

## Exordio

# Las posibilidades de un proceso constituyente

Esta edición está especialmente dedicada al proceso constituyente chileno. Hemos querido recopilar ideas, reflexiones y propuestas concretas para ser tenidas en cuenta en la discusión de la nueva Constitución para Chile. El camino que ha seguido el proceso constituyente no ha estado exento de obstáculos, retrocesos y dificultades, pero sigue siendo un foco de esperanza para las personas que anhelan gozar, en igualdad material de condiciones y en plenitud, de todas las potencialidades que la sociedad les ofrece. Este texto pretende esbozar muy brevemente alguna de estas tensiones, retrocesos pero también posibilidades esperanzadoras que ofrece el proceso constituyente chileno.

En esta presentación introductoria a la presente edición, abordaremos los siguientes tópicos: 1. La dialéctica entre poder constituyente originario y el poder constituyente derivado; 2. Las tensiones entre derechos humanos y derechos fundamentales; 3. Dónde poner el foco: Las tensiones entre derechos humanos y distribución del poder; 4. Las tensiones entre maximalismo y minimalismo constitucional; 5. Nuevos derechos. El exordio concluye con breves reflexiones finales.

### **1. La dialéctica entre poder constituyente originario y el poder constituyente derivado**

Uno de los primeros debates que se plantearon fue la discusión en torno a si la Convención Constitucional es verdaderamente una Asamblea Constituyente o no. Nosotros ya hemos manifestado que hay un número de factores que dejan espacio para la duda tales como la dependencia manifiesta de la Convención —en materias propias de su competencia— respecto del Congreso Nacional y sus decisiones. La posibilidad de realizar plebiscitos o más bien consultas populares dirimentes para que sea el pueblo concernido quien se pronunciara y zanjara el asunto directamente, es un ejemplo de aquello.

En este aspecto hay un punto de confluencia y de enfrentamiento entre la teoría y la práctica constitucionales. La interacción entre Congreso —poder constituyente derivado—

y Convención —poder constituyente originario— arroja una contradicción compleja. Más bien se trataría de un órgano subordinado al Congreso Nacional y sobre todo a las leyes de reforma constitucional que le dieron forma jurídica al acuerdo político de 15 noviembre de 2019. Desde este punto de vista, al menos teóricamente, parecería que adquiere la forma de un poder constituyente sometido a los límites fijados por el poder constituyente derivado.

Como resultado de esta dialéctica, se han vivido y se vivirán momentos álgidos, al menos, con tres aspectos claves:

- a) La famosa regla de los 2/3 para adoptar las normas constitucionales.
- b) Los plebiscitos o consultas dirimientes, a los cuales ya hemos hecho referencia.
- c) La prórroga del plazo para arribar a una nueva y buena Constitución. Aquí me detendré un instante sólo para esbozar a grandes líneas la contradicción que suscita la hiperregulación del proceso constituyente, a tal punto, que en muchos aspectos, la Convención se encuentra atada de manos. Uno de estos aspectos es el plazo fijado, primero, en el Acuerdo por la Paz y Nueva Constitución de 15 de noviembre de 2019 y, luego, en la Reforma Constitucional respectiva, para que la Convención termine su trabajo. Este plazo, que es abiertamente insuficiente para llevar adelante un proceso de construcción constitucional democrática, con la intervención de todas y todos aquellos que lo deseen, y con el tiempo suficiente que se requiere para una deliberación reposada y prudente, pende como la espada de Damocles, sobre la Convención.

## **2. Las tensiones entre derechos humanos y derechos fundamentales**

Al inicio del trabajo de la Convención Constitucional, se creó una Comisión transitoria de Derechos Humanos, lo que generó mucha esperanza, cuestión que luego se desperfiló al momento de constituir las Comisiones temáticas definitivas, ya que esta Comisión adquirió el nombre de Comisión de Derechos Fundamentales.

Sabido es la enorme discusión que existe especialmente en nuestro ordenamiento jurídico en torno a este aspecto conceptual, que no por ser conceptual, deja de ser crucial. En nuestro sistema jurídico, un grupo importante de juristas y operadores jurídicos traza

una línea divisoria, que adquiere ribetes de verdadera frontera, entre lo que ellos entienden por derechos fundamentales y por derechos humanos.

