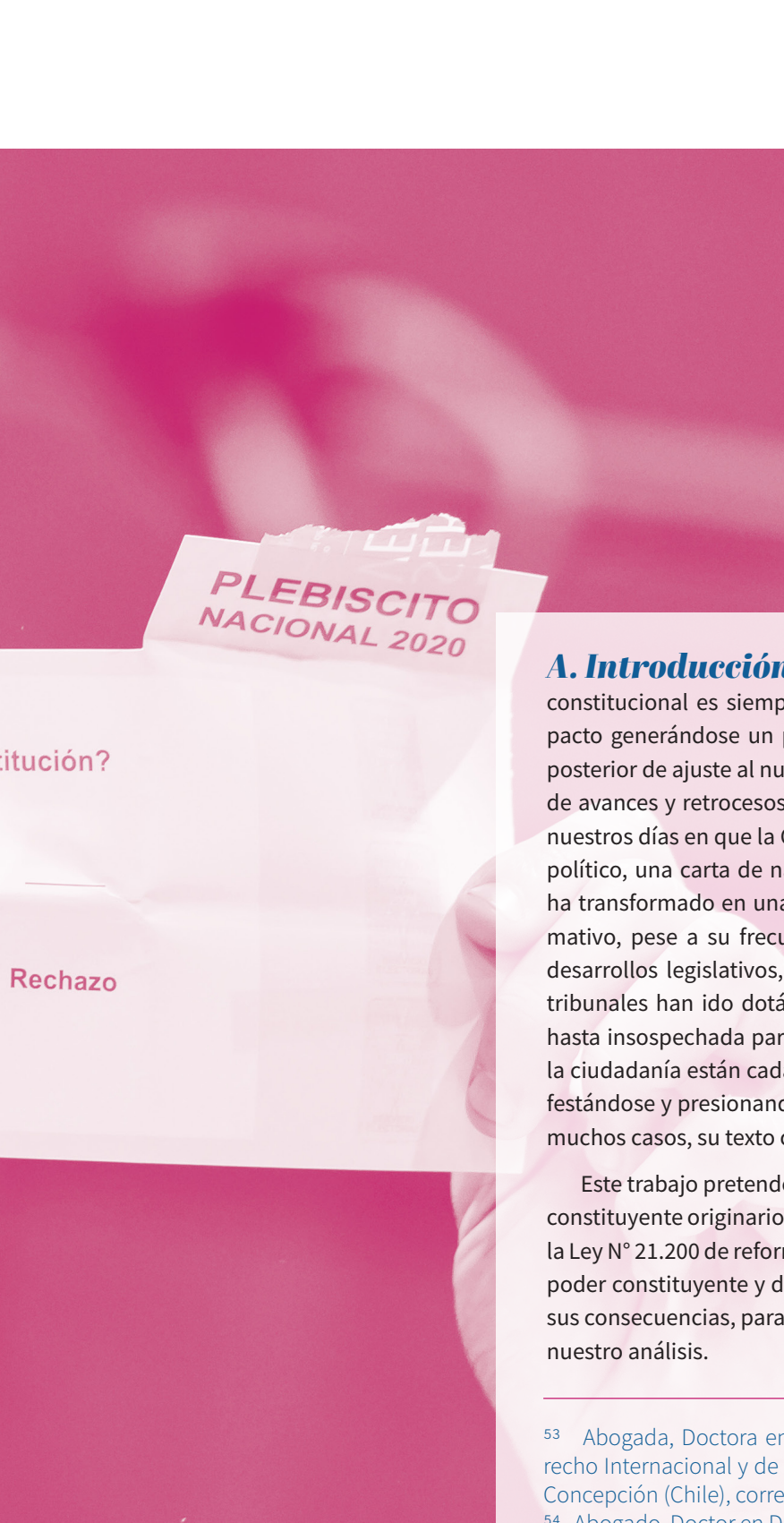


¿Tiene límites la Convención Constitucional?

