

IDENTIDAD CONSTITUYENTE:  
APUNTES SOBRE EL PAPEL  
DE LOS DERECHOS HUMANOS  
EN EL PROCESO CONSTITUYENTE  
Y PROPUESTAS  
PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

CONSTITUENT IDENTITY:  
NOTES ON THE ROLE OF HUMAN RIGHTS  
IN THE CONSTITUENT PROCESS  
AND IDEAS FOR THE NEW CONSTITUTION

*Catalina Melgarejo Espina\**  
*Martín Canessa Zamora\*\**

RESUMEN: El presente trabajo estudia el papel que pueden representar los derechos humanos frente al ejercicio del poder constituyente, en el marco del proceso chileno de elaboración de una nueva Constitución. Se revisan las concepciones clásicas de poder constituyente, así como las doctrinas que analizan si este tiene límites o no. Luego, se postula que los derechos humanos forman parte esencial de la identidad del pueblo chileno, representando un contenido esencial e indisponible para el poder constituyente. Finalmente, se elaboran algunas propuestas destinadas a instaurar un estatuto más favorable a la garantía de los derechos humanos en la nueva Constitución.

PALABRAS CLAVES: Derechos Humanos, poder constituyente, nueva Constitución.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Cuenta con diplomado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la misma casa de estudios. Magister en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid. Se desempeña profesionalmente en el área laboral y migratoria. Correo electrónico: cimelgarejo@uc.cl

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo. Docente de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado. Se desempeña profesionalmente en las áreas de derecho constitucional, administrativo y regulatorio. Correo electrónico: m.canessa@udd.cl

**ABSTRACT:** This paper studies the role that human rights could play in the exercise of the constituent power, within the framework of the Chilean process to draft a New Constitution. It reviews the classical concepts of constituent power, as well as the doctrines that analyze whether it has limits or not. Then, it argues that human rights are an essential part of the identity of the Chilean people, representing an essential and indisposable content for the constituent power. Finally, some propositions are outlined to establish a statute more favorable to the guarantee of human rights in the New Constitution.

**KEYWORDS:** Human Rights, Constituent Power, New Constitution.

## I. EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO:

### ESTADO ACTUAL DE LAS COSAS

Como respuesta a las masivas movilizaciones de octubre de 2019, la mayoría de las fuerzas políticas representadas en el Congreso acordaron reformar la Constitución, para permitir la realización de un proceso constituyente nunca antes visto en Chile. En octubre de 2020, el 78 % de la ciudadanía votó a favor del cambio constitucional, abriendo así el proceso de cambio constitucional. La Convención Constitucional –un órgano compuesto por representantes electos democráticamente, con paridad, amplia participación de independientes y escaños reservados para pueblos originarios– asumió sus funciones el 4 de julio de 2021, con la exclusiva misión de redactar un proyecto de nueva Constitución, el que será sometido a la aprobación de la ciudadanía en un plebiscito de salida.

El proceso es una novedad, no solo para la historia constitucional chilena, sino que para la historia de los procesos constituyentes en el mundo. Como tal, existen diversas cuestiones no resueltas acerca del funcionamiento y atribuciones de la Convención, así como de la naturaleza del ejercicio constituyente. Una de ellas –la que da origen a este artículo– tiene relación con el papel asignado a los derechos humanos en el proceso constituyente y, más concretamente, si imponen o no límites materiales al ejercicio del poder constituyente.

## II. ¿QUÉ PODER SE EJERCE EN EL PROCESO CHILENO?

Para responder a la pregunta que inspira estos apuntes, resulta inevitable reflexionar sobre la naturaleza del poder constituyente que se ejerce a través

del proceso inaugurado el 25 de octubre de 2020. Existe una discusión no resuelta acerca de si se ha depositado, en la Convención Constitucional, el poder constituyente originario o derivado. La discusión es relevante, toda vez que, para muchos, de ella dependería la posibilidad de imponer límites a la capacidad de decisión del pueblo o si, por el contrario, estaría actuando libre de ataduras.

### *1. Teorías del poder constituyente originario y derivado*

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, siguiendo la definición de Nicola Matteucci, entiende la soberanía como la organización de un grupo humano que reconoce un centro de poder independiente y organizativo. Es, por tanto, el uso del poder legítimo. Se diferencia de la fuerza, como poder arbitrario y se identifica con el uso racional del poder<sup>1</sup>. Desde la creación del Estado de derecho, es la normativa jurídica la que impide la arbitrariedad de la autoridad. El derecho pasa a ser el fundamento de su legitimidad y establece tanto sus límites como la forma en que puede ejercer el poder. A su vez, la soberanía reside en el pueblo. Son las personas las que han dado legitimidad a las estructuras políticas con el fin de vivir en sociedad<sup>2</sup>.

La soberanía tiene dos dimensiones, interna y externa. En su faz externa, la soberanía es independencia y respeto frente a otros Estados. Es exclusión del poder de otros Estados y abstención de intervenir en los asuntos internos de estos. Por ello, el poder soberano se ha entendido tradicionalmente circunscrito al territorio geográfico donde reside el pueblo, terminando en la frontera limítrofe con otro Estado. En su faz interna, la soberanía se manifiesta en la forma de una “autoridad suprema y legítima, dentro del territorio”<sup>3</sup>. Es la autoridad más alta en la cadena de decisiones y puede ejecutarlas coercitivamente.

Desde el punto de vista de la legitimidad interna –elemento esencial del poder soberano–, el ejercicio democrático del poder se erige como base fundamental en la relación con la ciudadanía. La soberanía no es para los ciudadanos una caja negra e inescrutable, sino que tiene un contenido esencial que exige la participación política del pueblo<sup>4</sup>. Adicionalmente, el

---

<sup>1</sup> Cfr. MATTEUCCI (1982), pp. 1534-1535.

<sup>2</sup> Desde una perspectiva contractualista, el pueblo es el titular originario de la soberanía, de modo que cualquier ejercicio que no obedezca a su voluntad se entiende una usurpación de la misma. El modo en que debe expresarse esta voluntad, por supuesto, es objeto de discusión y punto de divergencia de dichas teorías. Cfr. LOCKE (2014) y ROUSSEAU (2012).

<sup>3</sup> PHILPOTT (1995), p. 357.

<sup>4</sup> JACKSON (1990).

régimen democrático constituye una garantía y condición de posibilidad del ejercicio de los derechos humanos, de modo que existe una relación de complementariedad entre estos<sup>5</sup>.

El reflejo más patente del ejercicio de la soberanía es el poder constituyente, que actúa en el momento fundante del orden institucional. A través de él, la sociedad establece las normas, principios y valores que guiarán, no solo la convivencia entre las personas, sino, también, la legitimidad y límites de la autoridad.

Para Carl Schmitt, el poder constituyente sería:

“La voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”<sup>6</sup>.

Enfatizando el momento de intervención del poder constituyente, Pablo Lucas Verdú lo definió como:

“La voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política”<sup>7</sup>.

Tradicionalmente se ha categorizado las intervenciones del poder constituyente en dos: Originario y derivado. Dicha categorización dependerá de si el ejercicio del poder constituyente se da en el marco de una Carta Fundamental que le precede (derivado) o si, por el contrario, no se sujeta a las normas constitucionales previas (originario). Sin perjuicio de que existen corrientes doctrinarias más recientes que postulan la extinción de esta diferenciación, lo cierto es que las categorías siguen teniendo peso analítico y, sobre todo, simbólico.

El poder constituyente originario, parafraseando a Emmanuel Sieyès<sup>8</sup>, es el poder para reemplazar el antiguo régimen. Para buena parte de la doctrina, se identifica con un poder total, autónomo, absoluto e ilimitado. Esta independencia se manifiesta en una “competencia total; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo”<sup>9</sup>. Esta forma del poder constituyente se caracteriza por su libertad total. Típicamente, se identifica con el surgimiento de los Estados o con momentos de ruptura institucional.

---

<sup>5</sup> Cfr. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948), art. 21.

<sup>6</sup> SCHMITT (1982), pp. 93-94.

<sup>7</sup> LUCAS (1983), p. 583.

<sup>8</sup> SIEYÈS (2019).

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ (1993), p. 144.

Acarrea, pues, el ejercicio de un poder de reemplazo de las normas constitucionales anteriores, de cambio constitucional.

Por el contrario, el poder constituyente derivado, se sujeta a las reglas que la propia Constitución le establece. Este ejercicio está asociado con el poder de reforma constitucional<sup>10</sup>, es decir, la capacidad de hacer ajustes necesarios en el orden fundamental que permitan al pueblo ejercer su soberanía fuera de los espacios excepcionales de intervención del poder originario. Sin embargo, para muchos, este poder no se circunscribe únicamente a realizar modificaciones parciales, sino que también pueden ser generales (modificar el sistema social político del Estado)<sup>11</sup>.

