



Asociación Chilena
de Derecho Constitucional
Coordinación

Tránsito constitucional

Camino hacia una nueva Constitución



tirant
lo blanch
ALTERNATIVA

TRÁNSITO CONSTITUCIONAL

Camino hacia una nueva
Constitución

Artículo
FORMANDO'S
Valencia
2021

ASOCIACIÓN CHILENA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Coordinación

tirant lo blanc
Valencia, 2021

COLABORADORES

GONZALO AGUILAR CAVALLO	ANA MARÍA GARCÍA BARZELATTO
MARCELA AHUMADA CANABES	GASPAR JENKINS PEÑA Y LILLO
PAULA AHUMADA FRANCO	FELIPE MELÉNDEZ ÁVILA
EDUARDO ALDUNATE LIZANA	ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN
EDUARDO ARENAS CATALÁN	HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ
JORGE BARRERA R.	MANUEL NÚÑEZ POBLETE
KATHERINE BECERRA VALDIVIA	FELIPE PAREDES
MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES	ANDRÉS PEÑALOZA MUÑOZ
GERARDO BERNALES ROJAS	MARCELA INÉS PEREDO ROJAS
TANIA BUSCH VENTHUR	EMILIO PFEFFER URQUIAGA
KAMEL CAZOR ALISTE	VIVIANA PONCE DE LEÓN SOLÍS
PABLO CONTRERAS	LAUTARO RÍOS ÁLVAREZ
LUIS CORDERO VEGA	SEBASTIÁN SALAZAR PIZARRO
GONZALO CORTÉS MORENO	CATALINA SALEM GESELL
JUAN PABLO DÍAZ FUENZALIDA	LESLIE SÁNCHEZ LOBOS
ESTEFANÍA ESPARZA-REYES	GONZALO SEREY TORRES
EUGENIO EVANS ESPIÑEIRA	ESTEBAN SZMULEWICZ RAMÍREZ
ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER	ALEJANDRA ZÚÑIGA-FAJURI
MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ G.	FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA

IV. REFORMA CONSTITUCIONAL Y NUEVA CONSTITUCIÓN

¿QUÉ TIPO DE PODER CONSTITUYENTE REDACTARÁ LA CONSTITUCIÓN CHILENA? HACIA UN CONCEPTO DE PODER CONSTITUYENTE EN UN PROCESO DEMOCRÁTICO

Gonzalo Serey Torres

Introducción.....	693
1. Los poderes constituyentes.....	694
1.1. Concepto: Visión jurídico-política	694
1.2. Quién ha sido el redactor de las Constituciones Chilenas	695
2. De los mecanismos de cambio constitucional.....	699
2.1. Perspectiva Latinoamericana (PNUD)	699
2.2. Dimensión sustantiva y adjetiva de la Convención.....	700
3. Corolario.....	706
Bibliografía	707

UN PROCESO CONSTITUYENTE CIVILIZADO: LAS LIMITACIONES DEL ARTÍCULO 135 INCISO FINAL DE LA CONSTITUCIÓN A LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

Arturo Fernandois Vöhringer

1. Origen de las limitaciones sustantivas a la Convención Constituyente. Comisión Técnica, propuesta y acuerdo unánime.....	709
2. Sentido político y jurídico de imponer un límite explícito a la Convención Constitucional	714
3. Los conceptos que limitan al poder constituyente chileno.....	717
3.1. Los tratados internacionales y su rol en la cláusula. Interpretación transversal	718
3.2. La República y la Democracia	722
3.3. Las sentencias judiciales firmes o ejecutoriadas.....	724
4. De la legitimidad de imponer límites sustantivos al poder constituyente	725
5. Origen y desarrollo histórico de las limitaciones a las enmiendas constitucionales	727
6. Nociones, conceptos, principios o derechos incluidos en cláusulas no enmendables	728
Conclusión.....	730
Bibliografía	731

LA SOBERANÍA, EL PODER CONSTITUYENTE Y UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Lautaro Ríos Álvarez

Introducción.....	735
PRIMERA PARTE: LA SOBERANÍA	736
1. Idea histórica de la soberanía.....	736

Un proceso constituyente civilizado: Las limitaciones del artículo 135 inciso final de la constitución a la convención constitucional

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER¹

1. Origen de las limitaciones sustantivas a la Convención Constituyente. Comisión Técnica, propuesta y acuerdo unánime

Cuando en la mañana del día 27 de noviembre de 2019 se presentó a la Comisión Técnica —redactora del proyecto de reforma constitucional (ley N° 21.200), que contendría el itinerario de proceso constituyente— la idea de limitar los poderes de la futura Convención, la recepción fue positiva. Pese a la transversalidad de pensamiento de los profesionales que integraban ese órgano, y los naturales matices ante la iniciativa, se percibió como un instrumento adecuado, promovido como señal de estabilización en el aquel convulsionado momento político en Chile, que buscaba su cauce jurídico.

Al proponer esta cláusula, el autor de la propuesta —quién lo es también de este trabajo—, y el resto de ese cuerpo colegiado *ad-hoc* al discutirla, enriquecerla y aprobarla para su envío a Presidente y Congreso, estábamos agregando universalidad y trascendencia a la misma técnica, desde el texto que hoy se ubica en el artículo 135 inciso final de la Constitución.

En efecto, los límites serían el cierre dogmático final para servir uno de los objetivos recurrentes que acompañó las tres semanas de intenso trabajo de redacción: corregir o mitigar ciertos errores de procesos constituyentes recientes en países vecinos. Recogida crecientemente en el derecho comparado²

¹ Profesor Titular de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Agradezco las agudas observaciones del profesor José Manuel Díaz de Valdés Juliá a borradores previos de este trabajo. Y debo un enorme reconocimiento a la investigación y valiosa colaboración para él de las ayudantes de la Universidad Católica de Chile, Olga y Carmen Rodríguez Pedraja, y del ayudante y licenciado en derecho de la misma Facultad, José Pedro Fernandois Santa Cruz.

² El estudio de ROZNAI demuestra que un sorprendente número de países acoge diversas formas de irreformabilidad explícita de sus Constituciones. A los más conocidos Alemania, Italia y Estados Unidos, se suma una larga lista en los cinco continentes.

la cláusula de límites al poder constituyente sería un instrumento³ más para asumir la lección proveniente de desaciertos, desprolijidades y diversos grados de fracaso de algunos procesos constituyentes latinoamericanos.

Utilizadas en el extranjero como cláusulas permanentes de limitación hacia el poder constituyente derivado, o bien para acotar en algún grado el amplio marco de asambleas constituyentes a cargo de redactar nuevas cartas supremas, el concepto subyacente es el mismo: existirían algunas zonas básicas de irreformabilidad constitucional. No todo estaría ya en juego al crearse o enmendarse una nueva constitución.

La primera lección a observar en procesos latinoamericanos era de orden procesal, competencial. Asambleas que se declararon sorpresivamente plenipotenciarias (Ecuador), conflictos de ésta con la Corte Suprema

(1) En Alemania (1949), el Artículo 79(3) de su Ley Fundamental declara inadmisibles enmiendas a la Ley Básica que afecten la división de la Federación en Länder, su participación sobre el principio en el proceso legislativo o los principios existentes en los artículos 1 al 20; (2) La Carta Suprema de Estados Unidos (1789), ordena en su artículo 5° señala que ninguna enmienda que se pueda realizar antes de 1808 podría afectar en forma alguna a la cláusula primera y cuarta en la novena sección del artículo primero y que ningún Estado sin su consentimiento podrá ser privado de su igual sufragio en el Senado; (3) La Constitución de Grecia (1952) prohíbe en su Artículo 108 la revisión de la totalidad de la constitución; (4) En Italia (1947), el Artículo 139 resuelve que la forma republicana del Estado no puede ser cambiada por la vía de una enmienda constitucional; (5) En Marruecos (1992) el Artículo 100 de su Ley Suprema determina que la forma monárquica del Estado, así como también las provisiones relacionadas a la religión Islámica, no pueden ser objeto de revisiones constitucionales; (6) La Constitución de República Dominicana (2015) afirma que ninguna modificación a la constitución puede afectar a la forma de gobierno que siempre debe ser civil, republicano, democrático y representativo (art. 268). ROZNAI, Yaniv (2017) *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press.