Dra. Paulina Astroza Suárez⁵³ y

Dr. Carlos Maturana Toledo⁵⁴

DOI: 10.53110/WWZR8382



A. Introducción: La instauración de un nuevo orden constitucional es siempre un tema crítico que produce un fuerte impacto generándose un período de incertidumbre inicial y un proceso posterior de ajuste al nuevo sistema, no exento de dificultades y dudas, de avances y retrocesos. Esta afirmación cobra aún más relevancia en nuestros días en que la Constitución ha dejado de ser un simple código político, una carta de navegación de escasa significación jurídica y se ha transformado en una verdadera norma jurídica, con alto valor normativo, pese a su frecuentemente menor densidad prescriptiva. Los desarrollos legislativos, las prácticas políticas y las decisiones de los tribunales han ido dotándola de una vigencia real y efectiva, a veces hasta insospechada para sus redactores. Además, la opinión pública y la ciudadanía están cada día más involucrados en la res publica, manifestándose y presionando por cambios en los Estados que incluyen, en muchos casos, su texto constitucional.

Este trabajo pretende concentrarse en los posibles límites del poder constituyente originario con un análisis en particular del artículo 135 de la Ley N° 21.200 de reforma constitucional. Abordaremos el concepto de poder constituyente y derivado, la dimensión interna e internacional y sus consecuencias, para concluir respondiendo la pregunta de inicio de nuestro análisis.

⁵³ Abogada, Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, Profesora de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales de la Universidad de Concepción (Chile), correo electrónico pastroza@udec.cl.

⁵⁴ Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Concepción (Chile), correo electrónico camatura@udec.cl.

B.

Constituyente originario y constituyente derivado

El poder constituyente es el poder de generar normas constitucionales, sea que se trate de la creación de una nueva Constitución o de reformar una existente. Como señala DALLA VIA, citando a SPOTA, “el poder constituyente es el poder político que se juridiza al normarse”, agregando que “la sanción de la Constitución representa el momento del tránsito desde lo político a lo jurídico”.⁵⁵

El poder constituyente es un poder muy particular, en cuanto no se encuentra sometido a otro poder jurídico. En los sistemas de Constitución escrita, el poder constituyente se clasifica en poder constituyente originario y derivado, constituido o instituido. Esta distinción resulta esencial para el desarrollo posterior de este trabajo, particularmente en el análisis de los efectos recíprocos de uno sobre otro, según las formas en que se expresan en un momento determinado y, además, relacionándolo con la dimensión internacional de la cuestión.

Se dice que actúa el poder constituyente originario cuando da origen a una nueva Constitución, sea que se trate de una primera Carta en sentido histórico o de una que reemplace a otra preexistente. Cuando actúa el constituyente originario, el texto surge como un acto fundacional que, en un sistema democrático encuentra su fuente de legitimidad en el soberano y no en una Constitución anterior. El poder constituyente derivado, constituido o instituido se limita a modificar una carta fundamental existente.

En consecuencia, **el poder constituyente originario tiene la capacidad de crear una nueva Constitución, cuyo contenido no resulta predeterminado, limitado ni condicionado por el texto fundamental anterior**, el cual, además, no se configura como la fuente de legitimidad del nuevo proceso constituyente.

Lo anterior resulta válido aún cuando la convocatoria al constituyente originario conste o se incorpore en el texto constitucional vigente, en la medida en que dicho poder constituyente mantenga su plena competencia para fijar una nueva Carta Fundamental, sin restricciones de fondo.

Existe una diferencia sustantiva entre ambos poderes que se puede apreciar en los límites de uno y otro. Mientras el poder constituyente originario, en sus aspectos formales o procedimentales, “puede moverse con espontaneidad, no forzado por la vigencia de una regla obligatoria que le imponga el procedimiento, los requisitos y trámites a que haya de ajustarse para llegar a promulgar el documento normativo”,⁵⁶ el poder constituyente

⁵⁵ Dalla Via, 2004, p. 308.

⁵⁶ Silva, 1997, p. 102.

derivado “constituye un poder constituido, un poder creado y regulado por la Constitución, teniendo limitaciones formales y materiales”,⁵⁷ que sólo puede actuar, válidamente, en la forma fijada por el propio código fundamental.⁵⁸



El poder constituyente originario puede regular la forma de actuación del poder constituyente derivado. A partir de esa constatación, resulta natural preguntarse si el poder constituyente derivado puede, a su vez, hacer lo mismo respecto del originario.