Por definición, el ejercicio del poder constituyente derivado se encuentra limitado por el ejercicio anterior del poder constituyente originario. Dicho de otra forma, su legitimidad jurídica depende de las decisiones del poder que le precede. Las limitaciones que se incluyen en la Constitución para su reforma son generalmente procedimentales, es decir, se regula los mecanismos para su modificación (quórum, plebiscitos, asambleas, etcétera).

Sin embargo, no hay una posición unitaria respecto a los eventuales límites materiales que se puedan imponer al poder constituyente. En este sentido, parte de la doctrina considera que, incluso en el ejercicio del poder constituyente derivado, este:

“Puede disponer de su propia Constitución, sin sujeción a ningún límite material, dado que de esa forma el pueblo puede, de manera pacífica, o sea, jurídicamente, adoptar en cada momento histórico el orden político que más convenga a sus intereses”<sup>12</sup>.

Por otro lado, hay autores que plantean que los límites al poder constituyente en las sociedades actuales se producen incluso en el ejercicio del poder constituyente originario. En ese sentido, Humberto Nogueira cree que:

“Un Estado sólo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente, como son, por ejemplo, las normas de *ius cogens* o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del Derecho Internacional convencional, incorporadas válidamente al Derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión”<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cfr. NOGUEIRA (2009).

<sup>11</sup> Cfr. HERNANDEZ (1993), p. 147.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> NOGUEIRA (2009), p. 251.

La breve reseña de los párrafos anteriores, por supuesto, no pretende ser exhaustiva. Simplemente hemos querido dar cuenta de tres rasgos fundamentales acerca de las teorías del poder constituyente:

- i) El poder constituyente es un poder propio de la soberanía. En ese sentido, no puede estar exento de los parámetros de legitimidad que la perspectiva democrática moderna exige. Su titular es el pueblo y su ejercicio debe producirse por este.
- ii) Existe una distinción doctrinariamente relevante, entre poder constituyente originario o derivado, que se relaciona con los límites que se pueden imponer a uno y a otro. Sin embargo, los parámetros de distinción entre estos no son materia pacífica y admiten zonas grises.
- iii) Incluso frente al ejercicio del poder originario, existen desacuerdos en torno a si este ha de ser absolutamente libre e ilimitado, o si, por el contrario, reconoce límites materiales.

## *2. El proceso chileno y el poder constituyente de Erwin Schrödinger.*

Permítasenos, por un segundo, echar mano a una analogía más o menos colorida. En 1935, Erwin Schrödinger diseñó un experimento mental, a estas alturas clásico no solo para la física cuántica, sino que en la cultura general<sup>14</sup>. Mientras la caja se mantiene cerrada, el gato de Schrödinger está al mismo tiempo vivo y muerto. Solo cuando la caja se abre, colapsa la función y sabemos qué había dentro. Justamente, en este apartado argumentaremos que algo similar sucede con el proceso constituyente chileno. Los diversos elementos que lo definen hacen difícil –y, hasta cierto punto, infructuoso– intentar determinar de forma dicotómica qué tipo de poder constituyente se ha ejercido y se ejercerá a lo largo del proceso.

En efecto, responder a la pregunta de qué poder constituyente (si el originario o el derivado) detenta la Convención Constitucional en Chile no es fácil. No lo es, pues las atribuciones que típicamente se le entregan al poder constituyente originario (el reemplazo de la Constitución, y no su mera reforma), se encuentran radicadas en un órgano creado por y bajo las reglas de la actual Constitución, que además le imponen ciertos límites. Adicional-

---

<sup>14</sup> Un gato es encerrado en una caja con un átomo radiactivo, un detector de radiación y un frasco de veneno. Si el átomo decae, el detector registra radiación y libera el veneno. De acuerdo con la mecánica cuántica, los estados del átomo se encuentran teóricamente superpuestos y es solo la medición (la observación) la que determina uno u otro. Así, el gato –cuya vida o muerte se encuentra atada al estado del átomo– sufre la misma superposición de estados, hasta que la caja se abre y se produce la medición.

mente, el carácter determinante de las intervenciones del pueblo, más allá de la elección de representantes (es decir, a través de los plebiscitos de entrada y salida), junto con lo restringido del mandato de la Convención (solo redactar una propuesta, sin poder alterar por sí misma las normas constitucionales vigentes) obligan a revisar la idea de que el poder constituyente esté radicado en la Convención. En realidad, la forma del proceso constituyente demuestra que el soberano –que, como lo hemos dicho, es el titular legítimo del poder constituyente<sup>15</sup>– sigue siendo, en todo momento, el pueblo. Por ello, y sin perjuicio de que sea la Convención el órgano a cargo de redactar el proyecto de nueva Constitución que someterá a aprobación del pueblo, nos parece mucho más correcto preguntarnos cuál es el poder constituyente que se está ejerciendo a través del proceso iniciado por el plebiscito del 25 de octubre de 2020.

Partiremos por decir que esta es una pregunta que no puede responderse categóricamente mientras el proceso se encuentra en curso. Ello, pues las intervenciones de los poderes derivado y originario se identifican por lo que hacen y no por lo que declaran que hacen. En otras palabras, el ejercicio del poder constituyente es hasta tal punto político, que su categorización jurídica se produce siempre *a posteriori*. Sin perjuicio de lo anterior, existen elementos en las normas constitucionales habilitantes del proceso, así como en las normas reglamentarias que la propia Convención ha aprobado, que pueden aportar a la discusión que nos interesa en este artículo.

La Ley n.º 21200 de reforma constitucional, que dio origen al proceso constituyente actual, introdujo en la Constitución las normas básicas de funcionamiento de la Convención. Así, delineó un órgano autónomo, pero no soberano; encargado exclusivamente de la redacción de un proyecto de nueva Constitución, pero incapaz de aprobarlo por sí mismo, cuestión entregada directamente al pueblo. Es el pueblo el que, a través del plebiscito de entrada, la convocó y le dio su forma<sup>16</sup>. Es el pueblo el que, a través de las elecciones de convencionales, decidió quiénes redactarían el proyecto de nueva Constitución<sup>17</sup>. Y es el pueblo, también, el que sancionará la nueva

---

<sup>15</sup> SIEYÉS (2019).

<sup>16</sup> Incluso antes de esto, es indudable que fueron las masivas manifestaciones de octubre de 2019 las que llevaron a casi la totalidad de las fuerzas políticas representadas en el Congreso a celebrar el acuerdo del 15 de noviembre del mismo año. El proceso constituyente es, en su origen, resultado de la demanda ciudadana por una nueva Constitución y de la presión ejercida sobre la totalidad del sistema político por décadas. En este sentido, léase ZAPATA (2020), especialmente el preámbulo.

<sup>17</sup> Agreguemos a esto que después del acuerdo del 15 de noviembre 2019 e, incluso, después del plebiscito, fueron las demandas ciudadanas por participación de independientes y paridad de género, así como por escaños reservados para los pueblos originarios, las que

Ley Fundamental, decidiendo si acepta o no el proyecto que la Convención le proponga, en el plebiscito de salida. En otras palabras, la Convención deriva toda su legitimidad –tanto jurídica como política– de las tres intervenciones ciudadanas que dan forma al proceso.

Adicionalmente, a pesar de las amplias potestades de la Convención para dictar sus normas internas de funcionamiento, el Congreso –a través de la reforma–, trazó los márgenes esenciales dentro de los cuales habría de operar. Estos márgenes son tanto procedimentales como sustantivos. Así, en lo procedimental, se establecieron dos normas cruciales: el quórum de dos tercios para aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas y la llamada hoja en blanco (normalmente asociada a la norma de derogación orgánica de la Constitución de 1980, en caso de aprobarse la nueva en el plebiscito de salida). Adicionalmente, se determinó el estatuto de los convencionales, no solo en lo relativo a su elección, sino que, también, a su ejercicio, cesación y reemplazo, haciéndoles aplicables ciertas normas relativas a las diputadas y los diputados.

En cuanto a lo sustantivo, la norma constitucional prescribe 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”<sup>18</sup>. Es decir, el Congreso, en tanto constituyente derivado, incorporó, en la norma habilitante del proceso de cambio constitucional, ciertos mínimos que no podrían ser desconocidos. Esto parece contradecir la idea de que se esté ejerciendo un poder constituyente originario, toda vez que, por definición, este no tendría (ni reconocería) límite alguno. La existencia de materias no sujetas a deliberación en el marco del proceso constituyente implicaría, para algunos, una demarcación propia de los poderes derivados<sup>19</sup>. Con todo, veremos en el apartado siguiente (II.3) que la eficacia de estos límites materiales debe matizarse, ante la ausencia de mecanismos de control jurídicos distintos del control político del plebiscito de salida.