³ Los trabajos de HEIN; LANDAU, DIXON y ROZNAI; NEO; y STONE demuestran la profusión y variedad creciente de cláusulas limitativas del poder constituyente en el derecho comparado. HEIN, Michael (2020) "Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional review of constitutional amendments in Europe". *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18, Issue 1, pp. 78-110. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa002>. LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv (2019) "From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras". *Global Constitutionalism*, Vol. 8, Issue 1, pp. 40-70. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>. NEO, Jaclyn (2020) "A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia". *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 15, Issue 1, pp. 69-94. STONE, Adrienne (2018) "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity". *U of Melbourne Legal Studies Research Paper N° 786*, 9. University of Melbourne-Law School.

(Venezuela), disputas por el quórum aplicable al interior de la asamblea y marginación de la oposición de la misma (Bolivia), eran algunas de las falencias comparadas que teníamos a la vista para corregir⁴. Se buscaba entonces enmendarlas, y para ello, además de dotarla de precisas normas de competencia, un cierto marco dogmático debía limitar a la Convención misma y su producto, la nueva Carta Fundamental. Así lo hizo —al menos transitoriamente— Colombia en su proceso de 1991⁵. También conocíamos las famosas cláusulas pétreas de algunas constituciones europeas, como las de Italia y Alemania, declarando entre otros irreformable sus respectivos sistemas republicano y federal de gobierno⁶. Esta última agrega además formulaciones sustantivas de alto contenido dogmático. La respetada carta suprema germana prohíbe en su artículo 79 (3) las enmiendas constitucio-

⁴ Véase en SANDROK (2014) una descripción de estos procesos constituyentes.

⁵ El proceso constituyente colombiano de 1990 contó con una cláusula de límites análoga a la de Chile, incluyendo tratados internacionales, el sistema republicano y mandato de autoridades elegidas. La Corte Suprema de Colombia, en Sentencia número 138, de nueve de octubre de 1990, en la revisión constitucional del Decreto Legislativo Número 1926 y en decisión dividida, invocando un poco convincente purismo académico y tradicionalista sobre el poder constituyente originario, declaró inexecutable las mencionadas limitaciones. La Corte estimo que: “*Siendo la nación el constituyente primario y teniendo ella un carácter soberano, del cual emanan los demás poderes, no puede tener otros límites que los que él mismo se imponga, ni los poderes constituidos pueden revisar sus actos*” (Consideración n° 6: Límites al Poder Constituyente Primario). Al mismo tiempo, resulta esencial precisar que, para la Corte Suprema Colombiana: “(...) no todas las cláusulas de los acuerdos políticos limitan indebidamente al constituyente primario, sino que por el contrario, tienden a asegurar la independencia y dedicación que los miembros de la Asamblea deben tener para el éxito de esta, como el régimen de inhabilidades presentes y futuras, consagradas en los puntos 9 y 12” (Consideración n° 8: Otras limitaciones impuestas por el Decreto 192). ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 235 pp.

⁶ El constitucionalismo italiano ha desarrollado límites materiales explícitos y no explícitos a la reforma constitucional a partir del artículo 139 de la Constitución: “*La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional*”. La Corte Constitucional Italiana realizando una interpretación extensiva del artículo 139, advirtiendo que, al prohibirse la reforma del sistema republicano, implícitamente queda vedado derogar el principio de democracia, los elementos que la garantizan y los derechos inalienables de las personas. Explica además que al desconocerse estas disposiciones, se estaría afectando la noción de república, no siendo válida una ley constitucional que pretenda subvertirlos. AGUDELO IBÁÑEZ, S. J. (2015) “Identidad Constitucional: Límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India”. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), pp. 123-154 (ver las sentencias de la Corte Constitucional Italiana, N° 183/1973, 170/1984 y 232/1989; disponibles en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> y citadas en GUASTINI, R. (2001) *Estudios de Teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea*. Universidad Nacional Autónoma de México, p. 210).

nales que afecten la dignidad humana y los principios institucionales de Alemania, como un Estado democrático, social y federal.

Así, la idea misma de explicitar la irreformabilidad de ciertos principios muy básicos de la Constitución para declararlos intangibles aún por el proceso constituyente que se iniciaba, era novedosa en Chile, pero en absoluto disruptiva en derecho constitucional comparado.

En efecto, profusa doctrina comparada respalda la creación de límites sustantivos al poder constituyente derivado. Roznai, recuerda que quienes generen una Constitución no deben tenerse a sí mismos como plenipotenenciarios: están llamados a un balance entre estabilidad y flexibilidad. Para ello, el constituyente debe identificar las materias merecedoras de una protección especial, que no cabe omitir⁷. Propone identificar la identidad constitucional y la identidad jurisprudencial, ejes de los límites al poder constituyente⁸.

Hoxhaj y Bjanku, por su parte, repasando las cláusulas de límites en Europa, aluden a la solución alemana como de las llamadas “cláusulas eternas”, a las que le atribuyen implicancias normativas del mayor alcance⁹.

De esta forma, la que hasta hace un par de décadas era escasa, hoy la doctrina de la enmienda constitucional inconstitucional se ha ido posicionando internacionalmente como mecanismo de autodefensa y como una forma de protección al constitucionalismo abusivo, como lo denomina Landau¹⁰.

La pregunta que se responde afirmativamente la doctrina es si existen materias cuya fundamentalidad es tal para esa sociedad política, que deben permanecer incluso ajenas al poder constituyente. Suele recurrirse a conceptos como la identidad de la nación y su narrativa constitutiva; la tradición y la cultura nacional; la protección ante el desgarramiento social de un país, con debates que amenacen su integridad, entre otros similares¹¹. Las condiciones de contexto son fundamentales para establecer limitaciones explícitas o incluso implícitas a las enmiendas constitucionales, debido a que serán esas condiciones las que darán legitimidad a las restricciones¹².

⁷ ROZNAI (2017) 15.

⁸ KUSTRA-ROGATKA, Aleksandra (2019) “Constitutional identity as implied limits of constitutional amendment powers. The case of Poland”. *Torun'Skie Studia Polsko-Włoskie XX-Studi Polacco-Italiani Di Torun' XV Torun'*. DOI: 10.12775/TSP-W.2019.003, pp. 42-46.

⁹ HOXHAK, Entela y BJANKU, Florian (2013) “The Basic Principles as Limits of Constitutional Revision in the Constitutional Jurisprudence and Doctrine in Europe”. *Global Journal of Arts humanities and Social Sciences*, Vol. 1, Issue 3, p. 49.

¹⁰ LANDAU/DIXON/ROZNAI (2019) 40.

¹¹ ROZNAI (2017) 17-18.

¹² NEO (2020) 69.

Un último elemento a convocar a este primer tema es uno favorito para cierta literatura: aquel de la naturaleza, la denominación o clasificación del poder constituyente que queda sometido a estos límites normativos supra constituyentes. Suele ser motivo casi de obsesión académica la clasificación tal o cual de este poder, especialmente por los promotores políticos de nuevos procesos constituyentes. Se aspira a atribuirle forzosamente el carácter de “originario”, y se le reprocha duramente si abandona este purismo¹³.

Nos parece tal discusión algo inútil, bizantina; parece mirar más al prestigio político histórico de los movimientos que lo promueven, que a los efectos jurídicos que pueda desencadenar. ¿Quién, salvo que no busque la mejor nueva constitución sino objetivos meramente emblemáticos, podría sentir disminuido el poder constituyente por tener que respetar el sistema republicano y democrático? ¿Y qué decir de los tratados internacionales o sentencias ejecutoriadas?

Naturalmente, el proceso constituyente chileno, desde que se inicia por el Acuerdo de 15 de noviembre y se sanciona con la reforma de la ley N° 21.200, da lugar a un poder constituyente absolutamente derivado. Pero eso no es lo relevante. Primero, porque a la futura Convención no se le pide ni remotamente abandonar la democracia republicana ni marginarse del derecho internacional. Pero además, incluso al margen del derecho —y no lo quiera el futuro para Chile— la doctrina subraya que las disposiciones no enmendables no están exentas de ver su contenido alterado mediante posterior interpretación judicial¹⁴.

