobre una nueva Constitución*, editado por Matías Guiloff, Rocío Lorca, Pablo Marshall, y Nicole Selamé, 1ª ed., 93–112. Santiago: La Pollera, 2020.

Atria Lemaitre, Fernando. *La Constitución tramposa*. Chile: LOM Ediciones, 2013.

Atria Lemaitre, Fernando, Guillermo Larrain, José Miguel Benavente, Javier Couso, y Alfredo Joignant. *El otro modelo: del orden neoliberal al régimen de lo público*. Chile: Penguin Random House, 2014.

Avendaño, Octavio, y María Cristina Escudero. “Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir de los acontecimientos del 18 de octubre de 2019.” *Ecuador Debate* 109 (2020): 139–56.

Bassa Mercado, Jaime. “Cómo cambian las constituciones”. En *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*, editado por Rocío Lorca, Pablo Marshall, Nicole Selamé, y Matias Guiloff, 2020.

———. “Notas para una teoría democrática del poder constituyente”. *Nomos, Universidad de Viña del Mar*, n° 1 (2008): 41–70.

———. “La teoría del poder constituyente en la constitución chilena vigente”. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114650>.

Bello, Andrés. *Principios de derecho internacional y escritos complementarios*. 2ª ed. Obras Completas de Andrés Bello. Caracas: Fundación La Casa de Bello, 1981.

Benadava Cattán, Santiago. *Derecho Internacional Público*. 8ª edición. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2004.

Benavides Casals, María Angélica. “El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia)”. *Estudios Constitucionales* 15, n° 2 (2017): 365–88.

Benda-Beckmann, Franz von. "Who's Afraid of Legal Pluralism?" *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2013, 37–82.

Bockenforde, Ernst-Wolfgang. "Chapter VII: The Constituent Power of the People. A Liminal Concept of Constitutional Law." En *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, editado por Mirjam Künkler y Tine Stein. Oxford: Oxford University Press, 2017.

Charnovitz, Steve. "What Is International Economic Law?" *Journal of International Economic Law* 14, n° 1 (2011): 3–22.

Cholakoy Rojas, Isabel Magdalena, y Javier Vicente Vergara Cordero. "La doctrina rebus sic stantibus en el derecho internacional de los tratados". Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017.

Colón-Ríos, Joel. "Constitution Making Through Law". En *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, editado por Gabriel Negretto, 33–52. *Comparative Constitutional Law and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

———. "Five conceptions of constituent power". *Victoria University of Wellington Legal Research Papers* 7, n° 31 (2017).

———. *Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power*. Routledge, 2012.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8ª ed. Nueva York: Oxford University Press, 2012.

Cristi, Renato. *El Pensamiento Político de Jaime Guzmán: Autoridad y Libertad*. Primera Edición. Santiago: LOM Ediciones, 2000.

Cumplido Cereceda, Francisco. "Alcances de la modificación del artículo 51 de la Constitución Política chilena en relación a los tratados internacionales". *Revista Chilena de Derecho* 23, n° 2 y 3 (1996): 255–58.

Cumplido, Francisco. "Historia de una negociación para la protección y garantía de los Derechos Humanos". En *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, editado por Jeannette Irigoien Barrenne. Santiago, Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1991.

De Wet, Erika. "The Constitutionalization of Public International Law". En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel Rosenfeld y Andrés Sajó. Oxford University Press, 2012.

Díez-Picazo, Luis María. "Límites internacionales al poder constituyente". *Revista Española de Derecho Constitucional* 76 (Enero-abril de de 2006): 9–31.

Duke, George. "Inherent Constraints on Constituent Power". *Oxford Journal of Legal Studies* 00, n° 0 (2020): 1–24. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqaa035>.

Favoreau, Louis. "El problema de la supraconstitucionalidad en Francia y en Europa". En *Problemas actuales del Derecho Constitucional*, traducido por Jérôme Tremeau, Ángel Sanchez, y María Torres, 107–16. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

Fuentes Torrijo, Ximena. "El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional". *CEPAL - Colección Documentos de Proyectos*, s. f.

———. "International Law and Domestic Law: Definetely an Odd Couple". *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico* 77, n° 2 (2008): 483–506.

———. "Una nueva Constitución para Chile y el diseño de un esquema de incorporación del derecho internacional al sistema jurídico chileno". En *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)*, editado por Eduardo Chia y Flavio Quezada. Instituto Igualdad, Fundación Friedrich Ebert y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2015.

Garretón, Manuel Antonio. *Neoliberalismo corregido y progresismo limitado: los gobiernos de la Concertación en Chile 1990-2010*. Santiago de Chile: Editorial Arcis CLACSO, 2012.

Góngora Mera, Manuel Eduardo. "El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos". En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*, editado por Armin Von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi, y Franz Christian Ebert, 33–57. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

Hart, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Argentina: Abeledo-Perrot, 1961.

Heiss, Claudia. *¿Por qué necesitamos una nueva Constitución?* Santiago, Chile: Penguin Random House, 2020.

———. “Soberanía popular y ‘momento constituyente’ en el debate sobre cambio constitucional en Chile”. *Revista Anales* 7, n° 10 (2016): 111–25.

Heiss, Claudia, y Esteban Szmulwicz. “La Constitución Política de 1980”. En *El sistema político de Chile*, editado por Carlos Huneeus y Octavio Avendaño, Capítulo 2. Santiago: LOM, 2018.

Herdegen, Matthias. *Principles of International Economic Law*. 1°. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Huneeus, Carlos. *El régimen de Pinochet*. Santiago: Taurus, 2016.

Infante Caffi, María Teresa. “Reservas y objeciones al Artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativo al cambio fundamental de las circunstancias”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 6 (1982): 465–83.

Kelsen, Hans. *Principios de Derecho Internacional*. España: Comares, 2013.

———. *Teoría pura del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1962.

Koskenniemi, Martti. *The Politics of International Law*. 2ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2011.

Koskenniemi, Martti, y Paivi Leino. “Fragmentation of International Law? Postmodern anxieties”. *Leiden Journal of International Law* 15 (2002): 553–79.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

Lorca, Rocío, Pablo Marshall, Nicole Selamé, y Matias Guiloff, eds. *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva constitución*. Santiago, Chile: La Pollera, 2020.

Lowenfeld, Andreas. *International Economic Law*. 2°. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Luhmann, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2ª edición en español. México: Editorial Herder, 2005.

Moehlecke, Carolina. “The Chilling Effect of International Investment Disputes: Limited Challenges to State Sovereignty”. *International Studies Quarterly* 64, n° 1 (2019): 1–12.

Montesquieu, B. de. *Del espíritu de las leyes*. Filosofía. Alianza Editorial, s. f.

Mr. Hallett's Argument in the Rhode Island Causes, on the Rights of the People. Boston: Beals & Greene, 1848.
https://books.google.cl/books?id=uVoEAAAAYAAJ&pg=PA37&lpg=PA37&dq=benjamin+franklin+each+generation+can+make+its+own+constitution&source=bl&ots=IDyd8zWd0c&sig=ACfU3U0pQYSuODCHeETsH_p9c7XG8JVHqQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiW_MGE9KDvAhVuILkGHTuKCKMQ6AEwEXoECCQQA#w=onepage&q=benjamin%20franklin%20each%20generation%20can%20make%20its%20own%20constitution&f=false.

Nash, Claudio. *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica*. México: Fontamara, 2010.

———. “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *ACDI, Bogotá* 11 (2018): 71–100.

Navarro Beltrán, Enrique. “El Estado Empresario a la luz de la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Público* 62 (2016): 32–47.

Negretto, Gabriel. “New Constitutions in Democratic Regimes”. En *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives*, editado por Gabriel Negretto, 1ª ed., 1–30. Comparative Constitutional Law and Policy. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

———. “Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada.” *Revista de Ciencia Política* 35, n° 1 (2015): 201–15.

Negri, Antonio. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. 1ª ed. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional”. *Revista Ius et Praxis* 15, n° 1 (2009): 229–62.

———. “La evolución político-constitucional de Chile 1976-2005”. *Estudios Constitucionales* 6, n° 2 (2008): 325–70.

———. “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”. *Ius et Praxis* 2, n° 2 (1997): 9–62.

“OECD Support on Constitutional Reform Process”. Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 26

de noviembre de 2020. N°1320. https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/convenio-ocde.pdf?sfvrsn=f52b7a26_2.

Peña Torres, Marisol. “La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales”. *Revista de Estudios Internacionales* 38, n° 151 (2005): 41–56.