La Convención, por su parte, ha actuado en modos difíciles de situar en este plano binario de lo originario y lo derivado. Para aprobar sus reglamentos, decidió votarlos por mayoría absoluta<sup>20</sup>. Todos ellos, incluidas las

---

impulsaron la aprobación de dos sucesivas reformas constitucionales: las leyes n.º 21216 y 21298, respectivamente. Estas normas, qué duda cabe, permitieron que la composición de la Convención fuera enormemente distinta de la composición del Congreso, dándole al proceso constituyente un carácter político sustantivamente innovador.

<sup>18</sup> DECRETO n.º 100 (2005), art. 133.

<sup>19</sup> Por ejemplo, HERNANDEZ (1993).

<sup>20</sup> Esto, sin perjuicio de que, al producirse la votación en general, todos los reglamentos fueron aprobados por más de dos tercios.

“normas de votación”<sup>21</sup>. Sin embargo, en ese ejercicio de votación, aprobó e hizo propia la regla constitucional de los dos tercios para la aprobación de las normas del proyecto de nueva Constitución, incorporándola en su reglamento general<sup>22</sup> e imponiendo el mismo quórum ( $2/3$ ) para su posterior reforma<sup>23</sup>, consolidándola, en la práctica, como irreformable. Estableció, en su reglamento, normas sobre realización de plebiscitos dirimientes (hipótesis no contemplada en la Constitución); pero, para asegurar su validez, aclaró en la misma norma que requerirá al Congreso su incorporación formal a través de una reforma constitucional<sup>24</sup>. Declaró, en su reglamento general, que había sido convocada “para ejercer el poder constituyente originario”<sup>25</sup>; a la vez que reconoció, en el mismo art. 1º, su naturaleza de mandataria del pueblo, encargada únicamente de redactar una propuesta de nueva Constitución y, en el art. 3º, su deber de reconocer y aplicar la supremacía de los derechos humanos como principio rector de su actuar<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> Así se resolvió en la sesión n.º 20 del Pleno de la Convención Constitucional, de 14 de septiembre de 2021.

<sup>22</sup> Así, el art. 96 del Reglamento General de la Convención Constitucional, dispone: “finalizado el debate, la propuesta de norma constitucional será sometida a votación en el Pleno y se aprobará sin más trámite en caso de obtener el voto a favor de dos tercios de las y los convencionales en ejercicio”.

<sup>23</sup> El mismo cuerpo normativo, en su art. 103 sobre “Modificación del Reglamento”, establece: “Las proposiciones para modificar este artículo y los artículos 96 y 97 del presente Reglamento deberán ser presentadas por un tercio de las y los integrantes de la Convención y serán aprobadas por dos tercios de las y los convencionales constituyentes en ejercicio”.

<sup>24</sup> En la norma aprobada por la Convención, para el Reglamento de Participación Popular, se establece expresamente: “Para la convocatoria a plebiscito deberán llevarse a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en este reglamento”.

<sup>25</sup> El Reglamento General, en el art. 1º sobre “Naturaleza y finalidad de la Convención” dispone, en su inc. 1º: “La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario. La Convención reconoce que la soberanía reside en los pueblos y que está mandatada para redactar una propuesta de Constitución, que será sometida a un plebiscito. Las normas del presente reglamento se interpretarán en el sentido que facilite este fin”.

<sup>26</sup> Su art. 3º, en los incisos 1º y 2º letra a), establece: “Artículo 3.- Principios rectores del Reglamento. Los principios rectores constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente, teniendo todos la misma relevancia.

El presente Reglamento y el actuar de la Convención Constitucional deberán respetar y aplicar los siguientes principios:

a) Preeminencia de Derechos Humanos. Marco conceptual, metodológico e interpretativo cuyo fin es promover, proteger y dar cumplimiento irrestricto a los principios, derechos y estándares reconocidos en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos”.

Por último, el carácter rupturista del proceso constituyente solo será constatable una vez que haya terminado el proceso... y quizá ni siquiera entonces. Esto no solo es cierto si se piensa que el poder constituyente originario implica una ruptura institucional (la idea schmittiana de decidir sobre la excepción). También lo es si se comprende lo originario desde la ruptura, ya no con la institucionalidad vigente, sino con el régimen anterior. Solo sabremos si el orden instaurado por el proceso constituyente es un orden nuevo, distinto, una vez que las normas constitucionales (si llegan a aprobarse), entren en vigor y produzcan sus efectos.

En otras palabras, el proceso constituyente chileno pareciera no ajustarse perfectamente a ninguna de las categorías desarrolladas más atrás (poder constituyente originario o derivado), al menos no en el momento en que se escribe este artículo. Siendo cierto que sus normas habilitantes fueron aprobadas por una reforma constitucional y, por tanto, bajo la institucionalidad vigente; no puede ignorarse lo determinante que para ello fue la presión ciudadana ejercida sobre el sistema político, así como para la incorporación de nuevas reglas, incluso después de iniciado el proceso. Tampoco puede soslayarse que la propia reforma constitucional depositó directamente en el pueblo –es decir, el titular original de la soberanía y el poder constituyente– la potestad de abrir el proceso, elegir a sus representantes y transformar el proyecto emanado de la Convención en la nueva Constitución de Chile. Todo ello lleva a caracterizar este proceso como uno de naturaleza híbrida, nacido al amparo de las reglas constitucionales vigentes, pero bajo el poder determinante del pueblo. El proceso chileno, cual gato de Schrödinger, vive simultáneamente dos estados.

### *3. El problema de la eficacia de los límites materiales*

Lo anterior es reforzado por el hecho de que los límites materiales impuestos por la reforma constitucional de 2019 –el carácter republicano y democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales–, carecen de un mecanismo de control eficaz. Ello, pues el art. 136 de la Constitución, que estableció el procedimiento especial de reclamación ante la Corte Suprema, solo habilita para:

“Reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> DECRETO N.º 100 (2005), art. 136.

De hecho, la misma norma explicita que “en ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración”<sup>28</sup>.

Estas normas cuestionan qué tan real es la limitación impuesta al constituyente en el proceso chileno, al menos en cuanto a los límites sustantivos. La ausencia de un mecanismo de control pone una duda acerca de su vinculatoriedad jurídica. Esta indeterminación acerca de la naturaleza jurídica de la norma, junto con la diversidad de interpretaciones posibles acerca de qué importaría estos límites, arriesga, además, producir tensiones al interior de la Convención y, eventualmente, con los demás poderes constituidos.

A nuestro juicio, la norma sobre límites materiales consagra una suerte de deber blando, que pretende, más bien, delinear los contornos de legitimidad política para la Convención, pero que no puede ser controlado sino por el pueblo en el plebiscito de salida. Si un sector de la Convención o, para estos efectos, de la ciudadanía, constatará una transgresión de estos mínimos, tendrá más herramientas para impugnar el proceso políticamente y, eventualmente, abogar por el rechazo del proyecto de nueva Constitución en el plebiscito de salida. Será, pues, el pueblo quien juzgue si se han respetado o no estas bases de legitimidad.

Adicionalmente, habría que preguntarse hasta qué punto los mínimos en ella dibujados son verdaderas barreras para el poder constituyente. ¿Sería la voluntad de la Convención, primero, y del pueblo, después, alterar el carácter de república del Estado, reemplazándolo por un gobierno monárquico? En ausencia de esta norma, ¿habría voluntad para abandonar las formas democráticas para constitucionalizar un régimen totalitario? La discusión sobre las sentencias firmes y ejecutoriadas puede parecer un poco más pedregosa, a la luz de la relevancia política que ha adquirido la situación de los llamados “presos de la revuelta”, pero, incluso, si se decidiera incluir una norma de indulto o amnistía en un artículo transitorio, la Constitución vigente descarta que ello sea atentar contra sentencias firmes y ejecutoriadas<sup>29</sup>.

Respecto de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, debe recordarse que los deberes de cumplimiento de los tratados no importan una obligación de constitucionalizar sus disposiciones. En este sentido, la convención constitucional solo infringiría su obligación de respeto de los tratados en la medida que incorporara en el proyecto de nueva Constitución propuestas de artículos directamente contrarios a alguna norma contenida en ellos.

No obstante, los tratados internacionales sobre derechos humanos son un tipo muy especial de instrumento internacional. Por un lado, por cuanto

<sup>28</sup> DECRETO n.º 100 (2005), art. 136.