Landau, Dixon y Roznai estudian el caso de Honduras, en que esta tensión se vio emerger con todo su trauma institucional.¹⁵

¹³ Atria sugiere para Chile, sin reparar debidamente en los conceptos del artículo 135, que este poder debió ser plenipotenciario. Así, “lo que la teoría constitucional llama “poder constituyente” es un poder que tiene “una magnitud real, no conferido por normas ni limitado, regulado y relativizado”. Es decir, el poder constituyente originario no podría limitarse normas preexistentes, como lo son aquellas previstas en el art. 135 CPR. Para el autor, “la comisión técnica introdujo nuevos condicionamientos, relativizaciones, normaciones y limitaciones escritas con una lógica propia de lo constituido”. De ello, discrepa, advirtiendo que el proceso constituyente “fracasará si ve en vez un intento de neutralización, en que la [clase política], [los políticos] buscan, mediante [letra chica], proteger el statu quo”. ATRIA, Fernando (2019) “El momento constituyente”. *Opinión, Diario La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-momento-constituyente/933604/>.

¹⁴ ROZNAI (2017) 16-17.

¹⁵ La Corte Suprema de Honduras declaró en 2015 la inconstitucionalidad del artículo 330 del Código Penal vigente a la época y la inaplicabilidad de los artículos 43 N° 5 y 239 de la Constitución de la República “por restringir, disminuir y tergiversar derechos

De manera que la cláusula de límites chilena no es un ejemplo aislado en el mundo. Aún así, de lo que probablemente no estaba cabalmente consciente la Comisión Técnica, es que la aprobación de la cláusula colocaría a Chile dentro de una poderosa, creciente y mayoritaria tendencia en el derecho constitucional comparado. Según el fantástico estudio del mismo Roznai sobre reformas constitucionales inconstitucionales en el mundo, entre todas las cartas fundamentales promulgadas en el orbe entre 1988 y 2015, un 54% (81 de 149) de las constituciones contienen disposiciones explícitamente no enmendables¹⁶.

Así, el artículo 135 inciso final de nuestra Ley Suprema vendría a insertar a Chile en la creciente valoración mundial a la variable de estabilidad en el cambio; esto es, a la adhesión al sustrato valórico más profundo de estabilidad jurídica que, en su inmutabilidad, las comunidades políticas salvaguardan en medio de sus procesos de cambio y refundación.

2. Sentido político y jurídico de imponer un límite explícito a la Convención Constitucional

La propuesta de la cláusula de límites a la Convención se fundó en un solo concepto: certeza. Fue la palabra central en la breve y simple alocución que hizo este autor aquel día y que se evaluó en los debates técnicos posteriores¹⁷.

y garantías fundamentales establecidos en la propia Constitución y en los tratados sobre Derechos Humanos suscritos por Honduras antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1982, inobservado los principios de legalidad, necesidad, igualdad y proporcionalidad que deben imperar en toda sociedad democrática". Resulta especialmente interesante que la Corte se pronunciara en este caso declarando la inconstitucionalidad de artículos de la propia Constitución original de 1982. (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Constitucional, RI-1343-14, 22 de abril de 2015). ROZNAI (2017) 21.

16

17

Comisión Técnica, Sesión de 27 de noviembre de 2019, intervención del autor de estas líneas: a) "El objetivo de esta comisión, y de la reforma que viene, tiene a mi juicio dos cosas (...) dar confianza de que es un proceso positivo para Chile, de que es el proceso que los partidos pidieron que se iniciara, en ese intertanto hay, desafortunadamente, muchas incertezas y hay una situación de incertidumbre importante en Chile sobre qué hay aquí. En lo que a nosotros corresponda, dar señales de certidumbre y de paz jurídica hacia donde vamos va a ser muy importante para la credibilidad de todo el sistema". b) "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 mas todavía tranquilidad, certeza y confianza en el proceso". c) "Son ideas, que sin limitar a la convención constitucional —no es la idea— le establezcan un cierto marco de civilización a lo que ahí se va a hacer, que no me cabe duda que es el que va a tener, pero como hoy necesitamos tranquilidad, certeza, confianza y adhesión al proceso, me permito colocarlo también como invitación". Arturo Fermandois, Comisión Técnica del Proceso

Se propuso dotar de una certeza jurídica básica ante un proceso constituyente cronológicamente extenso, previsto para durar en torno a los dos años, en aplicación del Acuerdo Político por la Paz y la Nueva Constitución, firmado por numerosos partidos el 15 de noviembre de 2019 (el Acuerdo, el Acuerdo de 15 de noviembre). Luego, el virus Covid 19 dilataría aún más ese calendario. Certeza jurídica y política ante el recrudecimiento de una inédita violencia callejera desplegada en aquel momento en extensas zonas del territorio nacional, con inmenso fracaso del Estado en su obligación constitucional de conservación del orden público. Certeza jurídica ante cierta asociación pública entre proceso constituyente y refundación global de Chile. Certeza ante el plausiblemente mayoritario y público —aunque jurídicamente débil y difuso— reclamo de zarpar del todo desde los principios que venían rigiendo al Estado en la actual Carta Fundamental.

Naturalmente, el mismo escepticismo de algunos promotores del proceso hacía prudente acudir a esta certeza. Sorprendentemente, ciertos intelectuales y políticos que venían liderando la constitucionalización de la problemática ciudadana post octubre de 2019, evadían siquiera asumir los resultados del proceso constituyente abierto y democrático que se iniciaba, cuyas condiciones eran públicas. Representan una zona del pensamiento que estimamos minoritaria, pero su visibilidad política ha sido alta. Su sorprendente recelo, por tanto, es innegablemente perturbador, inyecta incertidumbre jurídica al debate.

Atria, por ejemplo, somete su adhesión al proceso constituyente a un vago juicio de eficiencia política, posterior, nunca anterior: “*Si la política al día siguiente de la nueva constitución sigue siendo la misma política neutralizada que conocemos, tendremos que decir que la nueva constitución fue un fracaso*”¹⁸.

Pero el profesor Jaime Bassa lo hace aún más explícito: “*la cuestión constitucional chilena no se soluciona con una nueva Constitución Política del Estado (que, desde 1989, se ha manifestado en el plano de la ley constitucional), sino que con una nueva constitución política de la sociedad (es decir, una nueva forma de existencia política de la comunidad, nuevas relaciones de poder)*”¹⁹. Para cerrar con un llamado de apariencia extrajurídica, tan difuso como amenazante: “*No basta contar con una nueva Constitución, pues también es necesario desarticular aquellas relaciones*

Constituyente. Ver en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-27-de-noviembre/2019-11-27/092109.html>. Transcripción del autor.

¹⁸ ATRIA, Fernando (-) *La Constitución tramposa, su crisis y la solución de la crisis*, p. 155.

¹⁹ BASSA, Jaime (2018) *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*. Valparaíso: EDEVAL.

*de dominación que caracterizan a la sociedad chilena actual y que forman parte de la identidad de la Constitución actual, pero ahora en su dimensión política*²⁰.

Por paradójal que parezca, se trata de voces que han consistentemente convocado desde la academia al proceso constituyente. Pero no parecen dispuestos a vincularse por su resultado.

En este cuadro abierto, la cláusula de límites vendría a servir de sólido puente conector entre dos tiempos jurídicos —el de la Carta de 1980— y el de la posible futura constitución. El hormigón que sostendría el puente sería el de los principios más básicos que unen a la ciudadanía y a sus representantes políticos y juristas en esa comisión altamente diversa. Debía recurrirse a principios tan fundantes que habrían de ser generales, de alta consolidación histórica e intergeneracional. De tanta raigambre histórica, que fueron formulados ya en la revolución francesa, como el de tratarse de un país que se autodefine como *república democrática* al menos desde 1833 (“popular” y “república”, arts. 2° y 3° Constitución de 1833).

Debe destacarse que la Comisión fue transversalmente generosa para comprender que esta certeza otorgaría confianza a sectores importantes, necesarios de integrar al proceso constituyente. Demostró apertura para comprender que esa certeza sería crítica para quienes estimábamos que la Carta de 1980, con toda su influencia histórica recibida de las cartas de 1925 y 1833, es un documento jurídicamente valioso, inmerecedor de una sepultura precipitada, global, deshonrosa y técnicamente imprudente. Por otra parte, los principios que operarían de límites son generales, pero cuentan hoy con alta densidad de contenido en la literatura y jurisprudencia y permitirían transitar por ese necesario puente.

Particularmente interesante y acertada es en este sentido la intervención del comisionado y abogado Sebastián Aylwin, cuando respaldó la cláusula de límites. Se trata de un jurista convocado por un partido del Frente Amplio. Apuntando a la necesaria gradualidad que exige el cambio, afirmó en sesión del día 2 de diciembre de 2019: “*Creo que una Constitución que, de alguna manera, pretenda que va a cambiar de la noche a la mañana un modelo o un sistema tiene un alto índice o posibilidad de fracaso y, por tanto, para mí eso es importante y creo que es el mensaje que comunica*”.

