

LOS REGLAMENTOS DE LA CONVENCIÓN: ASPECTOS PREOCUPANTES

- La semana pasada, a tres meses de funcionamiento de la Convención Constitucional (CC), finalizó la votación de los cuatro reglamentos que regirán a la misma: el Reglamento General, el Reglamento de Ética, el Reglamento de Participación y Consulta Indígena y el Reglamento de Participación Popular.
- En cada uno de estos reglamentos se aprobaron algunas normas que resultan preocupantes, pues contrarían el marco jurídico vigente que rige a la CC, vulneran ciertos derechos y libertades y anticipan definiciones y/o limitan discusiones que deberían producirse en el debate de fondo.
- Con los reglamentos ya aprobados, la próxima semana comienza la instalación y el funcionamiento de las siete comisiones temáticas que abordarán los contenidos de la nueva Constitución.

La semana pasada, el Pleno de la CC concluyó la votación de los cuatro reglamentos emanados de las comisiones provisorias creadas para tal efecto: (i) el Reglamento General; (ii) el Reglamento de Ética y Convivencia; Prevención y Sanción de la Violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distinto tipos de discriminación; y de Probidad y Transparencia en el ejercicio del cargo (Reglamento de Ética); (iii) el Reglamento de Participación y Consulta Indígena (Reglamento Indígena); y (iv) el Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente (Reglamento de Participación Popular). Adicionalmente, cabe señalar que la CC aprobó el informe emanado de la comisión provisoria de Derechos Humanos, cuyos aspectos más preocupantes fueron abordados en un Tema Público anterior¹ y se efectuaron algunas enmiendas al ya aprobado Reglamento que establece y distribuye las asignaciones de los convencionales constituyentes.

¹ Temas Públicos N°1512-1, de 10 de septiembre 2021. “Propuestas Reglamentarias para la Convención Constitucional: el Pleno tiene la palabra”.

A continuación, alertamos sobre algunas normas y aspectos preocupantes de los reglamentos que fueron despachados por el Pleno²:

1. REGLAMENTO GENERAL

A) Poder Constituyente Originario. El artículo 1° del Reglamento General aprobado establece que: “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”. Esta norma constituye un aspecto muy preocupante, toda vez que no sólo adelanta discusiones de fondo, sino que también constituye una manifiesta vulneración a la Constitución vigente. Primero, porque señala que la CC tiene un poder constituyente originario (en circunstancias, que ésta detenta un poder derivado de la actual Constitución -fruto de una reforma constitucional aprobada por el Congreso Nacional- que la mandata y le da facultades, y establece límites para redactar una nueva Carta Fundamental). Segundo, por cuanto señala que la soberanía reside en los pueblos (sin especificar a qué pueblos se refiere), vulnerando con ello los artículos 5° y 135 de la Constitución vigente, que establecen expresamente que la soberanía reside esencialmente en la Nación.

B) Principios rectores del Reglamento. El artículo 3° del Reglamento aprobado establece más de una veintena de principios rectores para la Convención, los cuales “**constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente, teniendo todos, la misma relevancia**”. Según dispone la norma, tanto el Reglamento como el actuar de la Convención deberán aplicar y respetar los principios de preeminencia de Derechos Humanos, Enfoque de género y perspectiva feminista, plurinacionalidad, descentralización, plurilingüismo e igualdad lingüística, participación popular incidente, el principio de respeto y cuidado de la naturaleza y aplicación de un enfoque ecológico, entre muchos más. Más allá de la impertinencia de muchos de estos principios en el Reglamento, preocupa la definición que se hace de cada uno de ellos, sin que aún haya existido una discusión sobre el fondo de cada uno de estos asuntos.

C) Comisiones Temáticas y las materias incluidas y excluidas de los temarios. El Reglamento General contempla siete comisiones temáticas que serán las

² Algunas de estas normas también fueron abordadas en el Tema Público N°1512 1, de 10 de septiembre de 2021.

encargadas de estudiar, deliberar y aprobar las propuestas de normas constitucionales y disposiciones transitorias que serán sometidas a la discusión y aprobación por el Pleno de la CC. Estas siete comisiones corresponden a las siguientes: a) Comisión sobre Sistema Político, Gobierno, Poder Legislativo y Sistema Electoral; b) Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía; c) Comisión de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal; d) Comisión sobre Derechos Fundamentales; e) Comisión sobre Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico; f) Comisión sobre Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos de Control y Reforma Constitucional; g) Comisión sobre Sistemas de Conocimiento, Ciencia y Tecnología, Cultura, Arte y Patrimonio. **Asimismo, el Reglamento contempla para cada una de ellas, el listado de temas que, a lo menos, deberán abordar.**