<sup>29</sup> Véase DECRETO n.º 100 (2005), art. 76, en relación con los arts. 63 n.º16 y 65 inc. 2º, todos de la Constitución actual.

obligan al respeto, protección y promoción por los derechos humanos (en cuyo marco la constitucionalización, sin perjuicio de no ser exigible, puede, a veces, mostrarse como la vía más idónea). Por otro, en la medida en que su contenido normativo y simbólico se encuentra íntimamente ligado con las movilizaciones y demandas que dieron origen al proceso constituyente en curso. Esta especial naturaleza los hace merecedores, a nuestro juicio, de una reflexión aparte.

### III. SOBRE EL VALOR DE LOS LÍMITES MATERIALES.

#### ¿PUEDEN SER LOS DDHH VERDADEROS LÍMITES AL PODER CONSTITUYENTE?

Los avances en el derecho internacional y la creación de organismos supraestatales han modificado la forma de entender el derecho interno y la comprensión westfaliana de la soberanía, como absoluta. La creación y reconocimiento de normas y principios que trascienden los límites geográficos de cada país plantea nuevas problemáticas, como los límites a las facultades normativas de los Estados que participan en la comunidad internacional y la forma de resolver los conflictos que se producen entre ambos estatutos. La pregunta crucial es, ¿qué relación existe (si existe alguna) entre las normas dictadas en el ámbito local (por el Estado soberano) y aquellas adoptadas en el ámbito internacional (entre Estados soberanos)?

Las teorías dualistas señalan que el Estado es un sistema jurídico distinto, cerrado y autosuficiente. El derecho internacional es un estatuto separado y solo puede afectar o beneficiar a otro Estado, no directamente a las personas. Se manifiesta en la relación entre dos o más Estados (política exterior) y para que estas normas apliquen en un país deben transformarse en una norma nacional<sup>30</sup>.

Por otro lado, las teorías monistas afirman que hay un solo sistema jurídico del que son parte tanto el derecho internacional como el nacional. El derecho internacional no requiere de un acto legislativo posterior para tener vigencia en el ámbito interno<sup>31</sup>. Además, puedan hallarse contradicciones en la práctica, en tanto son parte de un único sistema normativo, se debe buscar su unidad y uniformidad.

En cuanto a la relación entre estos estatutos jurídicos, existen diversas posiciones. Hans Kelsen, desde su preocupación por la garantía de la paz

---

<sup>30</sup> Cfr. GAETE (1996), p. 262.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, pp. 263-264.

entre los Estados, propone la primacía del derecho internacional, por lo que el derecho nacional se subordinaría a este<sup>32</sup>. Alfred Verdross, por su parte, fundamenta una forma más moderada de subordinación, en la regla *pacta sunt servanda*<sup>33</sup>. Más moderada, por cuanto no se produciría la nulidad de una norma interna opuesta al derecho internacional, pero sí generaría la responsabilidad del Estado.

La discusión sobre la doctrina que ha adoptado cada país es relevante, especialmente cuando hablamos de derechos humanos y de los tratados que los contienen. Una concepción monista establecerá que estos se incorporan en el derecho interno, con plena vigencia, automáticamente. En cambio, un sistema dualista requerirá siempre una norma interna que los haga aplicable<sup>34</sup>.

En Chile la estructura de incorporación de tratados regulada en la Constitución es de naturaleza dualista. Teodoro Ribera señala al respecto que a pesar de las modificaciones en el art. 5° de la Constitución, no existe en el ordenamiento jurídico nacional ninguna disposición que haga “una remisión automática y sin exclusiones al derecho internacional, como orden jurídico autónomo y diverso del derecho interno”<sup>35</sup>.

Con todo, la expresa incorporación de límites materiales al poder constituyente ejercido en el proceso actual, relativos al respeto por los tratados internacionales; así como la declaración de la Convención en orden a sujetar su actuar al respeto por los derechos humanos, obligan a la pregunta de cuál es el valor normativo que tendrán los tratados internacionales sobre derechos humanos. Hemos dicho más atrás que estos límites sustantivos carecen de un mecanismo de control que les dé eficacia jurídica, al menos explícitamente. Sin embargo, la cuestión de la relación entre el poder constituyente y los derechos humanos sigue siendo un problema no resuelto en la doctrina, especialmente la legitimidad que tendrían las acciones del constituyente si atentaran contra los derechos humanos. En los siguientes apartados, revisaremos algunas de estas posiciones doctrinarias, para proponer una aproximación al actual proceso constituyente.

### 1. *El poder constituyente ilimitado*

La teoría del realismo jurídico niega toda posibilidad de limitar al poder constituyente. El momento fundante sería pura violencia, poder desordenado

---

<sup>32</sup> Cfr. Kelsen (2021).

<sup>33</sup> Cfr. Verdross (1976), pp. 95-97.

<sup>34</sup> Cfr. Nogueira (1993), p. 894.

<sup>35</sup> Cfr. Ribera (2007), p. 520.

que no puede estar limitado de ninguna forma. No queda circunscrito por la normativa constitucional previa, ni menos por normativa internacional. Incluso más allá del momento fundacional (de la irrupción del poder originario), el poder constituyente derivado no tendría otras ataduras que las que le hubieren sido expresamente impuestas por el constituyente originario<sup>36</sup>.

De esta forma, el poder constituyente no estaría limitado por los acuerdos formales con otros pueblos, aunque se encuentren vigentes según la normativa internacional de los tratados. Incluso podría desconocer los derechos humanos. Si el poder constituyente no tiene limitación alguna y, así lo establece, podría constitucionalizar disposiciones frontalmente contrarias a los derechos humanos (por ejemplo, podría negar el ejercicio de la libertad de expresión a través de mecanismos de control y censura previa o establecer la prohibición de profesar religiones distintas a la oficial).

Néstor Sagüés, citando el texto *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, de Charles Eisenmann, señala en el mismo sentido:

“[...] ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso [...]”<sup>37</sup>.

De tal forma, el poder constituyente se ve como una fuerza que no puede limitarse en su ejercicio. Esto aplica, en lo material, incluso para el poder constituyente derivado.

Para Carl Schmitt, de hecho, el poder constituyente puede adoptar distintas formas: el pueblo, el monarca o, incluso, un grupo de poder dentro del Estado, pero siempre estará “fuera y por encima de toda regulación constitucional”<sup>38</sup>.

Antonio Negri afirma en el mismo sentido:

“El poder constituyente presenta la naturaleza de un poder originario o de un contrapoder absoluto, como potencia ciertamente determinada históricamente, pero, al mismo tiempo, despojada desde el principio de toda trama existencial e instalada en las determinaciones abstractas del acontecimiento puro y de la violencia”<sup>39</sup>.

Estos autores consideran que el poder constituyente no puede estar limitado en su ejercicio por normas internas del propio país o de la Carta

---

<sup>36</sup> Como hemos dicho más atrás, estas ataduras tienen típicamente una naturaleza procedimental.

<sup>37</sup> SAGÜÉS (2009), pp. 152-153.

<sup>38</sup> SCHMITT (1982), p. 237.

<sup>39</sup> NEGRI (2015), p. 12.

Fundamental que le precede, y menos por potencias o normas externas – dentro de las cuales estaría el estatuto jurídico de derechos humanos–. Lo anterior, debido a que el concepto mismo de poder constituyente implica una fuerza extraña al derecho, sin amarras jurídicas. Estas amarras, como es evidente, no pueden provenir ni siquiera del reconocimiento previo de derechos humanos. Todo puede ser decidido por él. La Constitución es la norma más alta y el poder constituyente es anterior a ella, por lo que no puede estar sujeto a sus normas ni tampoco al ordenamiento jurídico que deriva su validez de estas<sup>40</sup>.

Respecto de los límites que pueden imponerse al poder constituyente derivado, resulta interesante revisar –aunque sea anecdóticamente– la discusión suscitada en Chile a propósito del caso *La última tentación de Cristo*. En este caso llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o indistintamente Corte), el Estado fue condenado por infringir la prohibición de censura previa y se le recomendó modificar su normativa respecto a la libertad de pensamiento y expresión<sup>41</sup>. Mientras el caso aún estaba tramitándose en la Corte, en Chile se inició un proceso de reforma constitucional, destinado precisamente a modificar la normativa relativa a este derecho. Durante la discusión del proyecto en el Senado, algunos parlamentarios se manifestaron en contra de la influencia del estatuto de derechos humanos, o de la Corte IDH, mostrando una concepción afín a la que hemos llamado teoría ilimitada del poder constituyente.

En efecto, el entonces senador Andrés Chadwick, afirmó en la sesión:

“Antes de entrar directamente en el tema, quiero señalar que ella [la reforma] no responde ni obedece a ninguna voluntad externa. No estamos obligados a incorporarla porque existan tratados internacionales sobre la materia, pues ninguno de éstos se halla por sobre la Constitución; ni tampoco porque existan sentencias o porque tribunales internacionales se hayan pronunciado con respecto al asunto. La conocemos por la voluntad soberana que tiene este Parlamento de ejercer su facultad constituyente, sin necesidad de estar subordinado a ninguna legislación internacional ni a ninguna resolución de tribunal internacional. De hecho, esta reforma se está tramitando aquí desde hace bastante tiempo”<sup>42</sup>.