Y en meritoria justificación de su apoyo a la certeza que se solicitó por medio de la cláusula, finalizó: “*...yo siempre fui partidario de que, si este inciso daba cierta tranquilidad a una parte de la comisión, me parecía que era importante*”.

²⁰ BASSA (2018) 53.

entonces incluirlo, en el entendido de que vamos a estar todos juntos navegando este bote en aguas turbulentas durante un buen tiempo, y si nos podemos dar mensajes de tranquilidad, entonces es positivo. Entonces, en ese marco de interpretación yo me quedo bastante tranquilo con esta disposición”²¹.

Con estas acertadas palabras como sello de respaldo transversal, y luego de breve debate e inusual consenso, fue aprobada por unanimidad²²⁻²³.

3. Los conceptos que limitan al poder constituyente chileno

El artículo 135, inciso final, de la Constitución, dispone:

“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

²¹ Ver en <https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-2-de-diciembre-2019/2019-12-02/094009.html>

²² La cláusula limitativa fue aprobada en la sesión del día 2 de diciembre de 2019. La aprobación final de todo el texto de reforma constitucional se produjo en la sesión del día 6 de diciembre de 2019, en que la Comisión Técnica entregó su propuesta de proyecto de ley de reforma el Capítulo XV de la Constitución.

²³ Son significativas las alocuciones efectuadas por los catorce miembros de la Comisión la última jornada de su trabajo, cuando se despachó el texto final. Me permito un extracto de la referida a la cláusula de límites, que correspondió al autor de este trabajo. Del registro audiovisual se transcribe lo siguiente: *“Quiero aquí hacer una convocatoria a nuestros conciudadanos porque junto con mirar hacia adelante y soñar con la redefinición de lo que el Estado hará en su relación con los ciudadanos, también recoja la rica tradición constitucional que tiene Chile con tres constituciones en ciento noventa años, lo que es una excepción muy destacada en la región. Sabemos que las nuevas constituciones siempre heredan lo positivo de las anteriores y estamos confiados que la nueva, si es que viene, también lo hará, no tendrá la soberbia de enterrar todo lo que Chile ha construido en lo jurídico y en lo social”. (...)* *“Este proceso Sr. Presidente, hemos intentado que al redactar este proyecto preserve un valor fundamental en un momento que Chile lo necesita imperiosamente, la certeza por oposición a la incertidumbre que se abre cuando la nación quiere expresarse y rediscutir sus reglas más básicas, y que lo haga, está llamada a hacerlo, pero que lo haga en un plano de respeto, de confiabilidad y de certeza en las transiciones. Por eso quiero subrayar dos o tres aspectos que están en este proyecto, y agradezco también la generosidad que han tenido los sectores que han respaldado también estas ideas; en primer lugar el que exista un órgano de control, un órgano de control no para que deje maniatada la expresión ciudadana en esa convención, un órgano de control para garantizar que esa expresión sea conforme a las reglas que preserve también la legitimidad de sus decisiones, las reglas que se dan a la convención. Un proyecto que se ha redactado que apunta también a subrayar que los cambios que se vienen van a tener transiciones no van a ser sobrevinientes, sorpresivos que dañen la confianza de la gente, la confianza jurídica de la gente, que le reconduzcan su voluntad en un plano de sensatez”.* FERNANDOIS, Arturo, intervención en Sesión de 6 de diciembre de 2019. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=YakzFD6wUfs&t=30s&ab_channel=TVSENADOCHILE

judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Son cuatro los conceptos que operan de límite a la Convención Constitucional: el carácter de República del Estado de Chile, su sistema democrático, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, y las sentencias judiciales firmes o ejecutoriadas. Todos estos conceptos están dotados de denso y cuantioso contenido jurídico, y en el caso de dos de ellos —tratados y sentencias— constituyen derecho puro, normas jurídicas vigentes y decisiones judiciales que las aplican. Hubo políticos y académicos, por cierto, que estimaron equivocado recurrir siquiera a estos conceptos fundantes del estado republicano de derecho²⁴.

Pero, antes de revisarlos, nótese que el límite se dirige al producto mismo de la Convención: su proyecto de nueva constitución. Es el texto magno que se someterá a plebiscito —más que cualquier otra realidad— el que “deberá respetar” aquellos conceptos, esto es, se le encomienda observarlos, salvaguardarlos, protegerlos, evitando infringirlos, amenazarlos o disminuirlos.

Las cuatro nociones limitativas son fundantes de todo Estado democrático constitucional de derecho, y como tales cumplirían el rol aglutinador que de ellas se buscaba. Simultáneamente, otorgarían un sustrato de certeza al proceso, una orientación de continuidad en momentos de posible desorientación normativa. Fueron planteadas a la Comisión en aquella sesión²⁵ bajo una redacción casi literalmente idéntica al texto que saldría de ella y que resultaría finalmente aprobado por el Congreso Nacional como la reforma constitucional de la ley N° 21.200.

3.1. Los tratados internacionales y su rol en la cláusula. Interpretación transversal

Sugerida la idea y sus conceptos limitativos, se desplegó un breve debate en torno a la idea de agregar alguna mención adicional a derechos fundamentales y su protección (mediante principios como progresividad, no regresividad u otros), a fin de que operasen también como barrera a reformas constitucionales que pudiesen dañarlos. Una alternativa sería recurrir a alguna fórmula análoga al actual inciso segundo del artículo 5° de

²⁴ Ver ATRIA (2019).

²⁵ Sesión de 27 de noviembre de 2019.

la Carta. Sabemos que este precepto —de amplio reconocimiento— levanta los derechos esenciales que emanan de la persona humana como límite a la soberanía, que es exactamente el propósito de la cláusula de límites.

Paralelamente, algunos buscamos que la reforma en general —y esta cláusula de límites en particular— pudiese colaborar en que la nueva Constitución articule adecuados períodos de transición normativa, sin cambios abruptos que puedan vulnerar derechos. Y entre los derechos cuya preocupación más subrayamos, se ubicaba el derecho de propiedad, y en especial, la propiedad incorporal que emana de contratos válidamente celebrados.

Una y otras fórmulas finalmente desembocaron en un sano criterio, unánime en la Comisión: la protección de los derechos fundamentales y su carácter limitativo de la nueva Constitución se reconduciría a los *tratados internacionales*. Desde la vida a la propiedad, todos serían sin distinciones recogidos desde los tratados. Así fue entendido e interpretado transversalmente, como consta no sólo de las palabras de los propulsores de la cláusula de límites, sino de intervenciones en el mismo sentido de comisionados designados por partidos de oposición²⁶.

Para este efecto, es ilustrativa la intervención del comisionado Emilio Oñate: “(...) creo que también hemos dado cuenta de que hay que respetar la institucionalidad vigente, por cierto, el órgano constituyente tendrá independencia y autonomía para tomar sus propias decisiones pero desde luego el respeto a los tratados internacionales, los derechos fundamentales, en fin, la historia o la tradición constitucional que ha tenido Chile me parece a mí que también es un elemento que va a tener en consideración el órgano constituyente y que bueno que así sea”.

En tanto, el comisionado Gabriel Osorio elaboró la siguiente y completa reflexión: “Quisiera referirme fundamentalmente a que en esta Comisión se ha llegado a la convicción de que la nueva Constitución necesariamente debe preservar lo que se llama el orden republicano y democrático de Chile, sea cual sea la forma de Estado o forma de gobierno que esta asuma, cosa que corresponderá exclusiva y de manera excluyente a los miembros de la convención constitucional o convención mixta constitucional”.

Y en cuanto a tratados y derechos fundamentales, el profesor Osorio los vinculó por medio de la democracia, de la siguiente forma: “Creo sumamente importante señalar que todo ordenamiento jurídico constitucional debe sostenerse en el respeto a los derechos fundamentales que se encuentran establecidos y que nosotros

²⁶ Disponibles en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-2-de-diciembre-2019/2019-12-02/094009.html>

reconocemos específicamente en los tratados internacionales suscritos por Chile, y eso no cabe ninguna duda, porque en las democracias occidentales, la democracia se sustenta fundamentalmente en el respeto al derecho ajeno”.