La respuesta que surge casi espontáneamente, desde la teoría jurídica, es que no, que el poder constituyente instituido no puede regular ni menos limitar al poder constituyente originario, pues este último es manifestación de la soberanía y no reconoce en el orden interno otro poder jurídico de igual o superior jerarquía que lo pueda constreñir a un marco normativo determinado. Lo anterior, como se dijo, no obsta a que el constituyente originario pueda establecer reglas de procedimiento para la convocatoria y/o actuación del constituyente originario.

Ahora bien, la historia nos demuestra que, por la naturaleza esencialmente política de los procesos constituyentes, en ocasiones el constituyente derivado ha intentado delimitar la capacidad de decisión del constituyente originario, con distintos resultados según el país y el momento.

Finalmente, debemos recordar que soberano y poder constituyente, particularmente constituyente originario, no se confunden. El poder constituyente originario es una de las maneras en que se expresa el soberano. Cuando se elige una asamblea para redactar un texto constitucional, el poder constituyente originario está radicado en esa asamblea, particularmente si está compuesta por representantes elegidos por la ciudadanía e independientemente de una eventual intervención del soberano mediante la ratificación posterior.

la historia nos demuestra que, por la naturaleza esencialmente política de los procesos constituyentes, en ocasiones el constituyente derivado ha intentado delimitar la capacidad de decisión del constituyente originario, con distintos resultados según el país y el momento.

⁵⁷ Nogueira, 2012, p. 132.

⁵⁸ La existencia de límites materiales al poder constituyente originario e, incluso, al poder constituyente derivado, es un tema más complejo y que no podemos abordar en esta oportunidad.

C.

¿Límites al poder constituyente originario?

El cambio constitucional en sistemas democráticos en funcionamiento se genera normalmente en situaciones de crisis o de fuerte presión sobre el sistema político. El cauce normativo para la actuación del constituyente originario puede incorporarse a la propia Constitución vigente o bien implementarse al margen de ella.

De incorporarse la convocatoria al constituyente originario en la Constitución vigente, como ha sido el caso de Chile,⁵⁹ debe uno preguntarse **¿qué limitaciones pueden imponerse al redactor de la nueva Constitución? ¿Cuáles de estas limitaciones, impuestas por el constituyente derivado, resultarán obligatorias para el constituyente originario?**

La respuesta a estas interrogantes va a depender fundamentalmente de factores políticos, y no jurídicos.

Debemos tener presente que el cambio constitucional en un sistema democrático en funcionamiento también genera una situación de obligada convivencia entre el órgano llamado a ejercer el poder constituyente originario y los órganos establecidos, particularmente los poderes legislativo y judicial, convivencia que se ha demostrado compleja y que, en más de una ocasión, se ha resuelto por la definitiva imposición del órgano constituyente.

D.

Situación chilena

Es difícil establecer una fecha precisa de cuándo se produjo el “momentum constituyente” que formó la voluntad de redactar una nueva Constitución. El 18 de octubre de 2019 comenzó lo que se ha llamado el “estallido social”. **En aquellos días “estalló” la rabia y el malestar acumulados por décadas en una sociedad que aparecía ante el mundo como el “modelo de América Latina” frente a la inestabilidad política, corrupción, pobreza y desesperanza de los demás países de la región.** Al mismo tiempo que en Chile ha habido grandes avances en su desarrollo económico, político y social desde el fin de la dictadura, se fue incubando en el seno de la sociedad un descontento cada vez más profundo. Ese descontento –que luego pasó a malestar y en muchos casos a ira– se dirigió contra la clase política, los abusos del poder en todas sus dimensiones, los actos de corrupción y la falta de canalización de las demandas ciudadanas por un trato digno. Las condiciones de vida de una parte importante de la población han provocado la segregación de la sociedad chilena lo que ha tenido como consecuencia que millones de chilenos no disfrutaran del crecimiento económico, como

⁵⁹ Además de lo ya señalado sobre el cometido del constituyente originario, debe agregarse, como se argumentará posteriormente, que las limitaciones incorporadas al artículo 135 de la Constitución en realidad no tienen efecto jurídico alguno, son simplemente normas programáticas que no obligan a la Convención Constitucional.

sí lo han hecho otras personas dentro del mismo país. También influyeron la concentración del poder económico, los casos de financiamiento ilegal de la política (hasta ahora no totalmente esclarecidos y con poca voluntad política de llegar hasta el fondo del tema en los casos denunciados), unos partidos políticos cada vez más distantes de sus bases y de la ciudadanía y percibidos como grupos de privilegiados protegiendo sus cuotas de poder.