En otras palabras, el senador reafirmaba la facultad del Estado, en tanto soberano, para mantener en su orden constitucional, incluso, una norma que fuese contraria a los derechos humanos. Con ello, y más allá de su vo-

---

<sup>40</sup> Cfr. OYARTE (1998), p. 66.

<sup>41</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001), p. 39.

<sup>42</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2001). Senado. Legislatura 343, Sesión 40.

tación en el proyecto concreto, buscaba aclarar que el ejercicio del poder constituyente no se ve influido por los tratados internacionales de derechos humanos o la jurisprudencia que lo interpreta.

## 2. *El poder constituyente limitado por convenciones*

En las antípodas de la teoría expuesta en el apartado anterior, se encuentra la noción de que el poder constituyente reconoce límites materiales autoimpuestos (mediante, por ejemplo, convenciones internacionales). El poder constituyente se puede limitar a sí mismo válidamente y, en ese sentido, los tratados no coartan su libertad soberana, toda vez que es él mismo el que ha decidido, también soberanamente, vincularse de este modo. Esto quiere decir que, mientras esté vigente el tratado, no puede, a través del ejercicio del poder constituyente, desdecirse de la obligación internacional. Si quisiera hacerlo, necesitaría cumplir con el procedimiento previamente acordado para abandonarlo.

Para parte de la doctrina, esto sería cierto, no solo respecto del poder constituyente derivado (sobre el cual, naturalmente, podrían regir ciertos límites procedimentales autoimpuestos), sino, también, respecto del poder constituyente originario. En efecto, para autores como Humberto Nogueira, las normas internacionales válidamente ratificadas por un Estado son indisponibles para el poder constituyente, que solo puede decidir con absoluta autonomía y poder sobre las normas internas. Incluso el poder constituyente originario:

“Queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales. La decisión de un constituyente de dotar de aplicabilidad irreversible a determinados sistemas normativos internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo poder constituyente originario es, en tales casos, la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada”<sup>43</sup>.

Esta doctrina sobre la validez de las limitaciones convencionales se relaciona con la teoría de los actos propios: “nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos”<sup>44</sup>. En este caso, ni aun el poder constituyente puede desligarse de los tratados –incluidos muy especialmente los tratados internacionales de derechos humanos– si no es por los mecanismos estipulados

---

<sup>43</sup> NOGUEIRA (2009), p. 251.

<sup>44</sup> PARDO DE CARVALLO (1991), p. 49. “*Venire contra factum proprium non valet*”.

y acordados para ello en el orden internacional. Por lo anterior, la soberanía, manifestada en el poder constituyente o en la creación de una ley, no podría derogar un tratado, desentendiéndose de sus obligaciones internacionales.

La teoría encuentra su correlato normativo en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 que consagra la regla del *pacta sunt servanda*, estableciendo: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]”<sup>45</sup>. Este principio es elevado a un límite que, incluso, el poder constituyente debe reconocer, condicionando la legitimidad de su ejercicio.

En este contexto, el poder constituyente no podría alterar las normas internacionales que condicionan su acción legítima, como las normas de *ius cogens*, los tratados sobre fronteras y los provenientes de acuerdos incorporados válidamente a la normativa nacional y que no admiten denuncia o revisión. Es en esta decisión del constituyente, en la de aplicar normas de carácter irreversible –como el estatuto de derechos humanos–, en la que se justificaría la limitación de su posterior ejercicio. Las acciones previas del poder constituyente van creando un ordenamiento jurídico complejo, compuesto de principios, derechos, valores y normas, que, precisamente por hallarse más allá de los límites de las normas internas respecto de las cuales puede ejercer su poder omnímodo, no son disponibles ni pueden ser afectados por un nuevo ejercicio de poder constituyente<sup>46</sup>.

Nuevamente, puede ser ilustrativo acudir al debate producido en el seno del Congreso Nacional, a propósito de la reforma constitucional que eliminó la censura cinematográfica. Durante el paso del proyecto por el Senado, contra lo que argumentado por el senador Andrés Chadwick (y que hemos citado más atrás), el entonces senador José Antonio Viera-Gallo señaló, para sustentar su posición en favor de la reforma:

“Yo estimo, a diferencia del Senador señor Chadwick –único punto en esta materia respecto del cual difiero con él– que estamos dando cumplimiento a una sentencia de dicha Corte. Y no podríamos proceder de otra manera, porque Chile voluntariamente se sometió a su jurisdicción. Es decir, firmó un tratado, no sólo referente a la creación de dicho tribunal, sino que se sometió a su jurisdicción. El Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nosotros estamos dando cumplimiento a dicho fallo mediante un acto positivo, que es eliminar la censura”<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> CONVENCIÓN DE VIENA (1969), arts. 27 y 46.

<sup>46</sup> Cfr. NOGUEIRA (2009).

<sup>47</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2001). Senado. Legislatura 343, Sesión 40.

En otras palabras, lo que reconocía, entonces, era el deber del poder constituyente de adecuar su actuar a las obligaciones internacionales del Estado de Chile y, en específico, al respeto debido a los derechos humanos. Ello, incluso, bajo la forma de una interpretación concreta de la Corte. La voluntad soberana del constituyente de mantener una norma contraria a dicho estatuto no sería voluntad legítima ni, por tanto, invocable para excepcionarse.

La Corte IDH, a través de diversos pronunciamientos, ha ejercido su potestad de tutelar los derechos humanos –específicamente, de aquellos estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o indistintamente la Convención)– incluso frente a decisiones constituyentes de los Estados. Por ejemplo, durante la elaboración de la Constitución de 1993, el Congreso Constituyente de Perú quiso restablecer la pena de muerte en ciertos casos. La Corte IDH, a solicitud de la CIDH, analizó el alcance de las obligaciones de promoción y respeto por los derechos humanos derivadas de la CADH. En la opinión consultiva 14/94 señaló que, si las obligaciones adquiridas por un Estado al suscribir la Convención consisten en adoptar medidas para su aplicación, ellas importan también (y con mayor razón) una obligación de no adoptar medidas que vayan en contra del su objeto y fin de la misma Convención. Resolvió, además, que la eventual promulgación de una reforma que es manifiestamente contraria a las obligaciones que ha suscrito Perú, constituiría una violación a la Convención que generaría responsabilidad internacional<sup>48</sup>.

Lo mismo ocurrió en el proceso de reforma constitucional de Costa Rica que, reconociendo implícitamente que los tratados suscritos por el Estado importan un límite al ejercicio del poder constituyente, consultó a la Corte la compatibilidad de la propuesta de reforma con la Convención. En esa consulta, la Corte concluyó que la modificación al art. 14.4 de la Constitución, era contraria a la Convención<sup>49</sup>. Durante el proceso legislativo, la reforma fue ajustada, aunque en un modo que no daba suficiente cuenta de las objeciones dirigidas a ella por la Corte IDH. No obstante, en 1992 una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica n.º 3435-92 hizo eco de las objeciones de la Corte IDH resolviendo que los términos ‘hombre’ o ‘mujer’, habrían de entenderse como sinónimos de ‘persona’, para evitar incurrir en discriminaciones por razón de género. Finalmente, en 1999 el

---

<sup>48</sup> Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1994).

<sup>49</sup> Véase en CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1984).

“Que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges”.

Congreso aprobó la ley de reforma constitucional n.º 7065 que incorporó una norma al tenor de la opinión de la Corte IDH.

Todos estos son casos en que el ejercicio del poder constituyente se ha entendido a sí mismo como supeditado a las obligaciones internacionales que, en materia de derechos humanos, han adquirido los Estados. Con efectos más o menos directos, la interpretación que la Corte IDH hizo del contenido de estos derechos se impuso al poder constituyente. Con todo, los pronunciamientos de la Corte IDH no recaen (no pueden recaer) sobre la validez interna o efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho interno. En palabras de la misma Corte IDH, “esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho”<sup>50</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, Carlos Ayala –comisionado de la CIDH entre los años 1996 a 1999– ha prevenido que, si bien se puede denunciar un tratado de derechos humanos siguiendo las formalidades establecidas en él, esto no tendrá vigencia inmediata, ni liberará al Estado de las obligaciones que se haya asumido mientras estuvo vigente. Tampoco hace perder a los derechos fundamentales reconocidos en el tratado denunciado,

“Su condición de derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, su condición de derechos constitucionales tutelables en todo momento en el orden interno constitucional”<sup>51</sup>.