Para completar estos registros, me hago un deber consignar nuestra intervención del día 6 de diciembre de 2020 en la parte de los tratados, derechos fundamentales y la no exclusión de tratado alguno como límite:

“También esta Comisión va a tener límites sustantivos, límites sustantivos que no son otra cosa, Sr. Presidente, que la expresión del aprendizaje de siglos y siglos del hombre civilizado; el respeto al principio democrático y republicano, el respeto a los tratados internacionales, compromisos que ha optado Chile, el respeto a las sentencias judiciales ejecutoriadas, y quiero decir que estoy contento porque en el respeto a los tratados internacionales, que son todos aquellos que Chile ha firmado, se encuentran también el respeto a los derechos fundamentales que en ellos se recogen. Todos los derechos fundamentales que Chile ya en virtud de su potestad soberana y en virtud del Artículo 5° inciso segundo ha suscrito y Artículo 54 número 1 ha suscrito y ratificado. Esto es importante, porque así como queremos la ciudadanía se exprese, queremos que lo haga con un cierto marco básico de respeto y de observancia de los parámetros de hombre civilizado, eso es lo que le va a dar legitimidad²⁷.

En síntesis, los tratados, como cuerpos jurídicos, con toda su consolidada vocación garantística, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, concentrarían la formulación jurídica de los límites al poder constituyente de la Convención, a la hora de proteger derechos. Se buscó una protección general y no especial de derechos e instituciones jurídicas mediante los tratados; luego no se hizo distinciones de materias, grados o partes en cuanto a tratados. Todo lo allí contenido obraría de límite. Serían todos los tratados internacionales, y no sólo los formalmente denominados como de derechos humanos, los que limitarían a la Convención.

En un implícito pero notorio consentimiento unánime, la Comisión no repitió la fórmula del artículo 5° inciso segundo de la CPR, que convoca a los de derechos humanos: ahora serían relevantes todos los tratados, sean bilaterales o multilaterales, de derechos humanos, de límites o de protección de inversiones. Todos. Naturalmente, y así se hizo ver por este autor (supra, nota 25), los tratados pueden modificarse o denunciarse por los medios que acepta el derecho internacional, que es la fórmula del actual artículo 54 de la Carta Magna. Pero fuera de ese marco, ni el poder Constituyente derivado de la Convención que redactaría una nueva constitución, podría en sus normas, desconocer los derechos que garantiza un tratado vigente, vinculante para Chile.

²⁷ Sesión 6 de diciembre de 2019, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YakzFD6wUfs&t=30s>. Subrayado nuestro.

Considerando la amplitud del concepto “tratado internacional”²⁸, hay quién podría cuestionar la vinculatoriedad de los límites impuestos por el artículo 135 de la CPR, en el entendido de que la Constitución no le ha otorgado competencia a un órgano determinado —como podría ser la Corte Suprema— para que controle eventuales transgresiones a la norma citada.

Se trata de una afirmación inexacta. El tema excede al objeto de este trabajo, pero baste por ahora precisar que la ausencia en la ley N° 21.200 de un órgano contralor de esta infracción sustantiva no merma la vinculatoriedad de la norma del artículo 135, ni constituye una traba a la exigibilidad de las normas y conceptos resguardados en ese artículo.

Esto es especialmente cierto en el caso de los tratados internacionales, pues respecto a ellos, los Estados parte o bien sus nacionales —sean personas naturales o jurídicas— que vean afectados sus derechos por una disposición de la nueva constitución, podrán recurrir a los organismos nacionales o internacionales a los cuales se las hayan conferido competencias para la resolución de conflictos de esa naturaleza, de conformidad con las normas de resolución de conflictos del respectivo tratado.

Son muchos los escenarios en los que podría verse involucrada la responsabilidad estatal de Chile. Así, sólo en materia comercial, nuestro país ha suscrito 35 acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones y 29 acuerdos comerciales que se encuentran vigentes²⁹⁻³⁰. En otros ámbitos también existen múltiples normas internacionales sobre solución

²⁸ La Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados los define como todo “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” Artículo 2, N° 1, letra a).

²⁹ RIBERA, T. *El Mercurio* (16/09/2020) p. A2; Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, acuerdos comerciales vigentes, disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>

³⁰ A modo de ejemplo, en el “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Honduras para la promoción y protección recíproca de las inversiones” se establecen una serie de procedimientos para la solución de aquellos conflictos que puedan suscitarse en caso de que una de las Partes Contratantes no respete las disposiciones del tratado. El tratado incluye procedimientos para que tanto inversionistas particulares como Estados Contratantes sometan sus conflictos a tribunales arbitrales.

Lo mismo ocurre en tratados de otra naturaleza, como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en la cual se le da competencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de dicha Convención.

de conflictos contempladas en las centenas de convenios internacionales y dentro de las decenas de tratados sobre derechos humanos que Chile ha suscrito³¹.

El derecho a recurrir a estos organismos no puede ser perturbado por una nueva constitución, no solo porque el artículo 135 previene expresamente eso, sino porque, además, la prohibición de invocar disposiciones del Derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado por parte de un Estado parte constituye un principio básico del derecho internacional³². Constituye la piedra angular sobre la que se construye la credibilidad de un Estado en la relación con sus pares. De esta manera, si el texto constitucional se apartara de los tratados suscritos por Chile y en los hechos se transgredieran los compromisos asumidos para con otros Estados, entonces de esos hechos ineludiblemente derivaría responsabilidad estatal e internacional.

3.2. *La República y la Democracia*

Aristóteles contrastó la *república* con la monarquía afirmando que en la segunda el rey rige a su albedrío a gente sierva, mientras que en la república quien gobierna lo hace conforme a las razones de la ciencia, y en parte rige y en parte es regido, agregando que en la República el gobierno se da entre gente naturalmente libre y en situación de igualdad³³.

Los autores extractan y comentan a Aristóteles, cuya noción republicana reemerge con trascendencia en la revolución francesa y perdura hasta nuestros días. Para el filósofo griego, el centro de la república como sistema de gobierno consiste en su norte: el bien común. Es precisamente esta idea la que ha destacado parte de la doctrina. Así, Cruz Prados recurre a esta idea citando un extracto de la obra de Aristóteles: “cuando es la masa la que gobierna en vista del interés común, el régimen recibe el nombre común a todas la formas de gobierno: república (politeia)”³⁴. Silva Bas-

³¹ Como destacó el diario La Tercera, [26/09/20], en el documento “Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre Derechos Humanos” publicado por la Biblioteca Nacional del Congreso en enero de 2020 se contiene la enumeración de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en materia de DDHH.

³² Artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

³³ ARISTÓTELES (1934) *La Política*. Traducción de Pedro Simón Abril. Madrid: Ediciones Nuestra Raza, 256 pp, pp. 12-24.

³⁴ Un tercer eje de clasificaciones para Aristóteles es la riqueza o pobreza: “el que sean pocos o muchos los que ejercen la soberanía es un accidente, en el primer caso de las

cuñán recuerda que el segundo elemento de la república es el gobierno por el pueblo: “Aristóteles llama al gobierno de uno solo monarquía; al de unos pocos aristocracia y, al de todo el pueblo república”³⁵.

Que la Constitución defina a Chile como una “república democrática” (art. 4°), y que el proceso constituyente quede limitado por ella en la cláusula de límites, no debe extrañar. Según Roznai hay más de 100 constituciones en el mundo que protegen la forma de gobierno republicano³⁶.

Definir *democracia* en derecho constitucional es tarea tan apasionante como compleja. Proponemos un acento jurídico y no meramente político para este ejercicio. Ubicado en el artículo 4° de la Constitución, el principio democrático cruza a toda la Carta y debe orientarlo, como base de la institucionalidad.

El profesor de Yale, Robert Dahl, exige que una democracia debe contar, como mínimo, con participación ciudadana efectiva, igualdad de votos, electorado informado, control ciudadano del programa de acción, inclusión, y la garantía de derechos fundamentales³⁷.

La democracia es la forma de gobierno en que el poder reside en la ciudadanía, que lo ejerce en forma directa o indirecta mediante representantes dotados de legitimidad para hacerlo. Literalmente democracia significa gobierno del pueblo. Invocando a Aristóteles, Dahl subraya la libre autodeterminación: “la base de un Estado democrático es la libertad”³⁸.

En aulas y profundizando a Nogueira, hemos propuesto que una democracia debe contar al menos con los elementos esenciales: bases dogmáticas

oligarquías, en el segundo, de las democracias, porque en todas partes los ricos son pocos y los pobres muchos; lo que constituye la diferencia entre la democracia y la oligarquía es la pobreza y la riqueza, y necesariamente, cuando el poder se ejerce en virtud de la riqueza, ya sean pocos o muchos, se trata de una oligarquía; cuando mandan los pobres, de una democracia; pero acontece, como dijimos, que unos son pocos y otros muchos, pues pocos tienen prosperidad, aunque de la libertad participan todos; y éstas son las causas por las que unos y otros reclaman el poder” (Fuente: CRUZ PRADOS, A. (1988) “Política de Aristóteles y Democracia (II)”. *Anuario Filosófico*, Vol. 21, N° 2, pp. 9-32, p. 11.