No es el objetivo de este exordio profundizar en esta cuestión, pero en términos sumamente generales, una parte de los operadores jurídicos entiende que derechos humanos corresponde al derecho internacional, allí encuentran su fuente y su aplicación. En cambio, los derechos fundamentales serían derechos que pertenecen al orden jurídico interno, especialmente, que corresponden al derecho constitucional, y es allí, donde ellos encuentran su fuente y su aplicación. Esta forma de entender los derechos, no es única de un sector de juristas, sino también se ha visto en la jurisdicción. De hecho, el Tribunal Constitucional chileno —ese cuya supresión se ha propuesto— también ha sostenido esta misma idea.

### **3. Dónde poner el foco: Las tensiones entre derechos humanos y distribución del poder**

Esta es la parte que trata de la famosa sala de máquinas. Fuertemente influenciados por esta idea de la sala de máquinas de la Constitución o bien, del propio sistema democrático, sus partidarios se enfocan en aquellos engranajes que definen el sistema político, y lo que, según ellos, definiría el funcionamiento de un sistema democrático. Así, la atención no está principalmente puesta en el sistema de derechos de la Constitución, sino más bien en los órganos políticos y en un sistema de toma de decisiones públicas que resida, emane o se encuentre respaldada por autoridades que hayan sido elegidas por votación popular. Esta comprensión asume que si existe un sistema democrático, de este estilo, también se respetarán los derechos fundamentales y se darán los otros supuestos básicos para una sana convivencia social. Bajo esta lectura, lo más relevante en un proceso de construcción constitucional es generar los medios y mecanismos para asegurar un verdadero régimen democrático donde las decisiones sean una expresión fiel de la voluntad del pueblo. Por ello, ideas tales como suprimir el control preventivo de constitucionalidad, o bien, suprimir las leyes que requieren quórum supramayoritarios, etc. Estos equivaldrían a trabas, obstáculos o cerrojos que impedirían el correcto funcionamiento y respeto a las decisiones democráticas. Y, este elemento sería la clave del éxito en un nuevo modelo democrático diseñado por la Constitución, donde, por cierto, se garantizarían también los derechos fundamentales.

Con todo, la realidad nos muestra sistemas democráticos consolidados desde hace décadas donde se violan los derechos humanos día a día. Un sistema democrático no garantiza plenamente el pleno respeto y garantía de los derechos humanos. En este sentido, no debería despreciarse el importante rol que juegan los derechos humanos en el constitucionalismo contemporáneo. Sin duda, los pilares de este constitucionalismo están constituidos por la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos. Concentrarse en un aspecto por sobre los otros sólo arrojará como consecuencia una Constitución que resuelva parcialmente los problemas existentes al interior de nuestra comunidad.

#### **4. Las tensiones entre maximalismo y minimalismo constitucional**

Esta tensión se encuentra íntimamente relacionada con la que se genera a propósito de la dialéctica entre derechos humanos y sistema político. En efecto, desde el momento en que lo importante sea el sistema de distribución del poder y el funcionamiento de los órganos políticos, una enunciación y regulación acabada de los derechos en la Constitución se torna innecesaria. Conocido es el argumento de Constituciones en nuestro vecindario que han incluido —se señala— extensas listas de derechos de las personas, que finalmente, no se cumplen por los gobiernos. Esto genera falsas expectativas y, finalmente, puede conducir al malestar social. La pregunta que surge es ¿si los gobiernos no cumplen con estos derechos porque no tienen los medios materiales para hacerlo o simplemente porque no corresponde con sus intereses?

Es aquí donde la situación se complica. Si un gobierno no cumple con los derechos establecidos en la Constitución entendidos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, simplemente porque no corresponde con sus intereses o los intereses de los grupos de presión que lo apoyan, entonces, en ese caso, el Estado viola la Constitución. Un ejemplo muy claro de aquello es la dictación de leyes contrarias a los derechos de las personas, como revela el caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, 2012. Y, usando un ejemplo propio de Chile, es el caso de la no supresión o derogación de leyes contrarias a los derechos humanos, como manifiesta el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, 2006<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte IDH: Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154; Corte IDH: Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