### 3. *El poder constituyente determinado por un contenido*

Finalmente, entre estas dos posiciones dicotómicas (limitado versus ilimitado) aparece una tercera que permite compatibilizar por un lado el ejercicio democrático y soberano del poder constituyente y, por otro, el carácter indisponible de los derechos humanos. Esta posición surge de la idea de que los pueblos, como titulares del ejercicio del poder constituyente, construyen una identidad que puede, incluso, limitar su actuar, ya no por razones externas a su voluntad democráticamente manifestada, sino por construcciones internas, derivadas precisamente de su voluntad persistente en el tiempo.

Esta teoría parte de la noción de que los pueblos pueden autodeterminarse libremente. Pero las sociedades, los pueblos, los Estados, no existen en un mundo ideal o abstracto, ni actúan en el vacío. Son entes relacionales que existen en un mundo de constante interacción y diálogo con otros. En ese diálogo, van construyendo su identidad, sus intereses y dotando de conte-

<sup>50</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1994), párr. 34.

<sup>51</sup> AYALA (2002), p. 35.

nido al poder constituyente. Hay cosas que se transforman en indisponibles para este, porque son parte de la identidad de la ciudadanía, que le da vida.

Lo anterior encuentra sus fundamentos teóricos en la doctrina constructivista. De acuerdo con esta doctrina, no solo los individuos, sino que, también, los entes colectivos (los Estados, los pueblos) desarrollan identidades, es decir, autocomprensiones relativamente estables, intereses y preferencias frente situaciones particulares de actuación<sup>52</sup>. La identidad, como es evidente, no es estática, sino que depende del desarrollo de la historia, la cultura, la política y el contexto social. Sin embargo, va adquiriendo estabilidad, toda vez que corresponde a una construcción intersubjetiva, moldeada por la conducta del colectivo, pero indisponible para el Estado<sup>53</sup>.

La pregunta, entonces, ya no es si el poder constituyente puede, en un sentido de validez jurídica, tomar tal o cual decisión. La pregunta es si el poder constituyente puede, en un sentido fáctico, tomar tal o cual decisión. Dicho de otro modo, no nos hallamos ya en el plano abstracto de las potestades jurídicas que determinan la validez de una decisión. Por el contrario, nos situamos en el plano del espectro de decisiones que verdaderamente están a disposición el poder constituyente. El punto, para ejemplificarlo, no es si teóricamente puede la Convención restaurar la esclavitud en Chile, sino, más bien, si el poder constituyente chileno, en esta coyuntura particular, tomando en cuenta su historia e identidad colectivamente construida, tiene en realidad esa alternativa.

La respuesta desde este punto de vista sería que no. El poder constituyente no es ajeno a esa identidad y, por lo mismo, actúa conforme a ella. La evolución histórica, el respeto de los derechos humanos, el reconocimiento de normas de *ius cogens*, son elementos esenciales de la identidad del pueblo chileno.

Esto permite resolver, al menos parcialmente, la pregunta inicial acerca de los límites materiales al proceso constituyente. Veremos en el apartado siguiente que la exigencia de respetar los tratados internacionales que se encuentran vigentes –al menos aquellos sobre derechos humanos– no se erige como un límite extraño ni antidemocrático al poder constituyente, sino como la expresión de su contenido identitario. El proceso constituyente nace, entre otras demandas, en medio del clamor ciudadano por el respeto de los derechos humanos. Adicionalmente, la falta de mecanismo de control, que dote estos derechos de vinculatoriedad coercitiva, no importa un vaciamiento del contenido respetuoso de los derechos humanos, toda vez que su directa violación se erige como una decisión indisponible para el poder constituyente.

---

<sup>52</sup> WENDT (1992), p. 399.

<sup>53</sup> Cfr. HOPF (1998), pp. 175-177.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS COMO CONTENIDO COMPATIBLE CON EL EJERCICIO DEMOCRÁTICO DEL PODER CONSTITUYENTE. LA IDENTIDAD DEL PUEBLO DE CHILE

La pregunta inicial de este trabajo, acerca del papel que representan los derechos humanos en el proceso constituyente chileno, puede tener ahora una respuesta un poco más satisfactoria. Especialmente ante la dualidad de la naturaleza del poder constituyente que se ejerce –originario en cuanto innovador y derivado en cuanto institucional–, ante la imposibilidad de determinar si habrá sido originario hasta que “se abra la caja” del constituyente de Erwin Schrödinger. La falta de límites sustantivos, jurídicamente vinculantes y jurisdiccionalmente controlables no importa un vaciamiento de la identidad del ente colectivo que es titular del poder constituyente (y quizá por primera vez lo ejerce). No implica la ausencia de los derechos humanos, como determinantes de la acción democrática del pueblo.

Tanto es así, que, como hemos visto, ha sido la misma Convención la que ha hecho propio el criterio de primacía de los derechos humanos para su funcionamiento, instaurándolo como el primer principio rector de su reglamento general<sup>54</sup>. No solo eso, sino que dentro de los temas mínimos que deberán abordar las distintas comisiones, ha asignado un lugar especial a cuestiones cruciales como la “integración de fuentes del derecho internacional de los Derechos Humanos”<sup>55</sup> (para la Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía). Adicionalmente –y a pesar de que, como hemos dicho, la falta de constitucionalización de un derecho humano no importa una vulneración de este–, la Convención ha incluido, como temas mínimos a tratar por la Comisión sobre Derechos Fundamentales, un completo catálogo de derechos humanos<sup>56</sup>.

Lo anterior resulta coherente con el lugar que los derechos humanos han ocupado en la historia reciente de nuestro país. Tanto durante los años de dictadura, como en la transición, la exigencia por el respeto, protección y promoción tuvo un lugar central en la articulación de una nueva ciudadanía. Las demandas por justicia, hoy, se han traducido al lenguaje de los derechos humanos.

Lo anterior se vio reflejado también en las movilizaciones ciudadanas que se encuentran en el origen del proceso constituyente. Patricio Fernán-

---

<sup>54</sup> REGLAMENTO GENERAL DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL DE CHILE (2021), art. 3º, letra a).

<sup>55</sup> *Op. cit.*, art. 63, letra e).

<sup>56</sup> *Op. cit.*, art. 65.

dez, actual convencional constituyente, en sus fragmentos escritos sobre las movilizaciones de octubre de 2019, inicia un pasaje sobre el 25 de aquel mes con las siguientes palabras:

“Me siento parte de ese Chile que viene marchando desde finales de la dictadura, primero para sacar a Pinochet, después para exigir justicia por las violaciones a los derechos humanos y, una vez recuperada la democracia, para ir superando la herencia moral, cultural y legal de la dictadura. [...] Marché contra Barrancones, contra HidroAysén, con las diversidades sexuales. Durante el 2011 no creo haber faltado a ninguna marcha de los estudiantes. Marché en contra de las AFP y con las mujeres [...]”<sup>57</sup>.

Existe, pues, una continuidad histórica, al menos percibida, en las demandas por el respeto de los derechos humanos de las últimas décadas. Con todo lo que puede haber cambiado en la historia, la cultura, la política y, en general, el contexto social de nuestro país –es decir, en los elementos determinantes de la identidad del pueblo de Chile–, los derechos humanos aparecen como una constante, un rasgo estable a lo largo del tiempo. Un núcleo identitario que dota de contenido el ejercicio del poder constituyente, a la vez que le resulta indisponible.

## V. EL PAPEL QUE PUEDEN CUMPLIR LOS DDHH EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. PROPUESTAS NORMATIVAS

Hemos dedicado las páginas anteriores a discutir cuál sería el papel que le cabría a los derechos humanos como límites (o, como hemos llegado a llamarlos, contenidos indisponibles) del ejercicio del poder constituyente. Sin embargo, esta dimensión, puramente negativa, no permite darles un espacio relevante en el orden constitucional que resulte del proceso. Nos parece ineludible, en este contexto, elaborar algunas propuestas para que los derechos humanos informen también la nueva Constitución, de modo que ella sea un vehículo para asegurar su pleno respeto, protección y promoción (especialmente de cara a la discusión que haya de producirse en el seno de la Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía).

A continuación, proponemos algunas ideas que, a nuestro parecer, permitirían avanzar en un compromiso más profundo de nuestro Estado con los derechos humanos.

---

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ (2020), p. 38.

*i. Establecer un catálogo abierto de derechos humanos, de modo que se vayan incorporando a la Constitución en la medida que se produzca su reconocimiento formal, a través de tratados internacionales*

Esto implica la incorporación de derechos, con rango constitucional, a lo largo del tiempo. Entendiendo, como hemos señalado, que la identidad del Estado y la soberanía no son conceptos fijos y que se van nutriendo en la historia, los derechos humanos

“No pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos”<sup>58</sup>.