³⁵ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 438 pp., p. 36.

³⁶ ROZNAI (2017) 23. Esto es muy importante, nótese que Chile se sumó a ello solo con la ley 21.200 y el artículo 135 inciso final. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>

³⁷ DAHL, ROBERT (2004) “La democracia”. *POSTData* 10, diciembre/2004, ISSN 1515-209X, pp. 11-55, pp. 45-46.

³⁸ DAHL (2004) 36.

del ordenamiento (valores que dan coherencia al sistema constitucional, bases de la institucionalidad); la esencia de los derechos fundamentales y su respeto; supremacía constitucional y control de la constitucionalidad de las normas; el principio de la responsabilidad estatal; el principio de revisión judicial; la protección de las minorías en normas jurídicas esenciales; el resguardo irrestricto e irreformable de la soberanía, que reside esencialmente en la Nación, y cuyo ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades constitucionalmente validadas³⁹.

3.3. *Las sentencias judiciales firmes o ejecutoriadas*

En una relativa novedad comparada, el artículo 135 agregó un componente judicial: los fallos firmes. Este elemento mira a la separación de poderes y a la certeza jurídica indispensable para la convivencia judicial. El principio proviene —ya por varias constituciones— del artículo 76 de la Constitución, que prohíbe al Congreso Nacional “hacer revivir procesos fenecidos”. La noción procesal de sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas proviene de los artículos 174 y 175 del Código de Procedimiento Civil. Son aquellas que otorgan acción o excepción de cosa juzgada, desde el momento en que se cumplen los requisitos ahí establecidos.

La cosa juzgada implica que el contenido de la sentencia deberá respetarse —y no podrá alterarse—, de manera que pueda ser exigido posteriormente como acción o, evitar que vuelva a discutirse y se falle algo distinto, si se hace valer como excepción.

Mediante la garantía de que permanecerán inmutables aquellos fallos y soluciones que se han dado en asuntos y procesos terminados con anterioridad al nuevo texto constitucional, se buscó resguardar dos principios fundamentales tanto en el orden institucional como en el orden jurídico.

Desde el punto de vista institucional, la inmutabilidad de las sentencias implica reforzar la separación de funciones del Estado y la independencia del poder judicial. La Constitución reconoce y ampara la validez e inmutabilidad de las decisiones válidamente adoptadas en el ejercicio del poder jurisdiccional encomendado a los tribunales, y la Convención no puede

³⁹ FERMANDOIS, Arturo (2020) “Minuta El Proceso Constituyente chileno 2019-2022”. *Clases de Derecho en Pontificia Universidad Católica de Chile*, Sesiones del 11 y 17 de marzo de 2020, p. 6.

—ni pretende— atribuirse esa función ya ejercida. Se trata de un eje universal de seguridad jurídica.

Debemos entender incorporadas dentro de la protección del artículo 135 todas aquellas soluciones a las que se ha llegado por medio de equivalentes jurisdiccionales⁴⁰. Es decir, actos que, sin ser necesariamente jurisdiccionales, gozan de la misma inmutabilidad y efecto de cosa juzgada que las sentencias judiciales, precisamente porque el legislador las ha reconocido como vías aptas y eficaces para la solución de conflictos. Igual cosa puede afirmarse de todos los actos judiciales no contenciosos, o aquellos que naciendo en tal calidad, devienen contenciosos. Por cierto y en virtud de esta cláusula, por ejemplo, las resoluciones judiciales que otorgan la concesión minera a la que se refiere el artículo 19 N° 24 de la Carta, constituyen un límite para la Convención.

4. De la legitimidad de imponer límites sustantivos al poder constituyente

Proponemos dos palabras sobre el vasto tópico de la legitimidad de imponer límites al poder constituyente. La pregunta es razonable: se trata del máximo poder jurídico humano. La literatura chilena admite, hace mucho, que el poder constituyente está legítimamente constreñido por ciertos valores, derechos fundamentales y principios esenciales de la identidad de la misma Carta Fundamental y de la Nación.

Así las cosas, el poder constituyente —ni aún quién defienda la existencia del “originario”— no se concibe hoy “*como un poder arbitrario e ilimitado, ya que hoy día la dignidad y los derechos humanos y el principio de progresividad de ellos estructuran un límite material al poder constituyente, junto a los principios estructurales básicos del Estado constitucional democrático*”⁴¹.

Refiriéndose al poder constituyente derivado, Nogueira profundiza: “*no puede alterar la identidad y continuidad de la Constitución ni la formula po-*

⁴⁰ CASTRO, Jorge (2013) “Equivalentes jurisdiccionales”. *Blog Inoponible*. Disponible en: <https://inoponible.cl/equivalentes-jurisdiccionales/#:~:text=Concepto%20de%20equivalentes%20Jurisdiccionales.,de%20recurrir%20a%20un%20proceso> [fecha de visita: 1 de octubre de 2020].

⁴¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009) “Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional”. *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1, pp. 229-262. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>, p. 261.

lítica de ella, como asimismo, forman parte de este límite material los atributos de los derechos fundamentales asegurados por el texto constitucional y por el derecho internacional vinculante y vigente, ya que éste constituye un límite al ejercicio de la soberanía como establece con absoluta claridad el artículo 5° inciso segundo de la Constitución”.

Sieyès nos proponía que “*una Constitución no es obra de un poder constituido sino un poder constituyente*”⁴² y Blumenitz profundizaba la clasificación del revolucionario abate subrayando el elemento subversivo del tal poder originario afirmando que tal vertiente actúa independientemente del poder constituyente anterior, y que emerge con un nuevo Estado o que surge de un acto revolucionario. Tal elemento de fuerza lo diferenciaría del poder constituyente derivado, porque este último subordina su acción al derecho vigente, dentro de los límites preestablecidos por el poder constituyente originario⁴³.

Esa literatura fundante del poder constituyente, empero, debe ser matizada por la moderna comprensión del poder constituyente en cualquiera de sus clasificaciones, que exige algún acomodo con el derecho. Cea Egaña advierte la dificultad de identificar un poder constituyente originario actuando en democracia: “*se torna difícilísimo encontrar ejemplos persuasivos de un poder constituyente originario que haya obrado sin ruptura institucional*”⁴⁴.

En el caso chileno, como se dijo, el plebiscito de octubre 2020 abrirá un poder constituyente inequívocamente derivado, al ser convocado y obrar en virtud del Acuerdo Político de 15 de noviembre y la consiguiente reforma constitucional de la ley N° 21.200. Empero, no deben excluirse algunos elementos que agregan cierto carácter o al menos apariencia originaria, como el dirigirse a crear una nueva Carta.

Pero, cualquiera sea la clasificación de este poder, ¿cabe limitarlo mediante normas? Lo que para Sieyès pudo ser una contradicción, no es otra cosa que la confirmación de que el poder supremo no puede obrar al margen de la nación y de su identidad. La idea de una enmienda constitucional inconstitucional se ha difundido mundialmente como parte de la elaboración de la constitución y como doctrina judicial y cuenta con una legitimidad creciente⁴⁵.

⁴² SIEYÈS [1789] (2003) 136.

⁴³ BLUMENWITZ, Dieter (1992) “Poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Consideraciones sobre la Unificación Alemana y el desarrollo constitucional chileno desde el punto de vista de la teoría del Estado”. *Política*, 29, pp. 211-221, p. 211.

⁴⁴ CEA (2015) 21.

⁴⁵ BUI, Ngoc Son (2020) *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World*. Oxford: Oxford University Press, 384 pp., p. 1.

5. Origen y desarrollo histórico de las limitaciones a las enmiendas constitucionales

La idea de estrechar el espacio para los cambios constitucionales tiene varios siglos. Roznai recuerda que el desarrollo de disposiciones no enmendables proviene desde fines del siglo XVIII⁴⁶. Considérese el caso de Hungría, en el cual el Acta VIII del año 1741, sobre libertades y privilegios de la nobleza, fue declarada como inalterable, por el llamado *Tripartitum*⁴⁷.