Rebón, Julián, y Carlos Ruiz Encina. “Revueltas en y contra el neoliberalismo. Argentina, 2001 y Chile, 2019.” *Revista Sociedad*, n° 40 (mayo de 2020): 157–73.

Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social: o principios de derecho político*. Buenos Aires: Editorial La Página, 2003.

Ruiz-Tagle, Pablo. *Cinco repúblicas y una tradición: Constitucionalismo chileno comparado*. Primera edición. Santiago: LOM Ediciones, 2016.

Santos, Boaventura de Sousa. *La globalización del Derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. 1ª ed. Bogotá, Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Colombia, 1998.

Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Alianza, 2011.

Shaw, Malcolm. *International Law*. 6ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Sieyès, Emmanuel. “¿Qué es el Estado llano?” En *Escritos Políticos de Sieyès*, editado por David Pantoja. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

Sieyès, Emmanuel Joseph. *¿Qué es el Tercer Estado?* Titivillus, 1789.

Soto, Francisco, y Yanina Welp. *Los «diálogos ciudadanos»*. Chile ante el giro deliberativo. Santiago: LOM Ediciones, 2017.

Troncoso Repetto, Claudio. “Derecho internacional, Constitución y derecho interno”. *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 453–62. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2014.30938>.

Urueña, René. “Después de la fragmentación: ICCAL, Derechos Humanos y Arbitraje de Inversiones”. En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo.*, editado por Armin Von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi, y Franz Christian Ebert. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law e Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Véliz, Carolina. “Reformas de 2005: Por qué le llaman la ‘Constitución de Lagos’ y qué tan distinta es de la original de 1980”. *CNN Chile*, 15 de octubre de 2020.

https://www.cnnchile.com/plebiscito2020/reformas-2005-por-que-constitucion-lagos_20201015/.

Villiger, Mark. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Von Bogdandy, Armin. "Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law". *International Journal of Constitutional Law* 6, n° 3–4 (2008): 397–413.

Von Bogdandy, Armin, Franz Christian Ebert, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, Pedro Salazar Ugarte, y Ximena Soley. "Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI). Una introducción". En *El constitucionalismo transformador en América Latina y el Derecho Económico Internacional: De la tensión al diálogo*, editado por Armin Von Bogdandy, Pedro Salazar Ugarte, Mariela Morales Antoniazzi, y Franz Christian Ebert. México: Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018.

Zuñiga, Francisco. "Nueva constitución y Operación Constituyente: Algunas notas acerca de la Reforma Constitucional y de la Asamblea Constituyente". *Estudios Constitucionales* 11, n° 1 (2013): 511–40.

Artículos de enciclopedia

Besson, Samantha. "Sovereignty". En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2011.

Heinstchel von Heinegg, Wolff. "Treaties, Fundamental Change of Circumstances". En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2006.

Herdegen, Matthias. "International Economic Law". En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2014.

Kotzur, Markus. "Good Faith (Bona Fide)". En *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Enero de 2009.

Thürer, Daniel. "Soft Law". En *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Oxford Public International Law. Oxford University Press, 2009.

Noticias y columnas

Andrade, Eduardo. "Claudia Heiss por asesoría de la OCDE en proceso constituyente: 'Parece una forma de intencionar el trabajo de la Convención'". *Diario Uchile*, 3 de diciembre de 2020. <https://radio.uchile.cl/2020/12/03/claudia-heiss-por-asesoria-de-la-ocde-en-proceso-constituyente-parece-una-forma-de-intencionar-el-trabajo-de-la-convencion/>.

Andrews, Juan Pablo. "Gobierno rechaza 'categóricamente' informe de Amnistía Internacional por violaciones de derechos humanos". *La Tercera*, 21 de noviembre de 2019. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/gobierno-rechaza-categoricamente-informe-amnistia-internacional-violaciones-derechos-humanos/910797/>.

BBC News. "Jubilation as Chile votes to rewrite constitution", 26 de octubre de 2020. <https://www.bbc.com/news/world-latin-america-54687090>.

Contesse, Jorge. "¿Cláusula de límites?" *El Mercurio*, 25 de enero de 2021, sec. A.

Contreras, Pablo, Domingo Lovera, y Constanza Salgado. "¿Cláusula de límites?" *El Mercurio*, 17 de enero de 2021, sec. A.

"Convenio Gobierno-OCDE bajo la lupa: recurren a Contraloría para que se pronuncie sobre legalidad del acuerdo", 10 de diciembre de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/12/10/convenio-gobierno-ocde-bajo-la-lupa-recurren-a-contraloria-para-que-se-pronuncie-sobre-legalidad-del-acuerdo/>.

Corral, Hernán. "TPP11 y límites a la Convención". *El Mercurio*, 20 de enero de 2021, sec. A.

Fernandois, Arturo. "La cláusula de límites: marco y orientación". *El Mercurio*, 16 de enero de 2021, sec. A.

González F., Tomás. "Expertos en DD.HH.: Discusión sobre sistematicidad distrae de la gravedad y masividad de las violaciones cometidas". *Diario Uchile*, 29 de noviembre de 2020. <https://radio.uchile.cl/2020/11/29/expertos-en-dd-hh-discusion-sobre-sistematicidad-distrae-de-la-gravedad-y-masividad-de-las-violaciones-cometidas/>.

Herrera, César. "Gobierno reafirma que no existió 'actuar sistemático' ante vulneración de derechos durante estallido social". *Diario Concepción*, 26 de noviembre

de 2020. <https://www.diarioconcepcion.cl/pais/2020/11/26/gobierno-reafirma-que-no-existio-actuar-sistematico-ante-vulneracion-de-derechos-durante-estallido-social.html>.

El mostrador. “La explicación de Patricio Zapata sobre la ‘hoja en blanco’: ‘Lo que quiere decir es que ninguno de los dos lados tiene ventaja’”, 29 de enero de 2020. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2020/01/29/la-explicacion-de-patricio-zapata-sobre-la-hoja-en-blanco-lo-que-quiere-decir-es-que-ninguno-de-los-dos-lados-tiene-ventaja/>.

López E., Sebastián. “Cláusula de límites”. *El Mercurio*. 20 de enero de 2021, sec. A.

Matus, Jean-Pierre. “Nueva Constitución: una hoja en blanco con tinta invisible”. *CIPER Académico*, 9 de enero de 2020. <https://www.ciperchile.cl/2020/01/09/nueva-constitucion-una-hoja-en-blanco-con-tinta-invisible/>.

Matus, Valentina. “Las dudas abiertas tras el acuerdo del gobierno con la OCDE por el proceso constituyente”. Plataforma Contexto, 10 de diciembre de 2020. <https://plataformacontexto.cl/posts/209>.

Paillape, Marcela, y Andrés Muñoz. “¿Qué significa que la nueva Constitución deberá respetar los tratados internacionales firmados por Chile?” *La Tercera*, 26 de septiembre de 2020. <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>.

Troncoso Repetto, Claudio. “Nueva Constitución y tratados internacionales”. *El Mercurio*. 30 de enero de 2021, sec. A.

Exposiciones en foros y congresos

Lovera, Domingo, Constanza Salgado, y Pablo Contreras. “Los límites del Derecho Internacional a la Constituyente”. *Conversatorio*, 3 de diciembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=k40GCOudhLY&t=4178s>.

Troncoso Repetto, Claudio. “Jornada preparatoria II Congreso Estudiantil de Derecho Internacional: ‘¿Hoja en blanco o tinta invisible?’” 15 de abril de 2021. https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=1098764540648312.

Yañez, Manuel. "El Derecho Internacional y el proceso constituyente chileno: límites y propuestas para un nuevo marco de relación entre Derecho interno e internacional." Coloquio presentado en X Coloquios de Derecho Internacional | Segundo Panel: Investigaciones universitarias sobre Constitución Política y Derecho Internacional., Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 7 de enero de 2021. https://www.youtube.com/watch?v=nBu4KgLA3QI&list=PLtuPf6qoUH_gwexWRvXkHaGDHj2wYIET7&index=20.

Leyes, decretos, tratados, resoluciones, informes oficiales, acuerdos políticos y demás documentos oficiales

Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (1995).

"Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución", 15 de noviembre de 2019.

Amnistía Internacional. "Ojos sobre Chile: Violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social", octubre de 2020.

Asamblea General de la ONU. Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Resolución n° 2625 § (1970).

Carta de la Organización de los Estados Americanos, OEA No 1-C y 61 Novena Conferencia Internacional Americana § (1948).