Su reconocimiento posterior, a través de la suscripción soberana de instrumentos internacionales en la materia, merece tener un correlato en el rango normativo que se le entrega a los derechos.

En el ámbito comparado, hay constituciones que han reconocido expresamente este principio. La Constitución de Ecuador de 2008, en su art. 11 n.º 7, señala:

“El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”<sup>59</sup>.

Por su parte, la Constitución de Uruguay en su art. 72, precisa:

“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”<sup>60</sup>.

*ii. Establecer claramente que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional*

La introducción de una norma constitucional en este sentido presenta importantes ventajas. Una de ellas, en la línea con lo anterior, es la de entregar a los derechos humanos un peso normativo coherente con su esencia, como

<sup>58</sup> CUMPLIDO y NOGUEIRA (2001), p. 112.

<sup>59</sup> Constitución de la República del Ecuador (2008), art. 11 n.º 7.

<sup>60</sup> Constitución de la República Oriental del Uruguay (2004), art. 72.

protectores de un núcleo intocable de dignidad de las personas. Sin embargo, existe el peligro de que la consagración de su rango constitucional contamine la norma fundamental con el déficit democrático que se ha criticado al resto del orden internacional. El problema del déficit democrático se ha caracterizado tradicionalmente como un problema de afectación de la soberanía por parte de organismos internacionales no legitimados democráticamente<sup>61</sup>. Contra ello, resulta fundamental consagrar ciertas reglas básicas para la aprobación de estos tratados. Para solucionar la deficiente legitimación democrática de los tratados internacionales, es necesario avanzar en al menos tres directrices:

- a) Excluir categóricamente la posibilidad de celebración de tratados sobre derechos humanos dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo contrario, implicaría habilitar al Presidente a producir reformas constitucionales sin sujetarse a los procedimientos democráticos para ello previstos. Adicionalmente, la naturaleza de las obligaciones contraídas mediante la celebración de tratados internacionales no se condice con la reversibilidad esencial de un ejercicio de potestad reglamentaria<sup>62</sup>.
- b) Fortalecer la participación del Poder Legislativo en la negociación, aprobación, formulación de reservas y declaraciones interpretativas y retiro de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo anterior, en coherencia con la idea de que, a través de su celebración, se estaría reformando la Constitución.
- c) Que cualquier nuevo mecanismo de reforma a la Constitución que se establezca en ella, especialmente los mecanismos de democracia participativa (por ejemplo, plebiscitos sancionatorios en razón de ciertas materias), se aplique también a los tratados internacionales sobre derechos humanos, *mutatis mutandi*.

Para ejemplificar esta medida, el caso de Guatemala es ilustrador. En su Constitución de 1993, consagra en el art. 46:

“el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”<sup>63</sup>.

Nos parece, sin embargo, que no puede dotarse a los tratados de rango supraconstitucional.

---

<sup>61</sup> Cfr. BARÓN (2009).

<sup>62</sup> Cfr. ALDUNATE (2010).

<sup>63</sup> *Constitución Política de la República de Guatemala* (1993), art. 46.

*iii. Exigibilidad de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales*

En la medida que en la nueva Constitución se consagren vías eficaces para exigir por la vía jurisdiccional la protección y garantía de los derechos constitucionales, sin limitarlo a un catálogo taxativo (como sucede actualmente con la acción constitucional de protección), las mismas vías debiesen estar disponibles para los derechos humanos incorporados a través de este catálogo abierto conformado por instrumentos internacionales.

*iv. Reconocimiento expreso de la competencia de la Corte IDH y de la CIDH*

Sin perjuicio de la importancia que estas instituciones tienen para el adecuado principio y comprensión de los derechos humanos en el sistema americano, el reconocimiento de su competencia debe armonizarse con el ejercicio democrático de la soberanía del pueblo. Entendiendo que estas operan supletoriamente a los órganos jurisdiccionales chilenos.

*v. Establecer mecanismos claros para la ejecución de las sentencias internacionales en derechos humanos*

Esta materia fue objeto de un proyecto de ley que no avanzó en el Congreso, y que buscaba regular cuándo y ante qué organismos internacionales se puede recurrir, así como la colaboración directa con los tribunales nacionales para su ejecución<sup>64</sup>. Esta regulación es vital para que el estatuto jurídico de derechos

---

<sup>64</sup> *Boletín* n.º 2809/07 (2001). Se encuentra en el primer trámite constitucional paralizado desde 2008. Art. 61: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos asegurados por la Constitución o los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes, de acuerdo con el artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución, puede recurrir a los organismos y tribunales internacionales a los que el Estado de Chile ha reconocido expresamente jurisdicción o competencia en tales convenciones; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como a aquellos que en el futuro el Estado de Chile reconozca a través de tratados internacionales que ratifique y se encuentren vigentes en el orden internacional. Ejecución y cumplimiento de las resoluciones de organismos y tribunales internacionales. Artículo 62: La resolución del organismo o corte internacional a cuya jurisdicción obligatoria se encuentra sometido el Estado de Chile, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento previo alguno. La Corte Suprema de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo o Corte Internacional, disponiendo su ejecución y cumplimiento inmediato de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes para ejecución de sentencias de la misma Corte". Artículo 63: "Es obligación de la Corte Supre-

humanos sea efectivo, siendo necesario que Chile establezca expresamente y articule mecanismos idóneos “(asegurando su cabal operatividad) para respetar y cumplir las sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos”<sup>65</sup>. Ello puede implicar, por ejemplo, la intervención del Ombudsperson (o la Defensoría del Pueblo) como mediador, ejerciendo un papel tutelar sobre el avance de las medidas de cumplimiento.

*vi. Reconocimiento de un principio de convencionalidad suave, únicamente respecto de las obligaciones que imponen los tratados internacionales sobre derechos humanos*

El control de convencionalidad es un mecanismo que obliga a los Estados a verificar la conformidad del ordenamiento jurídico interno con la jurisprudencia y los parámetros señalados por la jurisprudencia especializada, como la Corte IDH<sup>66</sup>. Este control se justifica en el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos.

El caso *Almonacid versus Chile*, fue el primero en que la Corte IDH utilizó la idea de control de convencionalidad. Su desarrollo jurisprudencial posterior no ha sido perfectamente consistente, sin perjuicio de lo cual, la esencia de la naturaleza de este control y la obligación que importa para los Estados se refleja en dicha sentencia.

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos [...] En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”<sup>67</sup>.

Existen ejemplos, en derecho comparado, de recepción del principio de convencionalidad y la construcción de sentencias armónicas con el dere-

---

ma de Justicia y del Tribunal Constitucional de la República, el de cumplir con la remisión a los organismos y tribunales internacionales señalados en el artículo respectivo, las resoluciones, documentos y demás antecedentes utilizados en el o los procesos que originaron la petición, así como todos los otros elementos que a juicio del organismo o Corte Internacional requiere para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su jurisdicción y competencia”.

<sup>65</sup> BAZÁN (2009), p. 77.

<sup>66</sup> Cfr. NASH, MILOS, NOGUEIRA y NÚÑEZ (2012), pp. 51-52.

<sup>67</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006), párrafo 124, p. 53.

cho internacional. Por ejemplo, la Suprema Corte de México, ha señalado que los criterios interamericanos son vinculantes para todos los jueces de México, incluso, aunque el país no haya sido parte en el caso<sup>68</sup>. De acuerdo con Diego García-Sayán, lo mismo se ha establecido por la jurisprudencia de las cortes colombianas y peruanas<sup>69</sup>.

Adicionalmente, la Constitución peruana ha establecido una norma expresa de interpretación conjunta de los tribunales nacionales e internacionales. En su art. 4°, disposiciones finales y transitorias señala:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”<sup>70</sup>.

En la medida en que las normas sobre derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales se entendieran incorporadas al ordenamiento jurídico y que gocen de rango constitucional, el control de legalidad y de constitucionalidad importaría también la verificación del cumplimiento de normas sobre derechos humanos. El control de convencionalidad agregaría a este esquema, únicamente, el papel que las sentencias de cortes internacionales especializadas representen para la aplicación de las normas en el ámbito interno.

### *vii. La creación del “Ombudsperson” o Defensoría del Pueblo*

Esta institución se ha establecido en el ámbito comparado por distintos países. Colombia y Paraguay lo regulan bajo el nombre de Defensoría del Pueblo, mientras que en Bolivia, Ecuador y Venezuela se le llama Defensoría de los Habitantes. En Europa también se ha contemplado esta figura en países como España, Francia y Portugal<sup>71</sup>.

