La hoja
en blanco

CLAVES PARA CONVERSAR SOBRE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

Editores:
Rocío Lorca
Pablo Marshall
Nicole Selamé
Matías Guiloff

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 11

¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN? 19

Pablo Marshall & John Charney

La Constitución como texto jurídico 20

¿Qué forma parte de la Constitución? 25

El orden constitucional 28

La relación entre el orden constitucional y la Constitución 30

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES 33

Rocío Lorca Ferreccio & Sebastián Figueroa Rubio

Democracia 34

República y republicanismo 39

Estado de Derecho 42

División de poderes 48

ÓRGANOS DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES:

Reflexiones para una nueva Constitución 55

Paz Irarrázabal González & Hugo Tórtora Aravena

Los órganos del Estado 56

Los derechos fundamentales 61

El Estado social 66

CÓMO CAMBIAN LAS CONSTITUCIONES 73

Jaime Bassa

El cambio constitucional formal: la reforma constitucional 75

El cambio constitucional informal: interpretación constitucional 77

Un cambio constitucional más informal: la mutación 80

La decisión de constituir: el poder constituyente 84

Cómo constituir: asamblea constituyente 87

LA HISTORIA DE NUESTRAS CONSTITUCIONES:
Dos siglos de historia constitucional republicana **93**
Paula Ahumada & Fernando Muñoz
Ensayo, restauración y reforma:
la experiencia constitucional durante el siglo XIX **94**
La Constitución de 1925: crisis de legitimidad y nuevo pacto social **102**
La Constitución de 1980: golpe militar y refundación neoliberal **107**

UNA CANCHA DESIGUAL:
La metáfora de la Constitución tramposa **113**
Diego Pardo-Álvarez & Viviana Ponce de León Solís
Viviendo encerrado: una vida tramposa **120**
La dificultad de eliminar las trampa
mediante cauces institucionales **123**
En su propia trampa:
proyectando la metáfora al proceso constituyente **127**

LA CONSTITUCIÓN SOCIAL DE 1980:
Un orden neoliberal **131**
Christian Viera Álvarez
El proyecto refundacional de la dictadura **131**
El neoliberalismo como proyecto político **134**
La Constitución social de 1980:
bases de un orden neoliberal **139**

EL CAMINO CONSTITUYENTE DE LOS PINGÜINOS:
Ensayo y aprendizaje **147**
Domingo Lovera Parmo
La revolución pingüina **150**
Los embates frente al modelo constitucional **153**
Los límites de lo posible **159**

¿CÓMO HAREMOS LA NUEVA CONSTITUCIÓN
¡Y POR QUÉ SERÁ MEJOR QUE LA QUE TENEMOS!? **163**
Pablo Contreras
¿Cómo se cambiaba la Constitución de 1980? **165**
El «Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución»
y el trasfondo de este compromiso político **169**
La reforma de la reforma **172**
¿Por qué el procedimiento de nueva Constitución
debiese lograr algo mejor que lo que hoy tenemos? **177**

PROCESOS CONSTITUYENTES EN LA ERA DIGITAL **181**
Alberto Coddou Mc Manus & Sebastián Smart
Modelos normativos de democracia y tecnologías digitales **183**
La participación ciudadana en procesos constituyentes **188**
Los derechos humanos como protecciones a la libertad
comunicativa digital **191**
El derecho a la privacidad **192**
El derecho a la libertad de expresión **194**
Propuestas para un adecuado proceso constituyente en la era digital **197**

EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESAFÍO DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN **201**
Dominique Hervé & Gianni López
La Constitución política actual y el medio ambiente **208**
El desafío ambiental en la nueva Constitución política **214**

LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN **217**
Amaya Álvez & Adolfo Millabur
Evolución histórica constitucional en relación
a los pueblos originarios **219**
Particularidades de los derechos fundamentales
de los pueblos originarios **222**
Importancia de lo pueblos originarios en
la protección de la naturaleza **224**
El proceso constituyente en Chile y la participación indígena **226**

FEMINISMO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN 233
Bárbara Sepúlveda & Lieta Vivaldi