El 15 de noviembre de 2019, la mayoría de los partidos políticos, con excepción del Partido Comunista y de algunos integrantes del Frente Amplio, firmaron el “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución”. Se abrió una vía institucional para responder a las demandas ciudadanas, cual válvula de escape a la tensión acumulada. Se decidió reformar la Constitución y llamar a referéndum para preguntar si se estaba o no de acuerdo con una nueva Constitución. Chile comenzó una ruta constituyente con características particulares: partidos políticos presionados por la ciudadanía, gobierno desbordado y perdiendo el control, violencia en las calles y el deseo mayoritario por una salida pacífica a través de un nuevo pacto constitucional. El contenido del “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” se tradujo en un conjunto de reformas constitucionales y legales que encausaron este proceso.

Lo que nos interesa examinar son las normas que se introducen en la Constitución vigente para regular el funcionamiento de la Convención Constitucional (CC). Estas reglas configuran limitaciones sustantivas y procedimentales para la actuación del constituyente. Destaca lo establecido en relación con la finalidad y competencia de la Convención Constitucional y con los contenidos que se plantean como inmodificables.

En relación con lo primero, el artículo 135 de la Constitución prescribe que “La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes”. Se acota la función de la CC a la sola redacción de un nuevo texto constitucional, agregándose que no podrá modificar la Constitución actual, la cual seguirá vigente durante todo el tiempo de su funcionamiento.

Se trata de anticipar eventuales conflictos entre la CC, por un lado, y el Gobierno y el Congreso Nacional, principalmente, por el otro. Lo más complejo se plantea con la caracterización que el constituyente derivado pretende hacer de la CC. En efecto, en la misma norma antes citada se dispone que “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 Constitu-

“ ”

Se abrió una vía institucional para responder a las demandas ciudadanas, cual válvula de escape a la tensión acumulada.

ción 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”.

Es decir, y en una primera lectura, le queda prohibido a la CC, que va a ejercer el poder constituyente originario, ejercer la soberanía. Como esta conclusión resulta absurda, debemos entender que la norma sólo viene a reforzar, con una mala técnica legislativa, la limitación antes señalada, esto es, la obligación de la CC de avocarse únicamente a la redacción de la nueva Carta Magna, sin poder ejercer atribuciones que corresponden a otros órganos derivados. Pero en la función de elaborar una nueva Constitución, la CC va a ejercer el poder constituyente y, en consecuencia, la soberanía.

“ “ ”

la norma sólo viene a reforzar, con una mala técnica legislativa, la limitación antes señalada, esto es, la obligación de la CC de avocarse únicamente a la redacción de la nueva Carta Magna, sin poder ejercer atribuciones que corresponden a otros órganos derivados.

Complementando lo expuesto, se agrega 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”.

Caben dos alcances en relación con las normas recién transcritas. En primer lugar, debe recordarse que lo esencial de las reformas comentadas que se contienen en la Ley N° 21.200 de 2019 se definieron en el acuerdo del 15 de noviembre de 2019 que, en nuestra opinión, tiene el carácter de un acuerdo constituyente. Con posterioridad, una Comisión Técnica, creada en el mismo Acuerdo, dio la redacción definitiva al texto que el Congreso Nacional aprobó como reforma constitucional. Los partidos suscribientes se obligaron a sancionar la propuesta de la Comisión Técnica como un todo y así lo hicieron en el Congreso. En segundo lugar, en ese mismo Acuerdo se reconoce el carácter constituyente del órgano llamado a redactar la nueva Constitución lo que ayuda a despejar dudas sobre la materia, dada la trascendencia que, en el proceso constituyente, tiene este acuerdo político inicial. En efecto, los numerales 5, 6, 8 y 11 del texto del acuerdo se refieren al órgano llamado a redactar la nueva Constitución como “órgano constituyente”, de manera que no resulta posible obviar ese carácter atribuido a la CC por el acuerdo político que definió la institucionalización del proceso constituyente chileno. Además, a los integrantes de la CC la propia Constitución vigente los denomina “convencionales constituyentes” y no “convencionales constitucionales”.