Los autores recogen cuantiosa evidencia internacional y una progresiva evolución histórica de respaldo a la noción de cautelar el obrar del poder constituyente derivado, limitándolo, para garantizar principios mayores, propios de la idiosincrasia y momento de cada nación.

Claude Klein confirma la idea de proteger el régimen esencial de la nación, limitando el poder de enmiendas ha tenido gran éxito en el mundo⁴⁸. Esta idea se ve reforzada por la evidencia que recolectó Roznai, un minucioso trabajo en cual examinó 742 constituciones en el mundo entre 1789 y 2015 y descubrió que⁴⁹: i) un 17% (52 de 306) de las constituciones promulgadas entre 1789 y 1944 incluyen disposiciones no enmendables; ii) al considerar las constituciones promulgadas entre 1944 y 1988, un 27% (79 de 287) contienen tales disposiciones no enmendables; y iii) En el período 1988-2015 un 54% (81 de 149) de las constituciones tienen disposiciones no enmendables.

Si bien el promedio de constituciones con disposiciones no enmendables es del 28% (212 de 742), lo cierto es que la tasa ha venido aumentando significativamente, al punto de duplicarse en los últimos años. Anota Klein que antes de la II Guerra Mundial, las palabras de una disposición no enmendable era en promedio de 29,4 palabras, que subió en la post Guerra

⁴⁶ ROZNAI (2017) 18-19. Por ejemplo, como destaca el autor, la Constitución de New Jersey de 1776, la Constitución de Delaware de 1776, el artículo V de la Constitución Federal de US contienen cláusulas no enmendables en defensa de ciertos principios fundantes del ordenamiento jurídico. Destaca el autor ejemplos similares en Francia en el 1791 y en el 1798 en la Constitución de la República Suiza.

⁴⁷ SZENTE, Soltan (2007) "The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View". *German Law Journal*, 14(8), 1591-1614. DOI: 10.1017/S2071832200002418.

⁴⁸ KLEIN, Claude (1999) "On the eternal constitutions: Contrasting Kelsen and Schmitt". En DINER, Dan; STOLLEIS, Michael (eds.): *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher Verlag, p. 61.

⁴⁹ ROZNAI (2017) 20-21.

a 39,5 palabras. Se incluyen materias no enmendables como: democracia, derechos, libertades. El ejemplo más claro es el caso de Alemania.

Hein aporta el elemento probatorio crucial; los límites al poder constituyente están operando y no son letra muerta: 154 decisiones emitidas por cortes constitucionales y supremas europeas desde 1945 hasta 2016, sobre la constitucionalidad de las enmiendas constitucionales reflejó que aproximadamente una cuarta parte de estos casos resultaron en la invalidación de una enmienda constitucional, la mayoría de los cuales se basaron en una cláusula que restringía las enmiendas⁵⁰.

6. Nociones, conceptos, principios o derechos incluidos en cláusulas no enmendables

Para Roznai las materias no enmendables más comunes son la forma y sistema de gobierno; la estructura política y de gobierno; la identidad o ideologías fundamentales; los derechos básicos; la integridad nacional del Estado; las materias constitucionales únicas. Lo anterior en el marco de principios comunes a las democracias modernas como: la separación de los poderes del Estado y el respeto irrestricto de la dignidad humana⁵¹.

Estas cláusulas de no enmienda o modificación suelen ser explícitas, pero incluso en ausencia de cláusulas explícitas no enmendables, las cortes se han atribuido de cuando en cuando esa potestad.

En Chile tal cosa ocurrió tempranamente, en nombre del principio democrático. La famosa y transversalmente celebrada sentencia del Tribunal Constitucional, rol N° 33 del año 1985, invalidó implícitamente nada menos que una disposición transitoria expresa de la Carta Fundamental de 1980, abriendo la calificación electoral por el Tribunal Calificador de Elecciones al trascendente plebiscito de 5 de octubre de 1988. La Constitución disponía en una disposición transitoria la instalación del Tricel para meses después del plebiscito, sólo con ocasión de la primera elección general de parlamentarios. Por mayoría de votos y bajo la prolíja pluma del ministro Valenzuela Somarriva, el TC estimó incompatible con el principio democrático del artículo 4° de la Carta el convocar a un acto plebiscitario sin una adecuada calificación de su resultado. Impuso la instalación del Tricel cinco meses antes de lo previsto expresamente por la Constitución.

⁵⁰ HEIN (2020) 78.

⁵¹ ROZNAI (2017) 23-26.

En esencia, la STC rol N° 33 no es otra cosa que una aplicación judicial de un límite al poder constituyente, para asegurar una votación popular legítima⁵².

En derecho comparado se registran numerosas sentencias de cortes constitucionales que, con distintos matices y acentos, acotan, balancean o derechamente invalidan reformas constitucionales. Así ha sucedido recientemente en el derecho comparado⁵³.

Más profunda fue la decisión de la Corte Suprema de la India que — pese a los altos y bajos de esta magistratura en el tema— resolvió que el Parlamento carece del poder de alterar la *identidad* de la Constitución. Confirmó que se trata de un núcleo de principios básicos que configuran la identidad constitucional del país, que no puede ser vulnerado mediante enmiendas constitucionales⁵⁴.

Así, la tendencia global conduce a una aceptación de la idea de limitar el poder de enmienda, ya sea explícita o implícitamente; límites que en todo caso se generan dentro del orden constitucional.

La doctrina advierte que existen, no obstante, límites supra constitucionales y por tanto externos al sistema constitucional. El término supra constitucional incorpora los principios o reglas ubicados por sobre el orden constitucional doméstico, tales como el derecho natural, los tratados internacionales (especial, pero no exclusivamente los de derechos humanos) y la legislación regional (especialmente en Europa). Ciertamente, la distinción entre las razones para no enmendar: explícitas, implícitas o supranacionales no son perfectamente claras y se pueden superponer unas y otras. Roznai coloca a Suiza y Bosnia como ejemplos de cláusulas que trasladan los límites del poder constituyente a los tratados y las cartas internacionales de derechos. En el caso de la Constitución de Suiza de 1999,

⁵² Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 33 en Chile, 1985. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>

⁵³ HEIN (2020) 96-99, analiza varios ejemplos, dentro de los cuales destacamos los fallos del Tribunal Constitucional de República Checa en 2009 (Constitutional Court of the Czech Republic, Decision Pl. ÚS 27/09, September 10, 2009) y el fallo del Tribunal Constitucional de Ucrania en el año 2000 (Constitutional Court of Ukraine, Opinion of July 11, 2000, No. 2-v/2000).

⁵⁴ CHANDRACHUD, Chintan (2018) "Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India". En ALBERT, Richard; and ODER, B.E. (eds.): *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice series, Vol. 68. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-95141-6_6, pp. 149-151.

su texto es: “las disposiciones obligatorias de derecho internacional no podrán ser violadas” (Art. 193 y 194). Similarmente la Constitución de Bosnia y Herzegovina de 1995 dispone que no se podrán eliminar o disminuir el conjunto de derechos y libertades provistos en la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁵⁵. Se trata del principio de no regresión de los derechos fundamentales, ahora supra-constitucionalizado.

Mirando principalmente a América Latina, Albert justifica que, ante diversos grados de ofensivas contra el constitucionalismo liberal en Estados tan variados como Colombia, Ecuador, Granada, Honduras, Hungría, Japón, Trinidad y Tobago, Turquía, Venezuela y otros lugares, los agentes constitucionales acudan a un conjunto de razones para invalidar cambios a fin de proteger los cimientos de la democracia constitucional. Agregamos que el autor está tácitamente refiriéndose a las variantes llamadas *populismo constitucional* o *constitucionalismo transformador*⁵⁶.

Entonces, el considerar cómo una constitución puede ser inconstitucional facilita, en una lógica de ingeniería inversa, a declarar inconstitucional una enmienda⁵⁷.

Conclusión

La cláusula de límites al poder constituyente que se impuso a la Convención en el artículo 135 inciso final de la Constitución, se suma a una tendencia creciente y difundida en el derecho constitucional comparado. Normalmente ubicada en el articulado constitucional permanente, pero también como marco jurídico de asambleas o convenciones, los ejemplos son muy numerosos en el extranjero. El poder constituyente, derivado o incluso originario, no puede desentenderse de los principios democráticos y jurídicos esenciales que constituyen la identidad de un país. En el caso de Chile, estos límites corresponden al carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y a las sentencias judiciales firmes o ejecutoriadas.

⁵⁵ ROZNAI (2017) 71-72.