Al respecto, y en particular sobre los temas que deberán abordar las comisiones temáticas, constituye una mala señal que se hayan excluido de los extensos temarios de las comisiones algunas materias que resultan de especial importancia y de amplio reconocimiento internacional. Si bien esto no significa que dichos temas no puedan ser discutidos y tratados por las comisiones (toda vez que se establece un listado de las materias mínimas), resulta preocupante la señal política que envía la CC al efecto. Para ilustrar lo anterior, por ejemplo, se excluyó de la Comisión sobre Derechos Fundamentales, derechos tan importantes como la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, la libertad de trabajo, la no discriminación arbitraria por parte del Estado en materia económica o la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas, así como tampoco se hace mención al Banco Central. Por el contrario, en la Comisión de Medio Ambiente se incorporan como temas mínimos materias tan específicas como la soberanía alimentaria y resguardo de la semilla ancestral y campesina; y el estatuto antártico y estatuto de glaciares y criósfera. Con ello, resulta evidente que la Convención anticipa ciertas discusiones de fondo.

D) Mecanismo de reemplazo para convencionales independientes. En el contexto del reemplazo del convencional Rodrigo Rojas Vade, se aprobó una norma (artículo 28 del Reglamento General) que regula qué ocurre en caso de vacancia del cargo de un convencional y cómo se procederá a proveer el cargo. Tratándose de convencionales elegidos como independientes que hubieren postulado integrando una lista de independientes, la norma establece que serán reemplazados por la persona del mismo género que haya obtenido la siguiente más alta mayoría de la misma lista. Dicha norma constituye una infracción evidente a la Constitución

vigente, toda vez que ésta señala expresamente que los independientes no serán reemplazados.

2. REGLAMENTO DE ÉTICA

A) Principios poco atingentes. El ejercicio de la función y conducta de los convencionales constituyentes deberá estar orientado por la integridad, la responsabilidad, la rigurosidad en el ejercicio del cargo, el respeto de los Derechos Humanos y de la naturaleza, la solidaridad, la justicia social y la lealtad al mandato que le han entregado los pueblos y naciones de Chile (hacemos notar que no se hace referencia a la Constitución, que es la que le otorga el mandato a la CC) y al principio del Buen Vivir, el principio Biocéntrico, el principio del Itrofill Mongen, el principio del Suma Qamaña y Sumak Kawsay. Estos últimos principios no son atingentes a lo que debe regular un reglamento de ética, al tiempo que no están en castellano, siendo conceptos confusos y dando lugar a interpretaciones que pueden complejizar el trabajo de la Convención.

B) Conceptualización y sanción del negacionismo. En términos generales, se entenderá por negacionismo “toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a éste. Así también, se entenderá como negacionismo toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice las atrocidades y el genocidio cultural de las que han sido víctima los pueblos originarios y el pueblo tribal afrodescendiente a través de la historia, durante la colonización europea y a partir de la constitución del Estado de Chile”. La definición no sólo comprende las acciones, sino también las omisiones, cuestión sumamente compleja. Lo mismo ocurre con el verbo “minimizar”. Todos estos conceptos vagos entran en colisión evidente con el derecho a la libertad de expresión. En definitiva, imponer un pensamiento determinado a condición de incurrir en algún tipo de sanción no hace más que contrariar la libertad de expresión que detentan todas las personas por el hecho de ser tales, sin distinción. A mayor abundamiento, intentar reprimir opiniones, por más execrables que sean, deviene en un mal precedente de cara a la discusión de fondo, al tiempo que constituye una censura blindada.

En lo que respecta a la sanción, se estableció que constituye una infracción al principio de ética en el ejercicio del cargo realizar alguna de las conductas de negacionismo en los términos expresados, cuya sanción podrá ser la amonestación,

o bien, la censura, sin perjuicio que dichas sanciones llevarán consigo como pena anexa una multa.

C) Conceptualización de desinformación. Se entenderá por desinformación la expresión, a través de cualquier medio físico o digital, de un hecho que se presenta como real, conociendo o debiendo saber que es falso. Al respecto, resulta problemático desde un punto de vista probatorio, acreditar el “debiendo saber que es falso”, puesto que la norma no establece un estándar de diligencia. En este contexto, será una norma abierta y subjetiva que puede dar lugar a equívocos.

3. REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA INDÍGENA³

A) Derecho a la participación indígena durante el proceso constituyente. El artículo 1º de este reglamento establece que la CC “**iniciará un proceso de participación y consulta indígena**, conforme a los estándares internacionales de los Derechos Humanos de los pueblos indígenas, los cuales se encuentran establecidos, **entre otras fuentes del derecho internacional, en aquellas mencionadas en el presente reglamento, que la Convención asume soberanamente**”. El proceso de participación y consulta indígena tendrá por objeto que, en el marco del funcionamiento de la CC y la propuesta de Constitución que elabore, “el Estado de Chile reconozca, especifique, respete, promueva, proteja, garantice todas sus obligaciones para con los distintos pueblos y naciones indígenas preexistentes, que emanan de las obligaciones internacionales contraídas. El proceso de participación indígena se concretará en diversos mecanismos, los cuales deberán respetar y adaptarse a las particularidades e instituciones propias de los distintos pueblos y naciones indígenas preexistentes”. Al respecto, cabe señalar como primer punto que, conforme al artículo 34 del Convenio N°169 de la OIT, en relación al artículo 6 del mismo tratado y a la normativa interna chilena que concreta el tratado, Chile no está obligado a realizar una consulta indígena en el marco del trabajo de la CC. Por otro lado, el carácter continuo y permanente de la consulta (art. 3, letra d), a nivel nacional, hacen que el ejercicio sea inviable en el lapso de tiempo que tiene la CC para sesionar.

B) Reducción de espacios de deliberación de los convencionales y amplia referencia a instrumentos internacionales no obligatorios para Chile. Es fundamental que los reglamentos de la CC se ciñan a los marcos establecidos en el

³ El reglamento de Participación y Consulta Indígena tuvo una acalorada discusión en el Pleno de la CC, toda vez que se presentó y se aprobó finalmente por la CC una indicación sustitutiva a la propuesta de reglamento emanada de la respectiva comisión provisoria.

derecho nacional y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin embargo, el reglamento aprobado, como se señaló anteriormente, somete el proceso de participación y consulta indígena a las “fuentes del derecho internacional, mencionadas en el presente reglamento, que la CC asume soberanamente.” En efecto, el reglamento indica que, en cualquier caso, la CC debe asegurar los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, así como en otras fuentes normativas señaladas en el artículo 7⁴, el cual fija para el proceso de participación y consulta (y por tanto, para la labor de la Comisión Indígena y Secretaría Indígena) una serie de instrumentos internacionales de naturaleza jurídica distinta a la de un tratado internacional, por lo que no pueden ser considerados directamente derecho vigente en Chile. Incluso considera como fuente normativa vinculante a “otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables” abriendo ilimitadamente los límites conceptuales y normativos aplicables a los convencionales. En definitiva, es grave que se consideren como fuentes normativas vinculantes instrumentos que no constituyen tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, obligándose la CC a más de lo que el Estado de Chile está obligado. Además, se regula que la interpretación de cualquier instrumento relacionado a la participación y consulta debe realizarse “conforme a las fuentes normativas y principios del Derecho Internacional y los usos y costumbres de cada pueblo” (artículo 8).

Para mayor afectación de la libertad de los convencionales, en el artículo 6 relativo a los principios que deberán regir la participación y consulta indígena, se consagran, entre otros, el **principio de salvaguarda**, el cual consiste en que la CC deberá siempre salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo a la

⁴ Artículo 7. Fuentes normativas del proceso. **La Convención Constitucional reconoce como fuentes normativas vinculantes para el proceso de participación y consulta** indígena de buena fe, **al menos a las siguientes**: a) El derecho propio o consuetudinario de los pueblos originarios. b) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; c) El Convenio Nº 169 de la Organización Internacional del Trabajo; d) El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; e) El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; f) La Convención Americana de Derechos Humanos; g) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial h) La Convención sobre los derechos del niño. i) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer j) La Convención sobre Diversidad Biológica. k) La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. l) La Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas; m) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; las Observaciones y Recomendaciones de los Comités de Tratados de Derechos Humanos, las Relatorías Especiales de Derechos Humanos, de Naciones Unidas; las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; n) Otros instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas, así como en otras fuentes normativas apuntadas en el referido artículo 7, y el **principio de pro pueblos**, que obliga a la CC, la Comisión y la Secretaría de Participación y Consulta Indígena a interpretar y preferir la norma en la forma más extensiva y amplia en relación a los derechos de los pueblos indígenas, así como a estarse a la interpretación menos restrictiva de los derechos de estos pueblos, cuando se trate de establecer restricciones al ejercicio de esos derechos colectivos.