Constitución Política de Colombia (1991).

Constitución Política de la República (Chile) (1980).

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 § (1969).

Decreto Ley 381: Promulga la convención sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969 (1981).

Decreto Ley 3633: Aprueba convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita el 23 de mayo de 1969 (1981).

Defensoría Jurídica Universidad de Chile. "Informe de la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales de 2019. 18 de octubre al 30 de noviembre de

2019.” Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, enero de 2020.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

“Historia de la Ley N° 21.200: Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República”. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 03 de abril de 2020. www.bcn.cl/historiadelailey.

“Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”. Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996.

Instituto Nacional de Derechos Humanos. “Informe Anual: Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social”, diciembre 2019.

“Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 2 de diciembre 2019”. TV Senado Chile, 2 de diciembre de 2019. https://www.youtube.com/watch?v=kTkbbxrWIHU&feature=emb_title.

“Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de Noviembre (Parte 3)”. TV Senado Chile, 27 de noviembre de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=uATkEvIrayA>.

“Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 26 de noviembre (Parte 3)”. TV Senado Chile, 27 de noviembre de 2019. <https://www.youtube.com/watch?v=uATkEvIrayA&t=4047s>.

“Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 27 de noviembre (parte 1)”. TV Senado Chile, 27 de noviembre. https://www.youtube.com/watch?v=IwvjVowSIn0&feature=emb_logo.

“Mesa Técnica Asesora - Proceso Constituyente - 28 de noviembre 2019 (Parte 2)”. TV Senado Chile, 28 de noviembre de 2019. https://www.youtube.com/watch?v=uTZ6I4q0d1o&feature=emb_logo.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. “Mesa Técnica Constituyente”, s. f. https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-2.

Proyecto de Ley: Modifica la Carta Fundamental, en materia de integración, procedimiento, funcionamiento, quorum exigido a la Convención Constitucional, normas aplicables a los convencionales, y participación ciudadana en el proceso constituyente (2020).

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=58223&formato=pdf>.

“OECD Support on Constitutional Reform Process”. Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores, Gobierno de Chile, 26 de noviembre de 2020. N°1320. https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/default-document-library/convenio-ocde.pdf?sfvrsn=f52b7a26_2.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “Informe sobre la Misión a Chile”, 13 de diciembre de 2019. https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

“Proceso Constituyente - 25/11/2019, 26/11/2019, 27/11/2019, 28/11/2019, 02/12/2019, 02/12/2019”. Televisión del Senado, 2019. https://tv.senado.cl/tvsenado/site/tax/port/all/taxport_9_786_1.html.

“Propuesta de texto de reforma constitucional. Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución.”, 6 de diciembre de 2019. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/78180/1/Propuesta_reforma_constitucional_mesa_tecnica.pdf.

Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 § (2001). https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/spanish/ilc_2001_v2_p2.pdf.

Venezuela: Bases Comiciales del Constituyente (1999). <https://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Venezuela/bases.html>.

“Yearbook of the International Law Commission, Volume II”. United Nations, 1966.

Jurisprudencia nacional e internacional

Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua v. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia 1986).

Austria v. Italia, No. N° 788/60 (Comisión Europea de Derechos Humanos 1961).

Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia 31 de marzo de 2004).

Caso Armas Nucleares (Australia v. France) (Corte Internacional de Justicia de diciembre de 1974).

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, No. Serie C No. 154 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006).

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay, No. Serie C. N° 146 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de marzo de 2006).

Caso homicidio calificado *Paulino Flores Rivas y otro* (Caso Molco), No. Rol nº559-2004 (Corte Suprema de Chile diciembre de 2006).

Caso LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de América) (Corte Internacional de Justicia, 27 de junio de 2001).

Corea – Medidas que afectan a la contratación pública. WT/DS163/R (Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio, 19 de enero de 2000).

Eletronica Sicula SpA (ELSI). (Estados Unidos de América vs. Italia) (Corte Internacional de Justicia 20 de julio de 1989).

Intercambio de población griega y turca, Advisory Opinion, No. Series B, nº10 (Corte Permanente de Justicia Internacional 1925).

Koskenniemi, Martti. "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission". Ginebra: Comisión de Derecho Internacional, Asamblea General, Organización de las Naciones Unidas, 13 de abril de 2006.

Opinión consultiva sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts 74 y 75), No. OC-2/82 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de septiembre de 1982).

Opinión Consultiva sobre el trato a los nacionales polacos en Danzing, No. Opinión Consultiva Nº23 (Corte Permanente de Justicia Internacional 1932).

Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia) (Corte Internacional de Justicia 25 de septiembre de 1997).

Reservas a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, No. Opinión Consultiva, ICJ Reports 1951, 19 (International Court of Justice 28 de mayo de 1951).

Vapor "Wimbledon" (Gran Bretaña *et al* v. Alemania) (Corte Permanente de Justicia Internacional de agosto de 1923).

Entrevistas

Aylwin, Sebastián. Entrevista a Sebastián Aylwin, representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente. Entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo. Zoom, de diciembre de de 2020.

Soto, Sebastián. Entrevista a Sebastián Soto, independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica. Entrevistado por Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo. Zoom, de diciembre de de 2020.

Otros

Aylwin Correa, Sebastián. *Sebastián Aylwin - Los Tratados Internacionales en la Convención Constitucional*. Youtube, 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=3M6AvymIoek&t=247s>.

Cash Saez, Jorge Andrés. "Solicitud a Contraloría General de la República de Chile de pronunciamiento sobre convenio del Gobierno de Chile con OCDE", diciembre de 2020. <https://media.elmostrador.cl/2020/12/Presentación-Contralor%C3%ADa-9-diciembre-2020-1.pdf>.

"Chile de todos: Programa de Gobierno Michelle Bachelet", 2013.

"CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares". Comunicado de Prensa, de enero de de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

Núcleo de Sociología Contingente [NUDESOC]. "Informe resultados oficial: Encuesta Zona Cero", 2020. <https://nudesoc.cl/wp-content/uploads/2020/03/Informe-Resultados-OFICIAL.pdf>.

"Programa de Gobierno Concertación de Partidos por la Democracia", 1989. <http://www.archivopatricioaylwin.cl/handle/123456789/7626>.

"Proyecto de la Izquierda: Candidatura Gladys Marín", 1999. <http://www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0016907.pdf>.

Central Unitaria de Trabajadores (CUT Chile). "Unidad Social convoca a Huelga General Nacional para el 23 y 24 de octubre", 22 de octubre de 2019. <https://cut.cl/cutchile/2019/10/22/unidad-social-convoca-a-huelga-general-nacional-para-el-23-y-24-de-octubre/>.

Anexo I: Entrevista a Sebastián Aylwin, comisionado representante del partido Comunes en la Mesa Técnica Constituyente

13/12/2020

Plataforma Zoom

Entrevistadores: Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo

Antonia Urrutia: (1) En los videos del trabajo de la mesa técnica, se puede vislumbrar la tensión entre debate político y técnica jurídica. Queremos conocer el trasfondo político de la discusión, ¿qué es lo que no se ve en los videos?, ¿Cómo fue la relación de los partidos políticos con lo que se discutía en la mesa técnica? (Les dieron libertad, llevaban de vuelta lo que se negociaba para revisarlo a nivel de partido, etcétera.) También se enlaza con la siguiente pregunta que es ¿Cómo fue la coordinación de la oposición en la mesa técnica?

Sebastián Aylwin: (2) Lo que se debe tener consideración para entender este proceso de deliberación, las reglas de este proceso de deliberación que se dieron al interior de la comisión técnica, las cuales lo condicionan, en forma similar al acuerdo del 15 de noviembre y a lo de la ley 21.200.

(3) Es importante tener en cuenta que los partidos de derecha no querían que hubiese proceso constituyente, ellos firman un acuerdo con el cual en el fondo no están de acuerdo, les arrebatan un determinado procedimiento. Por lo tanto, en la perspectiva de ellos, si bien tuvieron que hacer algunas concesiones, en la comisión técnica siguen con la pretensión de echar pie atrás lo más posible de lo acordado en el 15 de noviembre y en otras dimensiones no reguladas poder avanzar en sus posiciones restrictivas.