Cabe agregar que, si bien se impone a la CC la obligación de respetar ciertos principios que la Ley Fundamental vigente considera esenciales

-el carácter republicano del Estado, el sistema democrático, el respeto a los tratados internacionales y a las sentencias judiciales firmes-, lo cierto es que no se consagra ningún mecanismo para impugnar los preceptos de la nueva Constitución que, eventualmente, atenten contra esta obligación. De este modo, será finalmente la ciudadanía en el plebiscito ratificatorio la que deberá evaluar si se ha transgredido o no el deber de la CC de respetar estos contenidos básicos y, más allá de eso, aprobar o no lo obrado. Lo expuesto lleva a concluir que la prohibición impuesta a la CC, en el sentido de no afectar los bienes jurídicos mencionados, en la práctica carece de toda eficacia jurídica, ya que no se consagran mecanismos para velar por su observancia.

En los aspectos procedimentales también hay limitaciones importantes al futuro actuar de la CC. La norma principal se encuentra contenida en el art. 133 de la Constitución, en sus incisos tercero y cuarto, que disponen “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”. “La Convención no podrá alterar los quóruns ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos”. Es decir, el quórum para aprobar los artículos de la nueva Constitución está predeterminado por el constituyente derivado de la Constitución de 1980, hoy vigente, sin que, en teoría, pueda ser alterado por un nuevo acuerdo alcanzado en el seno de la CC.

De este modo, y viendo las experiencias comparadas, en los extremos pueden darse dos escenarios una vez instalada la CC. El primero de ellos es el acatamiento completo a las normas establecidas en la Constitución vigente, lo que supondría una “coexistencia pacífica” entre dicho órgano y los poderes constituidos. **El segundo, y por cierto de mayor complejidad, es el rechazo de una mayoría sustantiva de los convencionales a las normas sobre procedimiento, especialmente quórum y/o competencia.**

Partiendo de la base que en un sistema democrático resulta positiva la existencia de un marco normativo predefinido para la actuación del constituyente originario, en la medida que sea razonable y prudente, desde un punto de vista puramente teórico nos parece evidente que la CC puede reclamar una mayor autonomía respecto de su funcionamiento, en cuanto ejerce el poder constituyente originario y éste no puede ser regulado por el poder de reforma de la Constitución vigente.

Sin embargo, qué rumbo va a tomar la CC y cuáles van a ser los efectos de sus decisiones, va a depender esencialmente de factores políticos, no jurídicos y dentro de ellos van a tener especial influencia los resultados de la próxima elección de convencionales constituyentes y el contexto político y social que acompañe el funcionamiento de la CC.

Una mayoría calificada de convencionales que impulsen un proyecto de cambio sustantivo del modelo constitucional puede, en determinadas condiciones políticas y sociales, cuestionar la legitimidad democrática de las

E.

Alternativas frente al cuestionamiento de las normas de funcionamiento fijadas en la Constitución vigente

Aunque resulte poco probable, siempre es posible pensar un escenario donde las fuerzas sociales y políticas partidarias de un cambio más radical del sistema imperante, cualquiera sea su orientación ideológica, fueren una salida extra sistema. Esa alternativa no es posible analizarla con motivo del presente trabajo, por lo que dejaremos planteada la hipótesis, confiando, por cierto, en que nuestro proceso constituyente no se oriente por esos derroteros.

Descartado lo anterior, ante un eventual conflicto entre las decisiones de la CC y el marco regulatorio fijado por la Constitución actual debemos revisar los mecanismos jurídicos definidos para enfrentarlos y resolverlos. En esto llama la atención el sistema establecido, tanto por lo que incluye como por lo que excluye.

En efecto, según el artículo 136 de la Constitución debe tenerse presente una distinción básica inicial. Hay materias que pueden ser objeto de impugnación y otras que están excluidas de esta posibilidad. Sólo se puede reclamar en contra de infracciones a las reglas de procedimiento aplicables a la CC, sea que estén fijadas en la propia Constitución o que hayan sido definidas por el órgano constituyente. Por el contrario, no procede reclamación alguna “sobre el contenido de los textos en elaboración”, es decir, no es posible impugnar las decisiones de la CC en relación con los preceptos que se discuten para ser incluidos en la nueva Carta Fundamental ni en su etapa de elaboración ni una vez aprobados.