DERECHOS QUE PODAMOS EJERCER:
Acceso a la justicia y tribunales 251
Enrique Letelier Loyola & Macarena Vargas Pavez
Derecho de acceso a la justicia o derecho a la tutela judicial efectiva 252
Los tribunales de justicia y la función jurisdiccional 255
Los procedimientos judiciales 258
El derecho a un debido proceso 262

EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA
Y LA TUTELA DE LOS BIENES PÚBLICOS 267
Matías Guiloff & Constanza Salgado
La protección constitucional de la propiedad privada 269
Expropiación 273
Bienes comunes 275
¿Qué son los bienes comunes? 276
Los bienes comunes y las constituciones 279

DERECHOS HUMANOS Y NUEVA CONSTITUCIÓN 283
Jorge Contesse Singh
Los derechos humanos: evolución en el tiempo
y en el derecho internacional 286
El derecho internacional de los derechos humanos en Chile 289
¿«Para que nunca más en Chile»? 295

LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL 301
Flavio Quezada Rodríguez
Los estándares del derecho internacional de los DD.HH. 305
Normas actuales 309
Directrices para una nueva Constitución 316

INTRODUCCIÓN

«Chile despertó», se escuchó desde el 18 de octubre de 2019, como si antes hubiera estado dormido o pasivo frente a una serie de injusticias y abusos. Muchos compartieron el diagnóstico de que el pueblo había sido ignorado y abusado, en gran medida, como resultado del modelo social, económico y político impuesto durante la dictadura, y más específicamente, a través de una serie de instituciones que aseguró la Constitución de 1980. Instituciones que, en los peores casos, fueron profundizadas hasta agudizar las injusticias y los abusos.

La rabia, producto de la exclusión y la desigualdad, ha sido protagonista de lo ocurrido y así se ha expresado en los cánticos, gritos y rayados a lo largo del país. Pero a diferencia de otros momentos en la historia de Chile, esta vez las demandas no han estado sectorizadas: no hemos visto que puedan reconocerse como «de izquierda» o «de derecha», o que el foco esté únicamente en mejorar la educación, las pensiones, la protección del medio ambiente o la salud pública. No. Las demandas sugieren que la fuente del malestar es precisamente el modelo en sí mismo: el régimen o el sistema social, económico y político. E incluso, para quienes creían ideológicamente en este modelo, los

abusos permitidos por el sistema les terminó revelando que sus aspiraciones no podrían cumplirse bajo esta estructura. Y es que si solo una pequeñísima minoría obtiene enormes beneficios de un sistema, puede entenderse que frente a las instituciones de ese sistema no todos somos igualmente importantes.

Esta convicción hizo que rápidamente las demandas sociales pasaran a configurarse como un reclamo político. «No son treinta pesos, son treinta años», fue una de las primeras frases masificadas: una alusión a los excesos que la democracia —y, principalmente, los gobiernos de centro-izquierda— había permitido bajo la vigencia de la Constitución de 1980. Para dejar de ser un espectador pasivo y dejar de ser administrado por una oligarquía únicamente interesada en sí misma, se volvió necesario desafiar la forma que ha adoptado nuestra democracia.

Como se han minimizado los espacios donde la clase política rinde cuentas de sus actuaciones y, demasiadas veces, se han despreciado los canales formales e informales para integrar a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, esta demanda política, rápidamente, se formuló como una demanda por una nueva Constitución. Los grafitis acerca de la necesidad de una Nueva Constitución Ahora y, luego, Apruebo o AC, se volvieron tan comunes y presentes como los que denuncian los abusos del sistema y sus instituciones. Así, la Constitución actual, la nueva Constitución, el proceso constituyente, la convención constitucional, en general lo constituyente y lo constitucional, empezaron a ser temas discutidos en la familia, en el trabajo, entre amigos y en otras instancias. Cuestiones tan específicas como los «quórums legislativos» o las «atribuciones del Tribunal Constitucional», por primera vez en un largo tiempo, pasaron a ser objeto de conversación en el transporte público o en los matinales de la televisión. Al mismo tiempo, las preguntas sobre cómo la actual Constitución se vinculaba con la estructura económica, política y social del país también empezaron a hacerse más recurrentes.