(4) Respecto de la ex-Concertación, en mi opinión no saben lo que están haciendo, el rol que cumplen dentro del Acuerdo del 15 de noviembre es moverse como un actor sin convicción, no es como un actor que esté convencido de que hay que tener una Asamblea Constituyente o una Convención Mixta, no tienen una orientación, parecen estar simplemente administrando una determinada situación. Un buen ejemplo, es que durante la negociación del Acuerdo del 15 de noviembre, el Acuerdo inicial que se manejaba era la Convención Mixta, la discusión versaba en torno a la proporción de

porcentajes de parlamentarios y de ciudadanos electos, en esa discusión no estaba la derecha imponiendo sus términos, sino que la Concertación estaba de acuerdo, era la tesis de Patricio Zapata, siempre fue la Convención Mixta. Y terminan metidos con una Convención Constitucional que es más popular en las bases de sus propios sectores, pero de la cual no están convencidos, así que están en una situación en que se dedican a administrar una deliberación en que no tienen claras cuáles son sus propias convicciones.

(5) Por otra parte, el FA está en una posición complicada, que podemos asumirla, donde ya aceptó que va ceder en ciertos puntos donde no va a lograr lo que esperaba, lo que hubiese querido. Toma la posición contraria a la derecha, de evitar ceder lo más posible, pero con cierta lealtad a lo ya acordado. Lo central ahí fue el tema de los 2/3 donde la Concertación creía que era una buena regla en si misma, mientras el FA lo consideraba solamente un acuerdo aceptable, no una buena regla.

(6) Dicho lo anterior, el Acuerdo al con el que se llega a la creación de la comisión técnica es muy inestable. Todos creen que son cosas distintas, incluso cuando el texto es muy claro, en algo específico, aun así todos los actores creen que lo pueden empujar aún más en una u otra dirección. Eso concluye en un proceso de deliberación muy basado en la desconfianza, donde los actores creen que el otro no va a ser leal apenas tenga la oportunidad de empujar más los términos. O sea, hay un acuerdo ya firmado pero pareciera que la comisión podía ir más allá, como que no hubiese nada que lo detuviera en principio, todos los actores tenían esa intención. Esto implica la existencia de ciertas condicionantes; el primero es que la comisión tomaba sus decisiones por unanimidad, esa es la expresión máxima de la existencia de los vetos. Hubo vetos en la comisión técnica de todo tipo, vetos unipersonales, yo mismo en alguna ocasión ejercí un veto de decir solamente “yo me opongo”, y eso impedía la firma de una determinada redacción, etcétera. Eso muestra lo desquiciante que puede ser el debate, esto porque la unanimidad puede entenderse cuando ya existen altos niveles de consenso, discutiendo detalles, pero aquí había unanimidad impuesta sobre todos los términos.

(7) Otra condicionante relevante es que en la primera sesión de la comisión, varios participantes de la comisión (Gastón Gómez, yo, entre otros), le preguntaron a los presidentes de los partidos por 2 herramientas: La primera era la consulta a los partidos, si la Comisión podía consultar ante la existencia de divergencias sobre el espíritu del Acuerdo o sobre temas no resueltos por éste. Y la segunda fue sobre la

posibilidad de ofrecer más de una alternativa para zanjar un asunto, en particular respecto de la Convención Mixta, después surgieron más pero estábamos pensando especialmente en la Convención Mixta porque el Acuerdo lo dejó mal regulada. Era evidente que no podían ser 155, por ejemplo, que es el número de diputados, por un tema de proporcionalidad entre los distritos, etcétera. Todos estos temas serían técnicos, uno podría estudiar el razonamiento interno de la lógica de la institucionalidad representativa que te permite llegar a una solución. Yo creo que eso lo hicimos, o lo intentamos hacer. El problema de la Convención Mixta es que no tenía racionalidad interna. No había algo que uno pudiera decir esta es la manera que hay que zanjar los asuntos de la Comisión Mixta. Un tema que no estaba suficientemente zanjado en el Acuerdo.

(8) Los partidos, sin debate, nos negaron ambas opciones, que no se hicieran consultas y que no llegara más de una opción sobre los temas. Uno de los presidentes de los partidos, Fuad Chahín dijo explícitamente “los partidos no tienen capacidad de seguir resolviendo temas”. En el fondo era “no nos devuelvan la pelota” eso era literalmente lo que nos estaban diciendo. Nosotros le entregamos esto a la Comisión Técnica, por favor no nos devuelvan a los partidos políticos porque no tenemos capacidad de resolver estos asuntos. Esto se relaciona con la fragilidad del Acuerdo, en que parecía que el Acuerdo podía sostenerse si un conjunto de “técnicos” resolvían los asuntos, pero parecía ya no sostener otra negociación política, o al menos eso se creía en ese momento. Yo creo que tenía que ver con esto que les mencionaba antes. El Frente Amplio estaba muy dañado por haber firmado el Acuerdo, bases se le habían retirado, uno de los firmantes termina el Tribunal Supremo de su partido, etcétera. La Concertación muy dividida sobre qué hacer entre la Mixta y la Convención Constituyente y la derecha como sabemos. Entonces parecía no aguantar otra negociación política.

(9) Así fue como inició el trabajado de la Comisión, por esas razones yo diría que el trabajo fue fundamentalmente político, pero requería disfrazarse de técnico. Incluso yo diría que la performance de la Comisión Técnica, sesionar en el Senado, utilizando el *streaming* del Senado, vestidos como abogados que litigaban (bueno, yo siempre me he dedicado más a la política que a la litigación); pero tenía que existir esta performance. Esa era la viabilidad que se le dio al Acuerdo.

(10) Creo que fuimos más políticos en la Comisión Técnica, no tanto en innovaciones, si bien existieron algunas relevantes como la reclamación ante la Corte Suprema que es la principal innovación de la Comisión Técnica, donde se propuso políticamente un mecanismo de solución de controversias, lo que claramente excedía lo firmado el 15-N. Pero en términos generales primó un criterio conservador, no en el sentido peyorativo, sino más bien en cuanto a conservar el Acuerdo, buscándole una viabilidad. Es por eso que existen una serie de elementos con los que personalmente no estoy de acuerdo del documento, pero lo que se buscaba en ese momento no era encontrar el óptimo ideal en abstracto, sino el óptimo con la base del Acuerdo del 15-N. Por lo tanto, la Comisión tuvo mucho debate técnico, tenía buenos abogados.

(11) Pero también existe otro elemento, que a mí me parece importante que a estas altura es importante que se sepa, la mitad de las sesiones de la Comisión Técnica no están grabadas, la comisión sesionaba en pleno las salas de Senado, pero también existían las sesiones de las comisiones. Uno podría haber pensado que sus sesiones no se grababan por razones técnicas, pero no es cierto. Las sesiones se transformaron en plenarias, al principio puede ser que ocurrió simplemente, pero después sabíamos que lo que estábamos haciendo era porque existían ciertos aspectos que requerían una negociación. A veces con algunos miembros de la comisión que se les asignaban ciertos temas específicos para que los tratara, otras veces toda la Comisión. Para que ustedes piensen por qué ocurre esto, si bien fuimos varios los que peleamos por la existencia de los mayores grados de publicidad, también hubo cosas que se vivieron: hubo un momento en que la UDI se restó de la Comisión Técnica, dijo que no podían seguir asistiendo a la Comisión, lo que provocó durante 4 días la comisión, creo que es algo que se ve en los videos que hay un momento que hay un desfase. Lo que pase ahí es que la Comisión no deja formalmente de sesionar, formalmente sigue ocurriendo, pero como la UDI (Ernesto Silva y Fernandois y Sebastián Soto, pero Ernesto Silva era la persona más política) dijeron que no iban a asistir hasta que resolvieran temas internamente ellos, y la Comisión no quería mostrar la idea de que estaba quebrada, entonces no podía sesionar públicamente sin la presencia de todo un sector. Entonces la Comisión tomó ese tipo de decisiones, deliberó en ese sentido, pero las decisiones más importantes después se expusieron públicamente.

(12) Volviendo a la pregunta inicial, la relación con los partidos fue muy básica, estos no quisieron involucrarse mucho, al menos formalmente. Por supuesto, yo estaba

siempre en contacto con mi presidenta de partido, estábamos llevando ideas. Pero nunca existió una comunicación formal. No obstante las deliberaciones al interior de la Comisión fue muy política y orientada a viabilizar el Acuerdo del 15-N, y eso se impuso a sí mismo ciertos términos de restricción a su propia deliberación.

(13) **Antonia Urrutia:** ¿Cómo se definió la composición los/as integrantes de la CT?