4. REGLAMENTO DE PARTICIPACIÓN POPULAR

A) Plebiscito Intermedio Dirimente. Este mecanismo de participación es quizás el más problemático de todo el reglamento, no sólo por burlar el acuerdo que regula el proceso constituyente en curso (materializado en la reforma constitucional que consta de la Ley N°21.200 y plasmado en nuestra Constitución), sino que también porque es un desincentivo para la búsqueda de acuerdos amplios, toda vez que -en la práctica- es una vía para no cumplir con la regla de los 2/3. Para cobrar validez jurídica (y que pueda implementarse) se requieren reformas legales y constitucionales. Esto último es reconocido por el artículo 51 del reglamento en cuestión, que mandata a “las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes” a realizar “las reformas a los cuerpos normativos pertinentes”. Sin embargo, no menciona explícitamente que es ni más ni menos que la Constitución la que se debería modificar, alterando incluso normas básicas que van más allá del Capítulo XV⁵, como sería el caso del Capítulo II sobre “Nacionalidad y Ciudadanía”⁶. Por lo demás, no corresponde que a través de una norma reglamentaria se presione a los poderes colegisladores para reformar la Constitución y demás cuerpos normativos pertinentes, menos cuando hay gasto público involucrado, como es el caso. Por lo demás, el grado de espacio o libertad que el reglamento deja en la materia al Congreso y al Presidente de la República para concordar una reforma constitucional y legal de esta naturaleza es absurdamente reducido, agotando la norma reglamentaria todo el detalle regulatorio sobre el procedimiento, los plazos y quiénes participaran en el plebiscito.

⁵ Este capítulo lleva el título: “Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una Nueva Constitución de la República”.

⁶ Toda vez que el reglamento establece que podrán participar en los plebiscitos dirimentes los chilenos con residencia en el territorio y en el extranjero, desde los 16 años, lo cual es contrario a lo que dispone el artículo 13 de la Constitución, que reconoce los derechos de sufragio para los chilenos que hayan cumplido 18 años de edad.

Es importante recordar que la CC tiene por un mandato único redactar una propuesta de nueva Constitución. Para ello, tiene expresamente prohibido atribuirse soberanía que no le corresponde; no puede imponer reformas a la Constitución ni a otros cuerpos legales, ni tampoco dar órdenes a otros poderes del Estado. En suma: su actuar está limitado por la Constitución⁷, por lo tanto, del Congreso y del Ejecutivo dependerá -en última instancia- si es que acaso dichos límites son o no modificados en la mitad del camino, al arbitrio y medida de la Convención, con los riesgos que ello implicaría para nuestro Estado de Derecho. Además, modificar las reglas del Capítulo XV de la Constitución podría abrir la discusión sobre si es necesario ratificar esos cambios vía un plebiscito, teniendo en cuenta que la ciudadanía ya se pronunció en el plebiscito de entrada con otras reglas a la vista.

B) Incorporación de un feriado para la realización de las “Jornadas Nacionales de Deliberación”. Estas son definidas como “instancias de participación popular abierta que se desarrollarán en todo el territorio, en un día feriado y de forma simultánea” (artículo 54). Tal como lo hace al artículo 51 con respecto al plebiscito dirimente, este artículo mandata a otros órganos del Estado para la realización de “las reformas necesarias para la aprobación de uno más feriados a efectos de facilitar la participación popular”. Es decir, reconoce que la iniciativa -la incorporación de feriados- escapa de sus atribuciones, y opta por intervenir en las facultades de otros órganos (contraviniendo lo dispuesto en el artículo 135 de la Constitución), para que ajusten las reglas a su medida.

C) Regulación de mecanismos especiales para la participación de “Grupos Históricamente Excluidos”. El Reglamento dedica un título completo (Título VIII) a regular la participación de doce “grupos históricamente excluidos”⁸, estableciendo mecanismos diferenciados y específicos a cada uno de ellos, que permitirían favorecer su participación. Constatamos que este apartado tiene diversas implicancias: en primer lugar, desde una perspectiva sociológica, parte de la base de reconocer -como una verdad única y definitiva- que todos esos grupos

⁷ Recordemos que en materia de derecho público sólo se puede hacer aquello que está expresamente permitido.

⁸ (1) Personas en situación de discapacidad; (2) Personas mayores; (3) Personas cuidadoras informales de personas con dependencia; (4) Niños, niñas y adolescentes; (5) Personas de sectores rurales y de difícil acceso; (6) Personas migrantes; (7) Personas chilenas residentes en el extranjero; (8) Personas privadas de libertad; (9) Personas de las diversidades sexo-genéricas; (10) Pueblos originarios y tribales afrodescendiente; (11) Personas en condición de refugio y solicitantes de refugio; (12) Personas sordas.

efectivamente han sido “históricamente excluidos”, acotando cualquier debate posterior. En segundo lugar, desde una perspectiva política y jurídica, esta regulación vulnera el principio de igualdad ante la ley, al reconocer mecanismos y condiciones especiales para la participación de ciertos grupos preestablecidos de la sociedad. Lo anterior conlleva una discriminación positiva, que, si bien puede no ser completamente arbitraria, arriesga que el proceso termine favoreciendo la participación de algunos grupos en desmedro de otros, sobrerrepresentando ciertas demandas de manera artificiosa. Esto no quiere decir que no se deba velar por una participación e inclusión efectiva de los grupos ahí mencionados, pero consideramos que ello debe hacerse en condiciones que sean proporcionadas y que favorezcan una participación equitativa de todas las personas.