Fue así como, por ejemplo, la pregunta de si acaso era la propia Constitución la que establecía y regulaba las AFP, las Isapres o el acceso a la vivienda, se empezó a plantear reiteradamente en los debates ciudadanos y en las redes sociales.

Como respuesta a esta demanda, en la madrugada del 15 de noviembre de 2019 se firmó en el Congreso el denominado «Acuerdo por la paz y por la nueva Constitución». Aquí se estableció que sería el pueblo, a través de un plebiscito, el que decidiría si acaso haremos una nueva Constitución y cuál será el mecanismo a utilizar para elaborar dicho documento (Convención Constitucional o Convención Constitucional Mixta). La suerte estaba echada: por primera vez en su historia, la esperanza de que el pueblo chileno participara en la elaboración de su propia Constitución se convirtió en una realidad que ha copado el debate público y, probablemente, nos mantendrá ocupados por varios años.

Evidentemente, la materialización de este acuerdo generó muchos efectos. Algunos ciudadanos y ciudadanas se sintieron traicionados y expropiados por un pacto que no se realizaba con los manifestantes, sino entre la misma élite política a la que culpaban. Este descontento se basaba en la idea de que la Constitución debe ser un proceso que rompa con la institucionalidad actual y surja enteramente del pueblo movilizado. Algo que, en términos prácticos —y como veremos en este libro—, es muy difícil de llevar adelante de un modo democrático y no violento. Por otro lado, aquellos que se han beneficiado de la Constitución de 1980 o que no ven en ella problema alguno, se articularon en torno al rechazo de cualquier transformación constitucional que fuera fruto o impulsada por el movimiento social. Sin embargo, y a pesar de estas diferencias, esta esperanza se concretó el 25 de octubre del año 2020 en un plebiscito en que el pueblo aprobó —por casi el 80%— la necesidad de redactar una nueva Constitución a través de una Convención Constitucional. El 20% que

rechazó, en tanto, no sorprendentemente estuvo estuvo constituido en gran parte por votantes de las tres comunas más ricas del país: Las Condes, Vitacura y Lo Barnechea.

Más allá de la visión que uno tenga sobre este acuerdo, el itinerario constituyente trazado implica tanto una continuidad como una ruptura con el régimen de la Constitución de 1980. Primero, podemos entenderlo como una continuidad en la medida de que el proceso de creación deberá ser aprobado por las mismas instituciones vigentes: es decir, son las instituciones de la Constitución del 1980 las que determinarían el fin de la misma. Ahora bien, no hay certeza de que la nueva Constitución consagre las demandas que la ciudadanía ha levantado mediante manifestaciones, cabildos y reuniones. Y como la desconexión entre las demandas ciudadanas y las decisiones de los órganos representativos está en el centro del problema de legitimidad, es de esperar que quienes asuman un rol deliberante en el proceso, eviten redactar un texto que reproduzca los males del modelo político, social y económico que hoy es rechazado por la ciudadanía.

¿Pero por qué podemos decir que el proceso constituyente supone, también, una ruptura con la Constitución de 1980? Porque al haber votado con una amplia mayoría por la opción Apruebo, la ciudadanía tiene en sus manos la decisión de poner término definitivamente a la vigencia del modelo constitucional heredado de Pinochet. Con ello, y hasta que finalice el proceso, la Constitución de 1980 estará jurídicamente vigente, pero políticamente desahuciada: queda a la espera de ser remplazada por una nueva redactada íntegramente por representantes de la ciudadanía elegidos mediante nuevas reglas electorales.

Así, al incorporarse elementos fundamentales de deliberación democrática como la garantía de paridad entre hombres y mujeres (¡por primera vez en todo el mundo!), cuotas para pueblos originarios y la participación de la sociedad civil a través de

candidatos independientes, se responde a la necesidad de una mayor representatividad ciudadana que permita la creación de una Constitución que se haga cargo de los intereses y necesidades de todos y todas.