⁵⁶ Para constitucionalismo transformador, véase VON BOGDANDY, Armin (2015) “Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, N° 34, pp. 3-50.

⁵⁷ ALBERT, Richard (2017) “Four unconstitutional constitutions and their democratic foundations”. *Cornell International Law Journal*, 50(2), pp. 169-198, p. 198.

De los cuatro límites que enfrentará la Convención, dos son principios nucleares del estado constitucional y democrático de derecho, dotados de comprensión razonablemente unívoca, y dos son normas jurídicas. De estas últimas, destaca la fórmula utilizada en el artículo 135, que incluyó toda clases de tratados internacionales, y no sólo los de derechos humanos, como sugiere la actual fórmula del artículo 5º, inciso segundo de la Carta Fundamental.

En este trabajo se proponen ciertos contenidos a cada uno de estos conceptos, se indaga en el origen de la redacción de esta cláusula en la Comisión Técnica designada al amparo del Acuerdo Político del 15 de noviembre de 2019, y se subraya la apertura y transversalidad en el apoyo que obtuvo —tanto en la Comisión Técnica como en el Congreso— como pieza relevante de certeza jurídica para el proceso constituyente que inauguró la ley de reforma constitucional N° 21.200.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO IBÁÑEZ, S. J. (2015) “Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India”. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), pp. 123-154.
- ALBERT, Richard (2017) “Four unconstitutional constitutions and their democratic foundations”. *Cornell International Law Journal*, 50(2), pp. 169-198.
- BASSA, JAIME (2018) *Constituyentes sin poder. Una crítica a los límites epistémicos del derecho moderno*. Valparaíso: EDEVAL.
- BENZ, Arthur (2016) *Constitutional Policy in Multilevel Government. The Art of Keeping the Balance*. Oxford: Oxford University Press. ISBN: 9780198786078.
- BLUMENWITZ, Dieter (1992) “Poder constituyente originario y poder constituyente derivado. Consideraciones sobre la Unificación Alemana y el desarrollo constitucional chileno desde el punto de vista de la teoría del Estado”. *Política*, 29, pp. 211-221.
- BUI, Ngoc Son (2020) *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World*. Oxford: Oxford University Press, 384 pp.
- CRUZ PRADOS, A. (1988) “Política de Aristóteles y Democracia (II)”. *Anuario Filosófico*, Vol. 21, N° 2, pp. 9-32.
- CHANDRACHUD, Chintan (2018) “Constitutional Falsehoods: The Fourth Judges Case and the Basic Structure Doctrine in India”. En ALBERT, Richard; and ODER, B.E. (eds.): *An Unamendable Constitution? Unamendability in Constitutional Democracies*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice series, Vol. 68. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-319-95141-6_6, pp. 149-151.

- DAHL, ROBERT (2004) "La democracia". *POSTData* 10, diciembre/2004, ISSN 1515-209X, pp. 11-55, pp. 45-46.
- DOYLE, Oran (2017) "Constraints on Constitutional Amendment Powers". En RICHARD, Albert; CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene (eds.): *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment*. Oxford: Hart Publishing.
- FERMANDOIS, Arturo (2020) "Minuta El Proceso Constituyente chileno 2019-2022". *Clases de Derecho en Pontificia Universidad Católica de Chile*, Sesiones del 11 y 17 de marzo de 2020.
- GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary; BLOUNT, Justin (2009) "Does the Process of Constitution-Making Matter?". *Annual Review Of Law And Social Sciences*, Vol. 5, pp. 201-223.
- HEIN, Michael (2020) "Do constitutional entrenchment clauses matter? Constitutional review of constitutional amendments in Europe". *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 18, Issue 1, pp. 78-110. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa002>
- HOXHAK, Entela y BJANKU, Florian (2013) "The Basic Principles as Limits of Constitutional Revision in the Constitutional Jurisprudence and Doctrine in Europe". *Global Journal of Arts humanities and Social Sciences*, Vol. 1, Issue 3.
- KLEIN, Claude (1999) "On the eternal constitutions: Contrasting Kelsen and Schmitt". En DINER, Dan; STOLLEIS, Michael (eds.): *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A juxtaposition*. Gerlingen: Bleicher Verlag.
- KUSTRA-ROGATKA, Aleksandra (2019) "Constitutional identity as implied limits of constitutional amendment powers. The case of Poland". *Toruńskie Studia Polsko-Włoskie XX-Studi Polacco-Italiani Di Toruń XV Toruń*. DOI: 10.12775/TSP-W.2019.003, pp. 42-46.
- LANDAU, David; DIXON, Rosalind; ROZNAI, Yaniv (2019) "From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras". *Global Constitutionalism*, Vol. 8, Issue 1, pp. 40-70. DOI: <https://doi.org/10.1017/S2045381718000151>
- LANDAU, Davis (2014) "A Dynamic theory of Judicial Role". *Boston College Law Review*, Vol. 55, Issue 5. Disponible en: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol55/iss5/4/>
- NEO, Jaclyn (2020) "A Contextual Approach to Unconstitutional Constitutional Amendments: Judicial Power and the Basic Structure Doctrine in Malaysia". *Asian Journal of Comparative Law*, Volume 15, Issue 1, pp. 69-94.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009) "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius et Praxis*, Vol. 15, N° 1, pp. 229-262. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100007>
- ROZNAI, Yaniv (2015) "We the limited people". *Draft for discussion at NYU Global Fellows Forum*, March 10.

- ROZNAI, Yaniv (2017) *Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers*. Oxford: Oxford University Press.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997) *Tratado de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 438 pp.
- STONE, Adrienne (2018) "Unconstitutional Constitutional Amendments: Between Contradiction and Necessity". *U of Melbourne Legal Studies Research Paper N° 786*, 9. University of Melbourne-Law School.
- SZENTE, Soltan (2007) "The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court: A Critical View". *German Law Journal*, 14(8), 1591-1614. DOI: 10.1017/S2071832200002418.
- VON BOGDANDY, Armin (2015) "Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*, N° 34, pp. 3-50.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2008) *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 235 pp.
- ARISTÓTELES (1934) *La Política*. Traducción de Pedro Simón Abril. Madrid: Ediciones Nuestra Raza, 256 pp.

JURISPRUDENCIA

- CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC, Decision Pl. ÚS 27/09, September 10, 2009.
- CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC, Decision Pl. ÚS 27/09, September 10, 2009.
- CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, Opinion of July 11, 2000, No. 2-v/2000.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, sentencia 138, 1990. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=93670
- CORTE COSTITUZIONALE DE ITALIA, sentencias N° 183/1973, 170/1984 y 232/1989. Disponibles en: <https://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol N° 33, 1985. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 2087, 2011. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>
- CONSTITUTIONAL COURT OF THE CZECH REPUBLIC, Decision Pl. ÚS 27/09, September 10, 2009
- CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE, Opinion of July 11, 2000, No. 2-v/2000.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de lo Constitucional, Rol 1343-14, 22 de abril de 2015.

NORMATIVA

- Decreto 1926. Diario Oficial de Colombia. N° 39.512, de 24 de agosto de 1990.
- Convención De Viena Sobre El Derecho De Los Tratados (23 de mayo de 1969).
- Acuerdo Entre El Gobierno De La República De Chile Y El Gobierno De La República De Honduras Para La Promoción Y Protección Recíproca De Las Inversiones (11 de noviembre de 1996).
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (7 al 22 de noviembre de 1969).

PÁGINAS WEBS CONSULTADAS

- ATRIA, Fernando (2019) “El momento constituyente”. *Opinión, Diario La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/opinion/noticia/el-momento-constituyente/933604/>.
- Manifiesto Fuerza Común, 12 pp. Disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2020/02/Manifiesto-Fuerza-ComA%CC%83on.pdf>.
- LA TERCERA (26/09/2020). Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/que-significa-que-la-nueva-constitucion-debera-respetar-los-tratados-internacionales-firmados-por-chile/NT3Z3EEUG5FYVG3QRONTA5XBO4/>
- Sesiones especiales del Senado en Chile. Disponibles en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-27-de-noviembre/2019-11-27/092109.html>; <https://tv.senado.cl/tvsenado/programas/especiales/proceso-constituyente-2-de-diciembre-2019/2019-12-02/094009.html>
- Sesión 6 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YakzFD6wUfs&t=30s>
- Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes>
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2020) “Tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile sobre Derechos Humanos”. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28223/1/Acuerdos_internacionales_e_incidencia_constitucional_rev_BH.pdf