Si un gobierno no cumple con los derechos establecidos en la Constitución, entendidos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, porque no tienen los medios materiales para hacerlo, entonces, ante este argumento, el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido una serie de criterios y estándares que operan como un test para el Estado en orden a que este argumento sea aceptado. Entre otros, uno muy relevante es el examen de la distribución de su presupuesto público porque no hay que olvidar que la distribución del gasto, esto es, en qué se invierten los ingresos del Estado, como toda decisión de política pública, debe realizarse con enfoque de derechos humanos. Por cierto, esta es una decisión política adoptada por las autoridades que gozan de legitimidad democrática. Pero, evidentemente, esta decisión política, no está entregada a la “ley de la selva” o bien, no es una decisión entregada a la arbitrariedad política, sino, muy por el contrario, está circunscrita, inspirada y guiada por el respeto, protección y garantía de los derechos humanos. Todo lo que hasta aquí se ha dicho, adquiere especial relevancia cuando se trata de dar efectivo cumplimiento a los estándares mínimos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, especialmente, bajo la perspectiva del estándar de garantizar un mínimo de protección social.

Consecuentemente, la tentación de enfocarse en el sistema de distribución de poder y de concentrarse únicamente en el perfeccionamiento de un sistema de toma de decisiones políticas entregadas a los órganos democráticos, dejando de lado una preocupación, al menos, equivalente, por una regulación y reconocimiento de los derechos humanos en la Constitución, no solo arrojaría una Constitución incompleta sino que implicaría un retroceso en los avances que se han ido logrando, particularmente, ante la justicia ordinaria, en muchas materias. Entre tantos otros progresos, se pueden indicar, por ejemplo, la imprescriptibilidad civil y penal de los crímenes internacionales, la prohibición de la discriminación interseccional, el principio de unidad y de reunificación familiar, el reconocimiento del derecho al matrimonio sin discriminación, el derecho a la nacionalidad, el derecho al acceso a los medicamentos de alto costo o al tratamiento de enfermedades catastróficas, el derecho al acceso al agua potable. Este es un riesgo presente que se debe advertir y mesurar por los Convencionales Constituyentes al momento de proceder a la toma de decisiones durante el proceso de creación constitucional.

## 5. Nuevos derechos

El uso de esta expresión —“nuevos derechos”— no tiene un sentido absoluto en sí misma, sino más bien quiere describir, derechos que no se encontraban antes de la Convención Constitucional, descritos en el texto constitucional. Pero, obviamente, que estos no son nuevos en sí mismos ya que se encuentran presentes en el derecho internacional de los derechos humanos, reconocidos a través de alguna de las fuentes del derecho internacional, o bien, en el derecho público comparado, especialmente, en el derecho constitucional comparado.

Sólo para mencionar algunos ejemplos relevantes, podemos mencionar el derecho al agua potable y al saneamiento, el derecho a la alimentación adecuada, el derecho a la vivienda adecuada o incluso, el derecho al desarrollo sostenible. Claro, a este propósito, algunos argumentarán que estos no son derechos fundamentales, sino que son derechos humanos. Por otra parte, desde la perspectiva del derecho público comparado, también se puede pensar en los derechos de la naturaleza, con reconocimiento tanto en el derecho ecuatoriano, boliviano y, notablemente, en el derecho colombiano.

## Reflexiones finales

Estas muy breves anotaciones sólo han tenido por objetivo introducir el tema de la presente edición. Se trata de tópicos que han estado presentes o que han ido apareciendo a lo largo de todo el proceso de construcción de la nueva Constitución, incluso desde antes de que este se iniciara formalmente la elección de las y los miembros de la Convención Constitucional. Por momentos, estos tópicos, pueden aparecer como muy técnicos, discusiones propias de la academia, con el uso de términos, expresiones o principios, que se encuentran lejos de las vivencias de las y los habitantes de Chile. Y, en gran medida, eso es totalmente cierto. Mucho más complejo aun, es que estas discusiones teóricas, con términos que generalmente sólo juristas y científicos políticos manejan, se encuentran alejadas de las principales preocupaciones diarias de la comunidad, del común de la gente. Precisamente es gracias a estas preocupaciones de la gente, expresadas a través de sus manifestaciones en las calles, que se desencadenó este proceso constituyente. ¿No sería conveniente escuchar las preocupaciones de las personas, sus aspiraciones y sus valores, y a estas asumirlas como materia constitucional como asimismo darles forma constitucional, antes

que intentar machacosamente implementar un modelo teórico preconcebido a través de técnicas constitucionales, que, por lo demás, no están exentas de discusión?