Sin embargo, como ocurre en todo proceso que se erige como una promesa para un mejor futuro, existe un razonable escepticismo frente a él. ¿De qué manera una nueva Constitución puede responder frente a los problemas o malestares concretos de la ciudadanía? Si bien un proceso de estas características tiene importantes potencialidades trasformadoras, las esperanzas y la necesidad de un cambio político no deben llevarnos a pensar que, al crear una nueva Constitución, estamos construyendo necesariamente un Estado de bienestar que va a proveer mejores servicios y oportunidades. Una nueva Constitución puede «hacer posible» la construcción de este tipo de Estado, pero aprovechar dicha posibilidad requerirá un esfuerzo político de largo aliento por parte de todos y todas quienes formamos la comunidad política.

Durante este proceso, la ciudadanía comenzó a requerir a los expertos y expertas en teoría política y constitucional para comprender qué significa y cómo se hace una nueva Constitución. Y ante esta demanda, en muchos surgió la aprensión de que la Constitución era una cuestión demasiado técnica, cuya especificidad escapaba de lo que la ciudadanía podía entender y, por ende, debía solo ser abordado por especialistas.

Nada más lejano a la realidad.

Lo que este libro busca es precisamente mostrar que el lenguaje constitucional y constituyente no es —y no debe ser— misterioso ni excesivamente técnico. Como el lector podrá darse cuenta al leer estas páginas, los temas constitucionales están lejos de tener una complejidad que los haga ajenos a la ciudadanía, sin perjuicio de que los políticos, abogados y cientistas políticos a veces hayamos enredado las cosas más de lo necesario.

El objetivo, entonces, es saldar la deuda que los académicos y académicas podemos tener con la ciudadanía en el sentido de haber sobrecomplejizado temas que en realidad son tan fundamentales: temas que, bien explicados, todos pueden entender y opinar con pertinencia y relevancia. Queremos ofrecer insumos para guiar, informar e inspirar la participación de los ciudadanos en el proceso constituyente. Queremos que no haya conceptos oscuros, que todos puedan opinar y que exista plena comprensión de por qué la Constitución es importante para nuestra vida cotidiana, para nuestros proyectos de largo plazo, para el desarrollo de nuestra comunidad, para mejorar nuestra salud, nuestras pensiones, nuestra educación, proteger el medio ambiente, etc. Seguramente, el texto constituyente que resulte no será perfecto, pero mientras más voces se escuchen y mientras más personas participen, más posibilidades habrá de que existan arreglos institucionales y, lo más importante, más espacios para que todos y todas puedan vivir con dignidad.

Por supuesto que el itinerario constituyente —originalmente fijado por el acuerdo del 15 de noviembre— ha sido alterado por la catastrófica situación sanitaria. Desde su comienzo, la emergencia generada por el Covid-19 ha dificultado la continuidad del proceso. Una de las modificaciones más importantes fue la recalendarización del plebiscito, que inicialmente iba a realizarse en abril, para el 25 de octubre. Afortunadamente, este pudo ocurrir de manera ordenada y tomando todas las medidas sanitarias necesarias para que no significara un mayor riesgo para la población. Todo esto pese a que, desde marzo de 2020, el Covid-19 ha llevado a la declaración de estado de emergencia, a la implementación de un extendido toque de queda nacional, múltiples cuarentenas locales y a la imposición de medidas sanitarias de distanciamiento físico. Y lamentablemente, en el camino, Chile ha enfrentado el doloroso escenario de ser uno de los países con mayor tasa de contagio y mortalidad del mundo.

De este modo, creemos que el proceso constituyente abierto en octubre de 2019 sigue innegablemente vigente y, más aun, ha sido reafirmado por las consecuencias de la pandemia. Las desigualdades e injusticias que llevaron a la explosión social se han agudizado. La estructura del sistema de salud, la calidad de la seguridad social, las condiciones de vivienda de nuestra población, las desigualdades de género, entre otras, son cuestiones que la crisis sanitaria ha puesto al centro de la discusión política. La precariedad de las condiciones materiales en que viven muchos chilenos ha tenido un impacto directo en su probabilidad de contagio y en su capacidad para cumplir con las medidas sanitarias impuestas por la autoridad. Muchos se han visto obligados a incumplir estas medidas, arriesgar su salud y la de sus cercanos para poder sobrevivir. Y mientras la ayuda social —que asegure condiciones para el cumplimiento de estas medidas— ha llegado a pasos muy lentos, la intensificación del control policial y la criminalización ha llegado rápidamente, aplicándose con el sesgo de clase que siempre ha caracterizado al derecho penal.