(14) **Sebastián Aylwin:** Dentro de la CT todo fue difícil, nada fue sencillo. En un principio se pensó en una comisión chica que pudiera trabajar viendo los temas en detalle, y no en estas subcomisiones. Se pensó en 6, donde cada partido de la derecha nombrara a 1, 2 para la ex – Concentración y 1 para el FA, esta propuesta se cayó porque la ex – Concertación nos notificó que no tenía condiciones para coincidir en 2 nombres. Que los cuatro partidos nombraran a dos. Por esto se definió que cada partido de oposición nombrara una persona por partido y que a la derecha se le diera la misma cantidad, ellos lo distribuyeron donde existió un nombre que creó que lo definió el presidente, pero bueno, especulación.

(15) Esa fue la forma en que se constituyó, a mi parecer no era la más adecuada. Pero esto denota la fragilidad del Acuerdo, uno esperaría con ciertos niveles de unidad y que si la mesa es técnica habría más facilidad para constituir estos nombres de consenso. Pero era tal la fragilidad del Acuerdo que nadie estaba dispuesto a confiar, ni siquiera en sus compañeros de alianza.

(15) **Antonia Urrutia:** Relacionado con las condiciones en las que funcionó la Mesa Técnica ¿Cómo evalúas el producto final? ¿Cedieron más cosas de las que debieron?

(16) **Sebastián Aylwin:** El trabajo, desde una calidad técnica-jurídica, es más que aceptable. No lo digo tirándome flores a mí, creo que hubo abogados que realizaron un aporte muy significativo. En ese sentido, abiertamente más calidad que la promedio de una ley que salen en el Congreso, yo creo que en ese sentido la idea de haber conformado un grupo fue acertada.

(17) Si bien el proceso constituyente está generando muchas incertidumbres, prácticamente no ha generado incertidumbres jurídicas, de cuáles son las consecuencias de las cláusulas que están en la Constitución. Si bien puede sonar básico, existieron muchos temas difíciles de tratar, como las incompatibilidades de los candidatos, las inhabilidades para asumir, etc.. Creo que se llegó a buenas soluciones porque se innovó, este proceso electoral tiene menos restricciones que un proceso electoral por ejemplo para ser diputado, esto implicó ciertos arreglos y

modernizaciones, como a cuáles cargos públicos afecta, se realizó una reformulación a la prohibición constitucional de dirigentes vecinales y gremiales para candidatearse. Se realizó un trabajo de ingeniería jurídica que ha entregado certezas.

(18) Dentro de las cosas más interesantes, hay algunos temas que, con el tiempo, uno se forma una opinión de si estuvieron bien o mal. Estoy convencido de que la reclamación es una buena herramienta. Habrá que ver cuando funcione la Convención, actualmente tengo el temor de que están circulando propuestas de reglamento muy ambiciosas, sobre todo en mi sector, y el reglamento es reclamable ante la Corte Suprema, y creo que ahí se pueden generar problemas. Pero si no tuviésemos este mecanismo tendríamos recursos de protección y nulidades de derecho público presentadas día por medio contra la Convención. Juntemos un grupo de abogados e imaginemos todas las acciones que se pueden entablar contra la Convención. Y haber aceptado esta propuesta fue lo que permitió que la derecha firmará el inciso que decía que no se podían presentar ningún otro recurso al trabajo de la Convención, lo que implica una protección a la autonomía de la Convención muy importante.

(19) En el sentido contrario, yo me arrepiento de haber dejado pasar la “cláusula Fernandois”, inciso final del artículo 135, relativo al carácter democrático, republicano, que menciona a los TTII, que ha dado mucho dolor de cabeza. Creo que el escándalo es un poco innecesario, es una cláusula de carácter programático, que no se puede reclamar ante la CS, no tiene exigibilidad, lo dice el mismo artículo 136, y por otro lado dice algo a mí parecer es evidente, pero tal vez no es evidente para todo el mundo, que es que la Convención no puede ponerse a discutir TTII en particular, no puede discutir tratados de libre comercio, tiene solo un año para funcionar y tiene que ver aspectos constitucionales, no cosas específicas de los tratados. Lo que si puede hacer es regular la forma en que Chile ratifica o se retira de los tratados, o la manera en que va a rediscutir tratados en que ya se encuentra suscrito, y eso es lo que permitiría rediscutir los tratados en el futuro. Por esto yo considero muy inocuo este artículo, por eso creo que lo dejamos pasar en la oposición. Pero ha generado mucho revuelo, mucho problema, por lo mismo creo que no fue lo mejor dejarla pasar, no tiene sustento en el Acuerdo del 15-N, no es muy necesaria una disposición como esa, por eso creo que ahí cometimos un error.

(20) **Antonia Urrutia:** ¿Para qué tipo de tratados fue pensado?

(21) **Sebastián Aylwin:** También hablamos de tratados limítrofes.... La verdad es que no, no fue pensado solo para tratados de DDHH, pero...

(22) **Antonia Urrutia:** ¿Esta cláusula se habló en pleno y en subcomisión?

(23) **Sebastián Aylwin:** Esa cláusula fue... mira, si tu caminabas solo por los pasillos, Arturo Fermandois te agarraba en un momento para hablar de esa cláusula. Entonces tuvo mucho tratamiento afuera, y también se habló en subcomisión.

(24) La historia de esa cláusula fue larga, pero yo tengo las versiones anteriores en un documento,³⁸⁶ hay como cuatro versiones anteriores, a cómo llegó. La discusión finalmente se centró en lo que decía “no regresividad de los derechos fundamentales”, era uno de los elementos que estaban contenidos. Y hubo una discusión muy larga, ya que algunos entendían por no regresividad como que no se podían restringir los derechos fundamentales a como estaban regulados actualmente en el art. 19 actual, lo que podría implicar que el nivel de extensión del derecho de propiedad no se puede restringir. Yo creo que eso no es así en realidad, que la cláusula no tenía ese valor, pero aun así, expuesta a esa interpretación era mejor sacarla... bueno, eso nos asustaba.

(25) Quizás por eso también el tema de los tratados internacionales no recibió la atención que debió haber tenido. Pero esa cláusula quizás es la definición en términos de deliberación de algo que llegó con el tejo pasado y se fue retrocediendo y terminó no consagrándose la cláusula, y estaba con el tejo pasado todavía, a pesar de que retrocedió mucho. La primera versión contenía la intangibilidad de los actos y contratos, la primera versión que propuso Fermandois. Esa no duró ni un segundo, se presentó y aparte me acuerdo que con el Gabriel nos opusimos tajantemente a discutir siquiera esa cuestión. Ese sería un punto que... en verdad yo creo que esto no tiene efecto práctico, pero ha generado mucho revuelo político, en el debate. Probablemente fue un error.

Documento referido a inciso final del artículo 135:

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

³⁸⁶ Luego este documento fue solicitado y se encuentra adjunto al final de la entrevista.

judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Junto a las normas del artículo 138 esta disposición fue discutida inicialmente en la sesión del 27 de noviembre a propósito del plebiscito de salida o ratificatorio, bajo el espíritu inicial de que allí se establecerían las reglas de entrada en vigencia de la nueva Constitución. Finalmente se resolvió separar ambas materias, dejando el artículo 142 exclusivamente para la realización del plebiscito ratificatorio y la promulgación de la nueva Constitución. Y crear un artículo adicional, el 138, ya no como reglas de entrada en vigencia de un nuevo texto sino como un mandato a la Convención para que trate determinados temas relacionados con la transición entre constituciones. En ese contexto, esta norma no trata del problema de la transición sino de las facultades de la Convención, en consideración a asuntos relativos al Estado de Derecho y la soberanía, razón por lo cual se incorporó como inciso final del artículo 135.

En su propuesta inicial hecha por representantes del oficialismo, el texto original del presente inciso expresaba lo siguiente:

El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar el régimen democrático, la no regresividad de los derechos fundamentales, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, los actos y contratos válidamente celebrados y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Respecto de aquella propuesta, los representantes de la oposición exigieron tres modificaciones sustantivas para hacer viable la consagración de este texto en la propuesta definitiva de la Comisión. La primera de ellas se refirió a eliminar la expresión relativa a los actos y contratos. La razón para ello radica en que, a diferencia del ejercicio de la jurisdicción y la agencia internacional del Estado, que son manifestaciones directas de la soberanía, los derechos que emanan de actos y contratos tienen diversa naturaleza y protección, cuya afectación por modificaciones en las normas constitucionales es una posibilidad que la propia Convención debe ponderar, de la misma forma que al legislador constitucional actual le corresponde.

