

ENTREVISTA

EL PROCESO CONSTITUYENTE CHILENO: DESAFÍOS PARA UN AÑO CRUCIAL¹

Fabiola Miranda Pérez²

Carlos Andrade³

(Entrevistadores)

1. Antecedentes

El *estallido social* iniciado el pasado 18 de octubre ha vuelto a instalar, por parte de la ciudadanía, una serie de demandas al Estado y particularmente al gobierno, en diversos ámbitos del bienestar. En este contexto, uno de los requerimientos que ha emergido con fuerza es contar con una nueva Constitución nacida en democracia, producto de un proceso participativo. Ello abre la posibilidad única de erradicar la Constitución heredada de la dictadura y que hasta el día de hoy ha operado como obstáculo para reformar el rol del Estado en materia de derechos de la ciudadanía. Con miras a profundizar en torno a este tema, conversamos con **Miriam Henríquez**, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Santiago de Compostela (España) y profesora de los cursos de Teoría Política y Constitucional y Derecho Constitucional I, II, III en la Universidad Alberto Hurtado. Ella ha participado activamente en medios como una de las pocas mujeres abogadas constitucionalistas, liderando discusiones en diversos espacios y defendiendo con fervor el surgimiento de un nuevo pacto social que no deje subrepresentadas a las mujeres y a otros grupos considerados minoritarios. Cabe destacar que ella ha sido, además, coordinadora y autora de diferentes trabajos que han centrado su análisis en

¹ Entrevista realizada en diciembre de 2019.

² Doctora en Ciencia Política, Universidad de Grenoble Alpes, Francia. Académica del Departamento de Trabajo Social, Universidad Alberto Hurtado.

³ Magister en políticas públicas, Universidad de Chile, Doctor © en Trabajo Social y Políticas de Bienestar, Universidad Alberto Hurtado. Académico Departamento de Trabajo Social Universidad Alberto Hurtado.

temáticas constitucionales, entre los que destaca su último libro, titulado *Las Fuentes del Orden Constitucional Chileno*, publicado el año 2016 y editado por Thomson Reuters.

2. Entrevista

Carlos Andrade: Miriam, ¿nos podrías contar resumidamente tu trayectoria personal y profesional y cómo llegas al Derecho Constitucional?

Miriam Henríquez: ¡Qué pregunta más profunda! Yo hice toda mi formación de educación básica, media y universitaria en Argentina. Creo que es un dato porque, en definitiva, la manera en que uno se aproxima luego a un ordenamiento jurídico distinto es con una visión más desprejuiciada, crítica o reflexiva. Yo estudié en Argentina y siempre en la carrera me gustó el Derecho Público. Entendía que era un paso necesario para desarrollarme profesionalmente contar con estudios de postgrado. Entonces definí hacer un Magister en Derecho Público, porque me gustaba el Derecho Administrativo; luego derivé en el Derecho Constitucional. Tuve varias opciones y una de ellas, por la que me incliné finalmente, fue el Magister en Derecho Público en Chile. Y lo cursé en la Pontificia Universidad Católica. Cuando inicié mis estudios de Magister, una de las cosas que me sorprendió fue que se estudiara una Constitución que, desde mi perspectiva y mirándola de afuera, era ilegítima. Me pareció en ese momento muy sorprendente, pero claro, luego comprendí el contexto y las circunstancias de su vigencia. Posteriormente hice un Doctorado en Derecho en España, precisamente en Derecho Constitucional y, con treinta años, me doctoré y empecé mi carrera académica con una formación bastante especializada en Derecho Constitucional. Inicié mi carrera como profesora en la Universidad de Atacama, en Copiapó.

Valoro esos distintos tránsitos de mi educación: una formación en Argentina, luego acá en la Universidad Católica, para después estudiar en España. La actividad profesional académica la he desarrollado en Chile, y fundamentalmente en Santiago. Esa ha sido mi aproximación al Derecho Constitucional chileno, que es muy distinto al argentino y al español, porque el Derecho difiere según sea el país y eso es una particularidad de nuestra disciplina.