Las reclamaciones, cuando procedan, van a ser de conocimiento de “cinco ministros de la Corte Suprema, elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión planteada”.

Es novedoso este mecanismo porque, sabido que al interior de la Corte Suprema existen distintas corrientes de pensamiento, como es lógico en un sistema democrático, la generación aleatoria para cada caso particular de la comisión que la resolverá, no hace más que aumentar la incertidumbre respecto de la decisión final y facilita la emisión de fallos contradictorios.

“ ”

el resultado de la reclamación que se interpusiera dependería, en buena medida, de que el sorteo arrojará una mayoría de ministros progresistas o una mayoría de ministros conservadores.

De este modo, y volviendo a un tema central de estos comentarios, si la CC una vez instalada decidiera modificar el quorum de aprobación de los nuevos preceptos constitucionales, fundado en su carácter de constituyente originario, el resultado de la reclamación que se interpusiera dependería, en buena medida, de que el sorteo arrojará una mayoría de ministros progresistas o una mayoría de ministros conservadores.

Para terminar este punto, debemos dejar constancia que la legitimación activa en la reclamación corresponde exclusivamente a los convencionales

constituyentes, en un número que no baje de una cuarta parte de los miembros en ejercicio de la CC.

Para una apreciación más general del sistema de control definido para la CC, conviene detenerse en ciertas exclusiones que la Constitución vigente ha considerado de manera expresa y que se hacen cargo de conflictos y cuestionamientos que han estado presentes en nuestra historia reciente.

Señala el artículo 136 de la Constitución que “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, por ese mismo precepto, en materia de reclamaciones.

Además, se prescribe que las decisiones adoptadas por la Corte Suprema, en el procedimiento de reclamación, “no se admitirá acción ni recurso alguno”.

Con lo anterior, queda claro que el Tribunal Constitucional establecido en la Constitución de 1980 no puede controlar la actividad de la CC, una decisión que viene a reforzar la concepción de la CC como constituyente originario.

Se refuerza esta exclusión cuando, al prescribir que el procedimiento de reclamación ante la Corte Suprema se regulará en un auto acordado dictado por ese mismo tribunal, se agrega que dicho auto acordado no puede “ser objeto del control establecido en artículo 93 número 2 de la Constitución”, es decir, no puede ser objeto de impugnación ante el Tribunal Constitucional.

También queda claro que, contra las decisiones de la CC, no procede el recurso de protección.

F.

¿Y qué pasa con los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes?

El análisis que hemos realizado debe ser complementado necesariamente con la dimensión internacional. Al estar Chile inserto en el mundo y siendo uno de los principios rectores de su Política Exterior el respeto por el Derecho Internacional (DI), cabe preguntarse cómo hacer compatibles los cambios necesarios al tipo de Estado y país que tenemos, y el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales.

Ya hemos señalado que el artículo 135 menciona como límite a “los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. También hemos dicho que en el ámbito interno esta limitación, en la práctica, jurídicamente no es posible hacerla cumplir por los órganos internos, pudiendo la CC adoptar normas que afecten los compromisos internacionales actualmente vigentes para nuestro país.

Ahora bien, para un mejor desarrollo de este tópico debemos distinguir distintas situaciones que podrían presentarse, algunas más hipotéticas que otras, y de las cuales es importante tener en cuenta las consecuencias y riesgos que implican en el ámbito internacional.