A pesar de que en cada país tiene una regulación distinta su presencia y actuación resultan positivas para:

“La defensa de los derechos humanos, la consolidación de la estructura democrática, el control de las administraciones estatales y demás organismos públicos; por supuesto, siempre que sea independiente en su fun-

<sup>68</sup> CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 (2013).

<sup>69</sup> Cfr. GARCÍA-SAYÁN (2014), p. 55.

<sup>70</sup> *Constitución Política del Perú* (1993), art. 4° de las disposiciones finales y transitorias.

<sup>71</sup> Cfr. BAZÁN (2009), pp. 71-72.

cionamiento, cuente con prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad que la resguarden de presiones y eviten que su autonomía se vea minada”<sup>72</sup>.

Su objetivo es la defensa y promoción de los derechos humanos en el ámbito interno. No tiene capacidad coercitiva, sino, más bien, trabaja sobre la base del diálogo institucional y por medio de recomendaciones. Busca ser una instancia de garantía frente al Estado, influir en la opinión pública y aportar en el fortalecimiento de los derechos humanos y la democracia.

## VI. CONCLUSIONES

La relación entre el poder constituyente y los derechos humanos no es un tema resuelto. Apunta a cuestiones mucho más profundas, acerca de la naturaleza del poder constituyente y de la existencia o ausencia de límites a lo que puede hacer. Este trabajo, como declaráramos al comienzo, no pretende haber agotado la discusión. Todo lo contrario. Lo revisado acerca del proceso constituyente chileno probablemente abre más preguntas, desafiando algunas concepciones más tradicionales, rígidas, sobre poderes constituyentes originarios y derivados, así como de la naturaleza limitativa o habilitante de los derechos humanos.

Sí quisiéramos haber aportado al debate, a través de la noción constructivista de identidad, más allá de las posiciones dicotómicas de originario-derivado, ilimitado-limitado. Creemos que esta aproximación, desde las posibilidades reales del poder constituyente, de cara a su historicidad y carácter contingente, resultan más adecuadas para comprender el fenómeno chileno, en sus particularidades y su estado actual, abierto.

A su vez, hemos intentado incorporar algunas propuestas para la nueva Constitución. Ello, en la convicción de que el orden internacional de los derechos humanos puede ayudar, no solo al diseño de una Constitución que refleje los actuales anhelos ciudadanos por mayor justicia, sino que la dote de suficiente flexibilidad para acompañarlos en las décadas venideras, profundizando el compromiso de nuestra democracia con la dignidad.

## BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, Eduardo (2010). “La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo”. *Ius et Praxis*, vol. 16, n.º 2.

---

<sup>72</sup> BAZÁN (2009), p. 72.

- AYALA, Carlos (2002). *Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos*. Expresidente de la Comisión Interamericana de Derecho. Disponible en [www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-speech.pdf](http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-speech.pdf) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- BARÓN, Alejandro (2009). “El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea”. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.º 1.
- BAZÁN, Víctor (2009). “El estado de derecho como zona de interacción de la democracia, la Constitución, la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 11. Disponible en [www.corteidh.or.cr/tablas/r25577.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25577.pdf) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- CUMPLIDO, Francisco y Humberto NOGUEIRA (2001). *Instituciones políticas y teoría constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca, tomo II.
- FERNÁNDEZ, Patricio (2020). *Sobre la marcha. Notas acerca del estallido social en Chile*. Santiago: Editorial Debate.
- GAETE, Eugenio (1996). “Derecho internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos humanos”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2/3, tomo I.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1948). “Constitución y derecho constitucional: (Evolución y crisis de ambos conceptos)”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 37-38.
- GARCÍA-SAYÁN, Diego (2014). “Exámenes del horizonte. Logros y retos internacionales, en La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos humanos”, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, vol. 7, n.º 19.
- HERNÁNDEZ, Rubén (1993). “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n.º 37.
- HOPF, Ted (1998). “The Promise of Constructivism in International Relations Theory”. *International Security*, vol. 23, No. 1.
- JACKSON, Robert (1990). *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*. Cambridge, Cambridge University Press.
- KELSEN, Hans (2021). *The problem of sovereignty and the theory of international law: a contribution to a pure theory of law*. Edit. by Paul Silverman. Oxford: Oxford University Press.
- LOCKE, John (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 3ª ed. trad. Carlos Mellizo. Madrid: Editorial Alianza.
- LUCAS, Pablo (1983). *Curso de derecho político*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, vol. II.
- MATTEUCCI, Nicola (1982). “Soberanía”, en Norberto BOBBIO y Nicola MATTEUCCI (eds.). *Diccionario de política*. México: Siglo Veintiuno Editores. En DE DERECHOS INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHO HUMANOS (Sin información): “Soberanía”.

- Disponible en [www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red\\_diccionario/soberania.htm](http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/soberania.htm) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- NASH, Claudio, Catalina MILOS, Andrés NOGUEIRA y Constanza NUÑEZ (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos humanos. Disponible en [www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf](http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/91.pdf) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- NEGRI, Antonio (2015). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Editorial Traficantes de Sueños.
- NOGUEIRA, Humberto (1993). "Constitución y derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2/3.
- NOGUEIRA, Humberto (2009). "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius et Praxis*, año 15, n.º 1.
- OYARTE, Rafael (1998). "Límite y limitaciones al Poder constituyente". *Revista Chilena de Derecho*, Número especial.
- PARDO DE CARVALLO, Inés (1991). "La doctrina de los actos propios". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV. Disponible en [www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/244/225](http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/244/225) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- PHILPOTT, Daniel (1995). "Sovereignty: An Introduction and Brief History". *Journal of International Affairs*, vol. 48 No. 2.
- RIBERA, Teodoro (2007). "La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno". *Revista de Derecho Público*, tomo I, vol. 69.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (2012): *Del contrato social*. 3ª ed. trad. Mauro Armíño. Madrid: Editorial Alianza.
- SAGÜES, Néstor (2009). "Notas sobre el poder constituyente irregular". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año xv. Montevideo. Disponible en [www.corteidh.or.cr/tablas/r23519.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23519.pdf) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- SIEYÈS, Emmanuel (2019). *¿Qué es el Tercer Estado?* trad. Lidia Vásquez Jiménez. Madrid: Editorial Alianza.
- SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial. Disponible en [www.pdf-archive.com/2012/04/16/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n.pdf](http://www.pdf-archive.com/2012/04/16/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n.pdf) [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].
- TRONCOSO REPETTO, Claudio y Tomás VIAL SOLAR (1993): "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la constitución". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2-3. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14586/000177022.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

VERDROSS, Alfred (1976). *Derecho internacional público*. 6ª ed. Madrid: Editorial Aguilar.

WENDT, Alexander (1992). "Anarchy is what States make of it: The Social Construction of Power Politics". *International Organization*, vol. 46, No. 2.

ZAPATA, Patricio (2020). *La casa de todos y todas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica.

### Otros

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2001). Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. *Historia de la ley*, n.º 19742 Disponible en [www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6015/](http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6015/) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1984). Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el gobierno de Costa Rica.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (1994). Opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos humanos.

### Jurisprudencia

CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 (2013): Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 3 de septiembre de 2013. SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). Olmedo Bustos y otros con Chile, 5 de febrero de 2001. Demanda por incumplimiento de las obligaciones internacionales y violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). Almonacid con Chile, 26 de septiembre de 2006. Demanda por incumplimiento de las obligaciones internacionales y violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

### Norma

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, resolución 217 A (III) de 10 diciembre.

- Boletín* n.º 2809/07 (17/10/2001). Proyecto de ley sobre acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección. Disponible en [www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=3097&prmBL=2809-07](http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3097&prmBL=2809-07) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].
- Constitución de la República del Ecuador* (2008). Registro Oficial n.º 449 del 20 de octubre de 2008. Última modificación el 13 de julio de 2011.
- Constitución de la República Oriental del Uruguay* (2004). Constitución de 1967, con las modificaciones plebiscitadas del 26 de noviembre de 1989, del 26 de noviembre de 1994 y del 8 de diciembre de 1996.
- Constitución Política de la República de Guatemala* (1993): Acuerdo legislativo n.º 18-93.
- Constitución Política del Perú* (1993).
- CONVENCIÓN DE VIENA (1969). "Sobre el derecho de los tratados". *U.N. Doc, A/CONF.* vol. 39. No. 27. 1155 U.N.T.S. 331 de 23 de mayo.
- DECRETO N.º 100 (2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile de 22 de septiembre.
- PACTO DE SAN JOSÉ (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en [www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1976). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- REGLAMENTO GENERAL DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL (2021). Disponible en [www.chileconvencion.cl/documentos/normas-y-reglamentos/](http://www.chileconvencion.cl/documentos/normas-y-reglamentos/) [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].