La segunda modificación devino al crearse el procedimiento de reclamación a actos procesales de la Convención, consagrada en el artículo 136. La propia autocomprensión de la Comisión implicaba la elaboración de las reglas de procedimiento para llevar a cabo el proceso constituyente, por lo que resultaba lógico que fueran precisamente estas normas el objeto de control de la reclamación. No obstante, la norma en análisis

claramente escapa de dicha pretensión formal, por lo que un requisito para incorporar tanto la reclamación como el presente inciso es que la primera no resultara aplicable a la segunda.

La tercera modificación consistió en eliminar la mención a la no regresividad de los derechos fundamentales. Si bien la Comisión entendió esta expresión como un mandato genérico respecto del núcleo esencial del catálogo de derechos fundamentales, que por lo demás no sería controlable, la filtración de un borrador parcial del trabajo de la Comisión que incorporaba esta norma conllevó la difusión de la interpretación según la cual la consagración de la no regresión en materia de derechos fundamentales implicaba un mandato a la Convención de reiterar literalmente el catálogo de derechos contenido en el artículo 19 de la Constitución. Instalada la polémica, para la oposición no resultaba sostenible hacer dicha concesión.

Respecto a algunas cuestiones específicas del texto en su versión definitiva. Este señala que *“El texto de Nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá respetar (...) su régimen democrático”*. La expresión *“régimen democrático”* debe entenderse de la forma más amplia posible y con deferencia a la Convención. Durante el debate en la Comisión, la única discusión que produjo esta expresión es si debía agregársele el adjetivo *“democrático representativo”*, lo cual fue estimado por la mayoría de la Comisión como una intromisión excesiva en las facultades de la Convención, razón por lo cual se redujo exclusivamente a *“democrático”*.

En relación a la expresión *“los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, la Comisión estuvo plenamente consciente de que en dicho concepto abarcaba instrumentos internacionales de muy diversa índole. En el debate al interior de la Comisión se tuvieron como ejemplo los tratados limítrofes con países vecinos, los tratados de libre comercio y los tratados sobre derechos fundamentales. Los ejemplos son relevantes porque la intención expresada en la norma es desincentivar que la Convención debata sobre este u otro tratado en particular, cuestión que le corresponde a los organismos democráticos que nazcan con la nueva Constitución conforme a dichas reglas y al derecho internacional. Ello no implica que la Convención no tenga plena autonomía para reformular los procedimientos mediante los cuales se suscribe o retira de un tratado, a la vez que la nueva Constitución podrá establecer modificaciones que en la práctica afectan la manera en que un tratado se desenvuelve, como son los regímenes tributarios y de propiedad, en términos que

dichos tratados tengan que reformularse en el futuro por las instancias competentes para adecuarse a la nueva Constitución.

Finalmente, respecto de este inciso debe tenerse a la vista lo expresado en los dos últimos incisos del artículo 136. De acuerdo a estos, solo será posible controlar las reglas que regulan la Convención a través del procedimiento especial de reclamación contemplado en el artículo 136, con excepción del inciso final del artículo 135 (en comentario), sobre el cual no se podrá interponer dicha reclamación. En consecuencia, este mandato está excluido de cualquier forma de control. Si a ello añadimos lo dicho anteriormente sobre la falta de densidad semántica de aquello que se le mandata a la Convención, este inciso en realidad constituye un llamado a atender determinados asuntos con una especial sensibilidad en la forma en que se resguarda la continuidad de determinados valores contenidos en instituciones jurídicas. Mas no constituye en ningún caso una limitación o intromisión de la actual Constitución en la función que le es propia a la Convención y sobre la cual tiene plena autonomía: redactar la propuesta de texto para una nueva Constitución.

Anexo II: Entrevista a Sebastián Soto, comisionado independiente representante del oficialismo en la Mesa Técnica Constituyente

21/12/2020

Plataforma Zoom

Entrevistadores: Antonia Urrutia y Nicolás Mastrangelo

Antonia Urrutia: (00:05) ¿Cuáles eran los principios orientadores del oficialismo en la Mesa Técnica?

Sebastián Soto: (00:13) Cuando dices principios orientadores, ¿en qué estás pensando?

Antonia Urrutia: (00:20) ¿Qué querían ver plasmado en la ley 21.200, cuál era el espíritu con el que iban a trabajar en la Mesa Técnica?

Sebastián Soto: (00:30) El espíritu, o lo que queríamos ver plasmado ahí, era un proceso que pusiera en lenguaje constitucional o jurídico el acuerdo del 15 de noviembre y que al mismo tiempo lo densificara en el sentido de que le agregara cuestiones relevantes para que este proceso fuera un camino que tuviera resuelto gran parte de los desafíos que un proceso constituyente en el derecho comparado presenta. Y por eso entonces los 7 integrantes del oficialismo teníamos similares objetivos en cuanto a esto que les digo. Y para llevar adelante un proceso constituyente que se inició con el 15 de noviembre.

Antonia Urrutia: (01:39) Perfecto. Pasando a la siguiente pregunta, sobre la negociación en la Mesa Técnica, hay cosas que se ven en los videos que están disponibles, pero también si nos puede contar cómo era el trabajo en las comisiones, cómo era la relación con los partidos, todo lo que permitió luego llegar a ese documento final que emanó de la Mesa Técnica.

Sebastián Soto: (02:20) Inicialmente suponíamos que el trabajo de la Mesa Técnica iba a durar muy poco. De hecho, el encargo de los mandantes, de quienes eran los

presidentes de partidos era que pensaban que esto iba a demorarse un día o mucho menos. Y la verdad es que nos fuimos dando cuenta que se requería de una serie de precisiones, de reflexiones para ir densificando, juridificando el acuerdo político. La primera sesión ya nos dimos cuenta que íbamos a tener sesiones regulares, y ahí se planteó la posibilidad de transmitir las por *streaming*, hubo alguna discusión a ese respecto puesto que muchas veces el *streaming* lo que genera es que más que un diálogo entre quienes están presentes ahí en la mesa, hay declaraciones para quienes no están presentes en la mesa y están escuchando afuera. Y en consecuencia es muy difícil acercar posiciones con un micrófono y la televisión ahí encima. En esa primera sesión se aprobó transmitir por *streaming* las sesiones, pero al poco tiempo nos dimos cuenta que por *streaming* no íbamos a poder escribir ni alcanzar los acuerdos que un proceso como este requiere y siempre va a requerir, así es que surgió el funcionamiento de las comisiones. Esas comisiones eran primero grupos más pequeños que redactaban conjuntamente algunos de los encargos y luego también ya tuvo a la vista los 14 que redactábamos las mejores redacciones y alcanzábamos acuerdos, y eso se hizo durante casi todo el proceso pero con mayor intensidad en la última parte justamente para alcanzar acuerdos y finalmente ceder, porque siempre estos trabajos que requieren un acuerdo sustantivo también exigen ceder continuamente. Y eso fue lo que ocurrió, tal vez no frente al *streaming* pero sí en estas reuniones más de confianza.

(05.00) Ahora, en la relación con los partidos, que es tu segunda pregunta, cada uno de los integrantes estaba ahí porque en alguna medida tenía un mayor vínculo con algún partido o en mi caso, con el gobierno. Entonces cada uno de nosotros también se preocupaba de mantener continuamente al tanto de lo que estaba ocurriendo en la Mesa Técnica, las discusiones y el estado del debate, a quienes eran las personas o autoridades que habían promovido la designación de nosotros ahí. En mi caso era el Presidente de la República y el Ministro del Interior, Gonzalo Blumel, y otras autoridades de gobierno. Pero también así entre los técnicos del oficialismo estaban algunos designados por la UDI, otros designados por RN, otros designados por Evópoli, que también hacían lo mismo con sus respectivos partidos.

Antonia Urrutia: (05:54) ¿Puede contarnos qué tipo de cosas terminaron llegando a acuerdo en las comisiones?

Sebastián Soto: (06: 10) Bueno yo creo que, ya no recuerdo exactamente, pero todo aquello que no se transmitió en las sesiones en pleno transmitidas por *streaming*, en algún minuto se discutieron en las comisiones. Entonces tú puedes ver el texto que nosotros entregamos, y el texto que tiene algunas cosas que posiblemente se mencionaron, ya no recuerdo exactamente cuáles, pero hay algunos detalles, algunas especificaciones que fueron debatidas en las comisiones.