Fabiola Miranda: Retomando el tema del estallido social del 18 de octubre en Chile, a tu juicio, ¿por qué llegamos a él?

Miriam Henríquez: Creo que la razón del estallido social tiene que ver con una crisis, que en su momento uno la pude leer como una crisis social, donde una serie de demandas de las personas *están y se mantienen* insatisfechas. El detonante fue el alza del transporte, pero claramente hubo momentos anteriores de demandas no cumplidas que tenían que ver con exigencias por una mejor educación, que estimo fue una de las más potentes por la movilización de los estudiantes secundarios y universitarios. Después, el tema de la salud y de las pensiones, de la seguridad social. En mi opinión, la crisis social fue el antecedente de la crisis política, y la crisis política tiene que ver de alguna manera con la deslegitimación de los partidos políticos, de los representantes, tanto del gobierno como del Congreso Nacional.

Hubo un momento, que fueron los primeros días tras el 18 de octubre de ausencia de liderazgo y de representación. Me parece que, de facto, hubo un cambio de poder desde el gobierno al Congreso Nacional.

Fabiola Miranda: ¿Una suerte de delegación, desde tu perspectiva?

Miriam Henríquez: Hoy parece que vivimos más que en un régimen presidencialista, en un régimen semi-presidencial, en el cual el Congreso definió, por ejemplo, la ruta de la reforma constitucional que permitirá el procedimiento para una nueva Constitución. Que haya sido por moción parlamentaria y no por mensaje presidencial es una señal muy potente de que el gobierno ha perdido la aprobación y el liderazgo.

En lo que respecta al cambio constitucional, si bien la crisis es multidimensional, su solución se canalizó políticamente con la propuesta de cambio constitucional, porque es allí donde se pueden reflejar estas demandas insatisfechas con una estructura de norma superior, pero es una vía, no la única.

Carlos Andrade: Miriam, una de las temáticas que afloran está vinculada con eso, principalmente: la necesidad de una nueva Constitución. ¿Cuáles serían, a tu juicio, los principales desafíos del proceso constituyente?

Miriam Henríquez: Los principales... La verdad es que creo que cada momento va a ser un desafío. Entonces, un primer desafío es asumir que el proceso constituyente se desenvolverá entre cierta inestabilidad o turbulencia. Luego, invitar a que las personas comprendan que es muy importante que este proceso sea participativo y que será necesaria esa participación en cada una de las etapas para que la nueva Constitución gane legitimidad, para que luego ésta sea duradera, respetada y obedecida. En fin, la participación es muy importante y si el voto fuera obligatorio, la participación estaría más asegurada. Actualmente está definido que solo la etapa final implicará un voto obligatorio.

Otro desafío es que quienes están liderando el proceso, los partidos políticos, identifiquen que, de alguna manera, Chile cambió. Que está sobre la mesa esta crisis política-institucional-social, y con ello que se modifiquen ciertas prácticas que son tan tradicionales. Como, por ejemplo, algo en que yo he estado muy involucrada es que el órgano constituyente tenga una representación inclusiva. Entonces, si uno sigue con los esquemas tradicionales, sería solo un órgano representativo, pero no sería necesariamente inclusivo de toda la sociedad. Como este es un pacto social, es fundamental que estén representados todos los sectores de la sociedad: las mujeres, los pueblos indígenas, las disidencias sexuales, las personas con discapacidad, entre otros. La forma en que se diseñe esa convención constituyente debe ser lo más representativa e inclusiva posible. Ese es otro desafío.

También lo es que el proceso constituyente se dé en un marco democrático e institucional. Se ha dispuesto que la actual Constitución establezca la forma en que se reemplazará. Por cierto, todos los desafíos estarán orientados a alcanzar la legitimidad de la nueva carta.

Fabiola Miranda: Desde tu perspectiva, teniendo además en cuenta los resultados de la Consulta Ciudadana Municipal llevada a cabo recientemente⁴, ¿cuál es el mecanismo más adecuado para elaborar una nueva Constitución para Chile?