Para finalizar quisiéramos hacer unas breves prevenciones sobre el contenido de este libro. Hemos invitado a una serie de profesores y profesoras de Derecho y otros profesionales a escribir un breve capítulo sobre algún concepto o tema que nos pareció clave para abordar la conversación. Esto implica, desde luego, que a pesar de que revisamos muchos temas que serán discutidos por el órgano constituyente y por la ciudadanía, de seguro no alcanzamos a abordar varias aristas implicadas.

Los primeros capítulos están destinados a situar nuestra Constitución en términos históricos, políticos, sociales y económicos, así como a ofrecer al lector una especie de diccionario de conceptos fundamentales a la hora de embarcarse en un proceso constituyente. En los capítulos de la segunda mitad, en tanto, se discuten algunos derechos e intereses públicos que

deberían ser regulados en una nueva Constitución y, por supuesto, se sugieren consideraciones a tener en cuenta durante la discusión de estos temas en específico.

Rocío Lorca
Pablo Marshall
Nicole Selamé
Matías Guiloff

¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?

Pablo Marshall[*] *& John Charney*[**]

Entender el concepto es un punto de partida que no solo nos permite mirar críticamente la Constitución vigente, sino que además participar informadamente en el proceso de creación de una nueva. Y aunque debiese ser la pregunta más básica y simple de aclarar, nos referimos a un concepto sumamente discutido.

Algunos consideran que una Constitución es una herramienta de limitación del poder, y otros, por el contrario, que es justamente un acto de creación del poder, o la forma en que el poder político se concede una forma concreta. A lo largo de este capítulo, intentaremos definir un buen concepto de Constitución, asumiendo, precisamente, que su principal característica es su complejidad. Y es importante enfatizar esto porque iniciar una discusión constitucional o constituyente sobre la base de un

* Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile.

** Profesor de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso.

concepto incorrecto, puede llevar a terminar la discusión antes de siquiera empezarla.

Por nuestro lado, creemos que gran parte de esta discusión sobre su concepto se debe a que la Constitución se sitúa en un lugar ambiguo entre el derecho y la política: es decir, involucra la práctica de abogados, tribunales, políticos profesionales, el Congreso y las burocracias. Ahora bien, que la Constitución sea parte del derecho y de la política al mismo tiempo, constituye, desde el punto de vista de su función, una ventaja: permite entregarle poder a los órganos del Estado y, del mismo modo, limitar su actividad por medio del Derecho. Pero, lamentablemente, desde el punto de vista pedagógico, la ambigüedad del lugar que ocupa la Constitución solo supone dificultades.

Para minimizar estas dificultades y hacer más accesible la complejidad del concepto, utilizaremos la siguiente estrategia: primero describiremos la Constitución desde un punto de vista estrictamente jurídico. Así, hablaremos de ella como una norma jurídica de la más alta jerarquía que tiene como contenido el establecimiento de los órganos del Estado, los principios que guían su actuar y los derechos fundamentales que los ciudadanos pueden demandar del Estado.

En segundo lugar, cambiaremos el foco y abordaremos la Constitución desde un punto de vista político. Hablaremos, para no confundir las cosas, de la Constitución como un *orden constitucional* que distribuye el poder en una sociedad políticamente organizada. Esperamos que, al mostrar estas dos perspectivas (y cómo ellas se interrelacionan), podamos dar una respuesta comprensible, pero no por ello demasiado simple, a la pregunta que nos ocupa.

La Constitución como texto jurídico

Partamos por el concepto puramente jurídico: la Constitución puede ser descrita como un texto jurídico que establece,