Nicolás Mastrangelo: (06:53) Respecto a la relación con los partidos, la semana pasada entrevistamos a Sebastián Aylwin, su colega en la Comisión Técnica y nos comentó que en algún minuto se pidió la posibilidad de pedirle aclaraciones a los partidos sobre puntos del Acuerdo y sobre la posibilidad de que entregaran un producto con más de una opción en algunos puntos, a lo cual ambas preguntas fueron resueltas con un “no” por parte de los partidos, que necesitaban un solo proyecto que fuera de consenso y que no estaban dispuestos a reabrir discusiones del Acuerdo. ¿Comparte eso?

Sebastián Soto: (07:30) Obviamente ustedes miran el Acuerdo del 15 de noviembre y es un Acuerdo muy general. Que solo tiene algunos elementos, y luego miran la reforma constitucional, el texto que propone la mesa técnica, tiene una serie de otros elementos que son especificaciones. Entonces, a veces, se planteó la posibilidad de que sugiriéramos diversos caminos, pero el mandato era muy claro, y era que propusiéramos una reforma constitucional, entonces la forma que tuvimos de buscar esas especificaciones fue a través de la consulta a los partidos y el gobierno. Y entonces cada uno de nosotros fue consultado, qué querían decir con esto, y en algunos casos decían, mira, nunca lo conversamos. Y entonces en tal caso nosotros teníamos que sugerir una solución y proponérsela también luego a ellos. Por ejemplo, pienso en el tema de la Convención Mixta. La Convención Mixta decía tan solo igual número de parlamentarios, igual número de convencionales, pero no decía ningún número. Y tampoco se sabía qué pasaba con los parlamentarios convencionales que integraban la Convención. ¿Dejaban el parlamento, o no dejaban el parlamento? Todas esas cosas, que el Acuerdo no decía nada, nosotros consultamos y finalmente llegamos a una postura que es el que se aprobó y está ahí expresado. Todo eso lo hicimos, más que

elaborando una consulta formal, por la vía de reflexiones nuestras que también íbamos regularmente consultando con los partidos que habían firmado el Acuerdo.

Antonia Urrutia: (09:30) Conocemos sobre el funcionamiento de la Mesa Técnica que tenía estas subcomisiones, que tomaba acuerdos por unanimidad. No sé si quiere agregar alguna otra regla que considere importante para su funcionamiento, o comentar sobre los efectos de las reglas que ya mencioné.

Sebastián Soto: (09:50) Mira, agregar cómo fue las presidencias. ¿No sé si les han comentado algo de eso?

Antonia Urrutia: (10:05) Se observa un poco en los videos.

Sebastián Soto: (10:10) La primera sesión acordamos que la presidencia era rotativa, la sesión que no está transmitida por *streaming* la presidí yo. La segunda sesión le tocaba a los otros siete y ellos se ponían de acuerdo con quién la presidía y la presidió Sebastián, creo. Luego, la tercera, la Isabel, y así fuimos con una fórmula que a mí me pareció súper inteligente, porque no se elegía a un presidente sino que íbamos siempre cambiando. Y el presidente el único rol que tenía era uno de árbitro, moderador, de dar la palabra. De hecho, el presidente en general hablaba poco, simplemente daba la palabra. Y así fue como partí yo, siguió Sebastian Aylwin, y así sucesivamente. Esa fue una regla de funcionamiento que nos dimos.

Una muy buena regla, o práctica que nos dimos, fue una muy buena práctica de deliberación con mucho respeto. Si ustedes ven el intercambio de ideas en general es muy respetuoso. Lo mismo se puede apreciar también en la deliberación de las comisiones, mucho respeto, mucha confianza, mucha transparencia. Hay una anécdota que se las comento: Había dos personas que escribían. Que tenían los textos más desarrollados. Tres personas. Gabriel Osorio, Sebastian Aylwin y yo. Entonces, por ejemplo, del texto del oficialismo yo fui quien tuve el texto inicial porque lo habíamos redactado con anticipación, y desde la oposición fueron Gabriel y Sebastian. Entonces muchas veces cuando llegábamos a acuerdos decíamos ok, yo lo escribía y luego se los mandaba a ellos. Pero en un momento, para que vean la confianza, llegamos a acuerdo de cuántos convencionales se necesitaba para requerir a la Corte Suprema, y acordamos

un $\frac{1}{4}$. Pero en el papel yo escribí $\frac{1}{3}$, no me di cuenta, y se lo mandé a Sebastián, estábamos terminando, quedaba muy poco. Sebastián después me comenta y me corrige, era $\frac{1}{4}$. Nosotros queríamos $\frac{1}{4}$, ellos querían $\frac{1}{3}$, o ya no me acuerdo cómo era, pero en el fondo fue muy leal en corregir ese error de un acuerdo no escrito que teníamos. Y así tantos otros como ese.

Nicolás Mastrangelo: (13:33) Eso contrasta con el clima bajo el cual se negoció el Acuerdo.

Sebastián Soto: (13:45) No, claro. Hay que comprender que nosotros teníamos un mandato muy establecido: Pongan esto en palabras constitucionales, en reforma constitucional, por lo que todos sabíamos que, aunque nos gustara más, nos gustara menos, nuestro mandato era muy específico, y en ese sentido, no hubo mayor conflicto, y también hubo mucha buena onda. No sé si los otros te dirían lo mismo.

Antonia Urrutia: (14:27) ¿Hasta qué punto cree usted que la mesa fue técnica y hasta qué punto cree que tuvo componentes políticos?

Sebastián Soto: (14:40) No, por supuesto que no existe una muralla china que divida la técnica de la política. Todos estábamos ahí porque teníamos un compromiso político. Con partidos, etc. Pero estábamos ahí porque tenemos un conocimiento técnico. Y eso es lo importante de estos órganos asesores. Que son órganos que son capaces de servir de correa transmisora entre la política y la técnica, es decir hablar el lenguaje de la técnica, pero también ser capaz de transmitir ese conocimiento técnico a la política con confianza, y decir, oye eso no se puede, eso sí se puede, eso es correcto, eso es incorrecto. Porque hablando en el lenguaje de la técnica y compartiendo una comunidad de principios con la política, ese tránsito facilita las cosas. Entonces, yo podía hablar con el Ministro del Interior, con el Presidente de la República y decirles estamos haciendo esto porque de otra forma no podemos hacerlo. Entonces ellos, que son menos conocedores de la técnica, confían en el criterio político y técnico de uno. Ahora, la decisión política es una decisión de la política, no de la técnica. La decisión de qué es el itinerario, el camino tiene estas etapas, que primero hay plebiscito, después... todo eso es una decisión de la política. Nosotros lo llevamos a la técnica pero

siempre con mucha atención a la política. Por eso entonces, pretender que la mesa sea técnica y no política, o que sea política y no técnica, es desconocer el proceso de toma de decisiones al interior de los gobiernos y la política en general.

(16:30) Voy a agregar una cosa más sobre esto, que es que yo creo que esta es la forma adecuada de deliberar. En el fondo, en una democracia, hay una decisión política que la técnica y su lenguaje, que esa comunidad epistémica, ya sea del constitucionalista o lo que sea, le presta apoyo, le presta fundamento. Pero la decisión es primeramente política. Vamos a iniciar un proceso constituyente, con estas etapas, con estas características, etcétera. Y eso es lo que ocurrió aquí. Si me hubieras preguntado a mí yo habría hecho un proceso distinto. Yo no sé si habría hecho un plebiscito de entrada, en el constitucionalismo comparado no es tan común el plebiscito de entrada, son mucho más comunes los plebiscitos de salida, en fin, todo eso... Pero la decisión la tomaron, el 15 de noviembre, nos guste más, nos guste menos, da lo mismo. Nuestro rol era uno de densificar, de servir de base técnica a ese acuerdo.

Antonia Urrutia: (17:45) La siguiente pregunta es breve, es por si quiere agregar algo aparte de lo que sale en los videos. Es sobre el mecanismo de solución de controversias. Qué fue lo que los inspiró a proponer este mecanismo, cuál es la historia detrás de su negociación, etcétera.

Sebastián Soto: (18:18) ¿Les han contado más de eso las otras personas con las que han hablado?

Nicolás Mastrangelo: No, solo hemos hablado con Sebastián.

Sebastián Soto: ¿Tienen pensado hablar con alguien más?

Antonia Urrutia: Por el momento no.