Lo primero es plantearse una casi imposible situación en que la CC decidiera dar por terminados uno o más tratados internacionales de manera unilateral, sin acuerdo con la o las otras partes del instrumento o no cumpliendo con lo establecido en él. Estimamos que esta situación vulnera el DI al que está sometido nuestro país como miembro de la comunidad internacional y como parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Dicho tratado –conocido como el “tratado de los tratados”– establece en su artículo 27 que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Además, el artículo 26 de la misma Convención consagra uno de los principios básicos del Derecho de los Tratados, el llamado “pacta sunt servanda”, “lo pactado obliga”. De no existir este principio normativo el DI perdería su esencia de ordenamiento jurídico de carácter obligatorio para todos los Estados y demás sujetos del DI, transformándolo en meras normas morales o de cortesía internacional. Por lo tanto, su violación por parte de la CC –órgano del Estado, según ya lo hemos visto– generaría responsabilidad internacional para Chile del cual debería responder ante los Estados parte de los tratados vulnerados. No es difícil imaginar las consecuencias no sólo jurídicas sino políticas que un acto de vulneración de este tipo generaría en la comunidad internacional, y la incertidumbre y desprestigio internacional que implicaría para la imagen de Chile frente a sus socios internacionales. Los tratados sólo pueden terminar de la forma en que lo establezca el propio tratado y, si nada dice o es incompleto, supletoriamente aplicamos las normas de la Convención de Viena de 1969. No podemos argumentar en el exterior que, al tratarse del poder constituyente originario, supremo en lo interno, sea fundamento válido para desligarnos lícitamente de nuestras obli-

gaciones internacionales. En el plano internacional, prima el DI por sobre el Derecho interno, incluso cuando actúa el poder constituyente originario. Lo anterior lo entendemos incluyendo a todo tipo de tratados, sin hacer distinción entre tratados sobre derechos humanos y otro tipo de tratados como los de libre comercio, inversiones, cooperación, de límites, entre otros.

Una segunda situación hipotética es que la CC decidiera mandar a los órganos pertinentes (Congreso y Presidente de la República) a terminar con uno o más tratados según lo establecido en el DI. En este evento, se abren dos caminos posibles: que efectivamente los órganos constituidos cumplan con dicho mandato, sin violar sus obligaciones internacionales y realizarlo cumpliendo con lo que dice el propio tratado sobre retiro o denuncia, o lo que dice la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Una segunda posibilidad es que el poder constituyente derivado, con nueva conformación y correlación de fuerzas políticas, logre el quórum necesario para derogar dicho mandato y los tratados sigan en vigencia.

Una tercera situación más discutible, pero al mismo tiempo más probable, es que cambios en la normativa constitucional o legal derivada de la nueva Constitución entren en colisión con obligaciones internacionales impuestas por tratados internacionales vigentes. Pensemos en cambios en materia tributaria, de incentivo a las inversiones, en mayores exigencias medioambientales, etc. En este punto nos parece que sí se debe distinguir respecto de qué compromisos internacionales se trata puesto que no es lo mismo incumplir obligaciones relacionadas con derechos humanos que otro tipo de compromisos. Dada la importancia que en el DI contemporáneo han ido adquiriendo los derechos humanos, siendo algunas normas incluso de carácter de ius cogens (imperativas del DI), estimamos que sí existe un límite que se impone en el Derecho interno, no debiendo violarse por parte del constituyente originario los compromisos internacionales en esta materia. En este evento, puede sostenerse que los tribunales nacionales, frente a un caso llevado a su conocimiento, deberían dar primacía al DI de los derechos humanos.⁶⁰ En otro tipo de tratados es más discutible. De ocurrir, serían los Estados o particulares extranjeros perjudicados con este incumplimiento quienes podrían recurrir a las instancias jurisdiccionales respectivas

“ ”

Los tratados sólo pueden terminar de la forma en que lo establezca el propio tratado y, si nada dice o es incompleto, supletoriamente aplicamos las normas de la Convención de Viena de 1969.

⁶⁰ La forma de resolver un conflicto entre una norma del DI de los Derechos Humanos y una norma constitucional es todavía discutida en Chile, y depende de la tesis que se sostenga en relación con la jerarquía normativa de los tratados sobre derechos humanos. En todo caso, no es una materia que podamos desarrollar en esta ocasión.

para hacer valer sus derechos por violación a los tratados que los amparan. En esta eventualidad, una instancia jurisdiccional podría dar razón a dichos terceros haciendo responsable internacionalmente al Estado de Chile por violación al DI, teniendo que responder éste, por ejemplo, a través de indemnizaciones (que suelen ser millonarias). Otra posibilidad es que la instancia jurisdiccional estime que no existe dicho incumplimiento y que, por tanto, Chile no respondería internacionalmente. Ante esta posibilidad, es necesario ser claros respecto de lo que podría implicar modificar la legislación incumpliendo lo establecido en tratados internacionales. No sólo porque se deja al propio Estado la posibilidad de verse expuesto internacionalmente y pagar grandes sumas de dinero, que en definitiva pagamos todos, sino que también merma la confianza de socios en el exterior respecto de la voluntad real de Chile de ceñirse a lo comprometido a través de tratados internacionales. Esto no es gratis y los costos son jurídicos, económicos y políticos.

Por último, ¿qué pasa con los compromisos adquiridos por Chile a través de acuerdos en forma simplificada? La norma habla de “ratificados” por Chile y los acuerdos administrativos o simples no cumplen con esta etapa. La CC ¿no tiene límite expreso sobre ellos? Recordemos que muchos acuerdos y compromisos se adquieren por la potestad reglamentaria del Presidente de la República a través de estos tratados. Estimamos que, al ser jurídicamente tratados y tener el mismo valor jurídico de los formales, lo explicado respecto a éstos es aplicable a los acuerdos en forma simplificada con la salvedad que, al estar dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, por su naturaleza no deberían referirse a derechos humanos.

“ ”

No sólo porque se deja al propio Estado la posibilidad de verse expuesto internacionalmente y pagar grandes sumas de dinero, que en definitiva pagamos todos, sino que también merma la confianza de socios en el exterior respecto de la voluntad real de Chile de ceñirse a lo comprometido a través de tratados internacionales. Esto no es gratis y los costos son jurídicos, económicos y políticos.

El proceso constituyente chileno actual, si bien se desencadena por un fuerte impulso social, como un proceso desde la base, finalmente se institucionaliza, con la incorporación a la Constitución de las reglas básicas del mismo. **La CC va a ejercer el poder constituyente originario. Pese a su regulación en la Constitución vigente, no es un órgano constituido sino un órgano constituyente.** Dependiendo de los resultados de la elección de convencionales constituyentes y del momento político y social que se viva en el país es posible que, una vez instalada la CC, se produzca un cuestionamiento a las normas definidas por la actual Constitución para su funcionamiento, particular -aunque no exclusivamente- en relación con el quorum para adoptar acuerdos y con su esfera de atribuciones y los límites impuestos.

Solo los Ministros de la Corte Suprema, de acuerdo al procedimiento de reclamación fijado por la Constitución, pueden efectuar un control sobre el proceso de elaboración de una nueva Carta Fundamental encomendado a la CC. Este control, en todo caso, no puede extenderse a los contenidos debatidos y acordados por la CC. El mecanismo jurídico definido para conocer y resolver conflictos como los mencionados precedentemente, por el carácter aleatorio introducido en la generación del órgano llamado a decidir cada una de las reclamaciones, hace muy difícil prever el sentido en el que se interpretarán las normas constitucionales y la mayor o menor autonomía que se reconocerá al órgano constituyente.

Finalmente, la CC, al ser un poder constituyente originario, en principio, es supremo y no tiene límites. La duda cabe cuando el constituyente derivado le establece expresamente limitaciones en el artículo 135. En lo interno, estimamos que es un tema más político que jurídico y dependerá mucho de la correlación de fuerzas al interior de la CC. Al no haber una forma jurídica de solucionar una posible colisión con esos límites, quedará a la situación de hecho que se viva durante la etapa deliberativa. Sin embargo, desde una dimensión internacional, se debe tener en cuenta que tenemos compromisos internacionales no solo establecidos en tratados internacionales, también derivados de la costumbre internacional y, sin importar de qué norma se trate la que entra en conflicto con el DI, prima este último, pudiendo dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Chile ha manifestado tradicionalmente en sus principios rectores el respeto del DI y, por lo tanto, deben tenerse presente los riesgos a los cuales se somete en caso de violación.

• BIBLIOGRAFIA

Dalla Via, A. (2004)

Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires: LexisNexis.

Nogueira, H. (2012)

Derecho Constitucional Chileno, T. 1.

Santiago: AbeledoPerrot Thomson Reuters.

Silva, A. (1997)

Tratado de Derecho Constitucional, 2ª. ed., T. 1.

Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

• Listado de legislación nacional e internacional

· Constitución Política de la República de Chile de 1980.

· Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.