Sebastián Soto: (18:46) Me interesa que esto sea una mirada académica, voy a ser muy franco. La discusión constitucional al interior del gobierno y del oficialismo se inicia con bastante intensidad a partir del 19 de octubre. O del 18 de octubre, 19 de

octubre. Y la pregunta, eso está bastante consignado en la prensa, es qué se debe hacer. El presidente de la República, al poco tiempo se abre a iniciar un proceso constituyente como el que conocen. Hay diversas reuniones, eso está consignado bastante bien en un artículo de La Tercera que salió con motivo de un año de la firma del Acuerdo, en la casa del presidente, con los presidentes de diversos partidos, y también hay una reunión en la que yo tuve la oportunidad de participar. Yo no, yo soy un presidente ya hoy menos formal, pero he trabajado con él en la División Jurídica de la SEGPRES el primer gobierno, entonces, hay una serie de reuniones, algunas de esas yo participo en las cuales se empieza a pensar cómo hacerlo y qué hacer. O más bien al revés. Qué hacer, y luego cómo hacerlo. Y poco a poco van cuajando este tipo de ideas. Algunos tenían algunas ideas, después otros tenían otras, y después con el liderazgo del ministro Blumel, eso hay que decirlo con mucha claridad, y por supuesto que con el liderazgo del presidente que es quien toma las decisiones y persuade a los partidos, se avanza en este itinerario. Ahora, este itinerario tenía una gran sombra, que es las experiencias latinoamericanas. Y las experiencias latinoamericanas, algunas con mayor y otras con menor fuerza, son experiencias que muestran convenciones o asambleas que se emancipan de los límites que les fijan el proceso inicial, porque dicen que en ellas radica el constituyente originario entonces hacen lo que quieren. El ejemplo venezolano, pero también el ejemplo colombiano, estaba demasiado presente siempre en la discusión. Y entonces, en esa reflexión surge la idea de establecer un órgano que se le llamó inicialmente un órgano de control. Si ustedes se fijan en los debates iniciales creo que yo fui el que planteó el tema inicialmente, yo fui el que leyó el texto que habíamos escrito, y siempre le llamamos órgano de control. Pues bien, siempre lo pensamos como un órgano de control de los límites de la Convención, para que no se tomara el Parlamento, para que no depusiera al presidente de la República, para que no empezara a gobernar y a deponer autoridades y a decir yo modifico la Constitución, todo lo que sabemos que ha ocurrido en otras partes. Entonces, en ese escenario el presidente le pide a un grupo pequeño que redactemos una fórmula, y nos lo pide a Arturo Fermandois, Gastón Gómez y yo. Y una fórmula en que hay una serie de materias, no solo a esta, pero a esta materia se le pone mucho énfasis. Y yo redacto la fórmula que fue la que leí en la Mesa Técnica. Y ahí es que planteamos inicialmente la necesidad de un órgano de control, luego se le llamó órgano de solución de controversias, eso es mucho más pertinente, nosotros lo estábamos pensando como un

órgano de control, pero la verdad es que lo correcto es llamarlo un órgano de solución de controversias, y luego después de esa primera lectura, que es una primera lectura que se lo transferí al Tribunal Constitucional, y eso generó mucho rechazo en la contraparte. Pero luego llegamos a un acuerdo y empezamos a regular el procedimiento, pero por lo menos ya estaba la idea planteada. En la regulación del procedimiento Emilio Oñate tuvo mucha intervención, él fue el que ya llevó al detalle todas estas cuestiones y después discutimos otras. Pero en el fondo, este texto nace de esta preocupación, nosotros la llevamos personalmente, yo fui el que redactó esa parte, antes de la primera, o la segunda reunión de la Mesa Técnica, nos reunimos los siete y yo llevé el texto que habíamos redactado que es el que presentamos que tenía todavía algunos errores, pero ahí estaba esta propuesta del órgano de solución de controversias. Entonces desde el principio nosotros lo planteamos como una cuestión muy importante, porque creo que es una forma de evitar repetir errores de experiencias comparadas. **Y quiero agregar una cosa más, que nosotros siempre lo pensamos como un control formal, no como un control sustantivo, es decir, como un control del procedimiento, porque sabíamos que la forma de exceder el poder era rompiendo las reglas formales, no las reglas sustantivas, y entonces eso lo entendieron también la contraparte, los otros siete, y finalmente el texto quedó como ustedes lo conocen.**

Antonia Urrutia: (25:15) Eso se relaciona con la pregunta final, porque es una regla de limitación sustantivo aunque no es controlable. ¿Nos puede comentar sobre el inciso final del artículo 135, tanto sobre su historia, como sobre por qué decidieron incluirla y cuál cree usted que fueron sus efectos?

Sebastián Soto: (25:40) Lo primero que hay que decir es que ese inciso no estaba en nuestra propuesta inicial. Ese inciso fue incorporado en la medida en que la Mesa Técnica estaba en funcionamiento. Y si tuviera que decir quién fue el promotor, a quién se le ocurrió, quién luego lo redactó y quién hizo el trabajo de persuasión, es Arturo Fermandois. Arturo se dio cuenta y nos convenció muy rápidamente que teníamos dar una señal de una cierta estabilidad, es decir, que la Convención se insertaba en una tradición constitucional, en una democracia, un Estado de Derecho, que no es que estuviera hecho pedazos si no que era un momento constitucional importante, todo lo que ustedes me imagino que suscriben y saben, pero que en un país y una nación que

tiene ciertos acuerdos sustanciales. Pero entonces, no me acuerdo exactamente cuándo, en la mitad del funcionamiento de la mesa técnica se conversó y luego se planteó a la contraparte, a algunos les gustó más a otros menos, y así fue como ese texto fue desarrollado. Se le sacaron algunas partes, para luego llegar al texto que ustedes conocen.

(27:30) Quiero decir un par de cosas, lo primero es que siempre tuvimos claro que ese era una declaración constitucional más que una regla que pudiera ser exigible o hecha exigible por la Corte Suprema. Entonces el órgano de solución de controversias, y de hecho lo decimos dos veces; nunca lo pensamos que pudiera pronunciarse sobre esto, porque es claramente una cuestión sustantiva, que dice cosas como el respeto al régimen democrático, a los tratados internacionales. Dicen cosas que nos parecen muy evidentes pero que eso permite decir, oye, estamos en un Estado de Derecho que se mantiene en pie. Ahora, creo yo, me parece que es una buena idea, me parece que es una forma de mirar este proceso inserto en una tradición constitucional como la nuestra. Es una forma también de dar ciertas certezas en cuanto a que no vamos a transformarnos en una monarquía, porque tenemos ciertos acuerdos sobre cómo convivimos. Y también es una forma de dar certezas a la comunidad internacional, que ve en esto un constituyente derivado, dicho de otra forma.

Antonia Urrutia: (29:05) ¿Fue muy difícil la negociación de esa cláusula?

Sebastián Soto: (29:15) Creo que esa fue una de las últimas cláusulas que cerramos, no me acuerdo si fue la última. Estaba incorporada, eso ya estaba acordado. Pero cómo redactarla, es lo que se incorporó hacia el final.

Antonia Urrutia: (29: 35) Bueno, estaríamos con las preguntas... ¿hay algo que no tocamos que le gustaría agregar?

Sebastián Soto: (29:53) Me encantaría que ustedes me manden su tesis, para revisarla y citarla. Y si tienen cualquier otra pregunta específica, me pueden escribir un Whatsapp, cualquier cosa que estimen necesaria.

Nicolás Mastrangelo: (31:00) Sebastián Aylwin nos dijo que él consideraba que el producto final era más que aceptable desde un punto de vista técnico. ¿Usted opina lo mismo?

Sebastián Soto: (31:20) Yo también quedé conforme con el producto final, creo que se logró una buena negociación y un texto final sólido. Ahora, hay que decirlo, yo los primeros días nunca pensé que fuéramos a citar normas legales en una reforma constitucional. Pero otro mandato que teníamos, y eso es importante que lo sepan es que querían que la reforma constitucional fuera autoejecutable, es decir que no requiriera modificaciones legales, porque lo que yo pensaba inicialmente era hacer una reforma constitucional general pero luego modificar diversas normas legales. Pero como el mandato era que fuera autoejecutable, que no se necesitara más leyes, nos obligó a hacer cosas que uno no hace por técnica legislativa que es por ejemplo petrificar en la Constitución normas legales. Por ejemplo, dice en el artículo tanto de la ley de votaciones, a la fecha de su vigencia en tal fecha, entonces eso constitucionaliza el contenido, eso es muy raro. Pero bueno, convengamos en que todo lo que estaba pasando era excepcional, porque estábamos al inicio de un proceso constituyente que implicaba también muy probablemente el término de esta Constitución entonces era una salida institucional al cambio constitucional. Y por eso lo aceptamos, pero más allá de esa cuestión de técnica legislativa, yo estoy de acuerdo con Sebastián.