Miriam Henríquez: La consulta ciudadana municipal es un termómetro, un buen indicador sobre la preferencia de la ciudadanía por aprobar un cambio constitucional, pero hemos podido observar que las circunstancias por estos días son cambiantes. Todo es tan frágil que, si no estamos conscientes de que en cada una de las etapas nos jugamos algo muy importante, los resultados podrían discurrir por otra vía.

Ahora, si tuviera que escoger entre los dos órganos propuestos, Convención Mixta o Convención Constitucional –bueno, se llama convención constitucional, pero en realidad es una Asamblea Constituyente– creo que la segunda satisface mejor todos los criterios anteriores, *representativa e inclusiva* y con mayor posibilidad de que participen los independientes y, por lo tanto, tenga mayor representación ciudadana. Además, la Convención mixta enfrenta dificultades, por ejemplo, la integración paritaria de los representantes parlamentarios porque las mujeres en el Congreso solo alcanzan el 23%. Pero fundamentalmente el problema lo enfrentaría el Congreso Nacional que por, aproximadamente dos años quedaría disminuido en su integración. En circunstancias que necesitaremos que esta institucionalidad se halle fortalecida. Va a haber mucha inquietud, por decirlo de alguna manera, mientras se estén discutiendo los temas constitucionales, y entonces las autoridades tienen que estar firmes, tienen que ser fuertes, y si el Congreso está disminuido a la mitad creo que eso no contribuye. El termómetro del domingo 15 de diciembre indica que la Convención Constitucional es la opción preferida por la ciudadanía.

Carlos Andrade: Miriam, pensando en lo que estabas mencionando recién, ¿el plebiscito de entrada debiese ser obligatorio?

⁴ Dicha consulta se realizó el 15 de diciembre de 2019. Fue organizada por la Asociación Chilena de Municipalidades y no tuvo un carácter vinculante. Pese a ello, fue valorada como una forma de *tomar el pulso* a la ciudadanía, la que se expresó mayoritariamente a favor de una nueva Constitución y de una Convención Constitucional como órgano encargado de su elaboración.

Miriam Henríquez: Creo que lo ideal es que el voto sea obligatorio en todas las etapas de este proceso, uno podría preguntarse por qué. Y la respuesta es porque este es un proceso excepcional, extraordinario, del que Chile no ha sido nunca parte. Y entonces tiene que contar con legitimidad, que se logra con la mayor participación de la ciudadanía, y si la ciudadanía no tiene la voluntad de votar porque le parece innecesario, indiferente, podría ocurrir que en el plebiscito de entrada la ciudadanía no concurra a votar. Imaginémonos que en el voto del plebiscito de entrada participe solo el 40% de la población y luego se escoja Convención Constitucional, se elijan a los representantes y luego vote en el plebiscito ratificadorio un 95%. La voluntad puede ser completamente distinta a la que se desarrolle previamente. Y, si en el plebiscito de salida la opción que gana es el rechazo, todo el proceso previo habrá quedado eventualmente sin sentido, porque el rechazo supondría mantener vigente la Constitución actual.

Fabiola Miranda: El politólogo Claudio Fuentes, de la Universidad Diego Portales, también explicaba un poco eso con relación a la legitimidad del proceso, porque si la voz de la ciudadanía se expresa con fuerza a través de un voto obligatorio al inicio, ayudaría a tener mayor claridad sobre el resultado final del proceso.

Miriam Henríquez: Exactamente, el voto obligatorio contribuiría a un fortalecimiento del proceso y, sobre todo, a tener mayores certezas. El voto obligatorio tanto en el plebiscito de apertura como ratificadorio generaría mayor seguridad sobre si habrá o no cambio constitucional.

Fabiola Miranda: Tomando el tema de la paridad de género, y también vinculándolo con lo que venimos hablando sobre la legitimidad de origen, ¿qué opinas respecto a la posibilidad de que la instancia escogida para elaborar la nueva Constitución no logre conformarse de manera paritaria con relación a hombres y mujeres?

Miriam Henríquez: Bueno, es el tema en que he estado trabajando por estos días, pero digo activamente, no solo académicamente. Por varias razones, la actual legislación establece para la elección de los parlamentarios cuotas en las listas de candidaturas. Pero las cuotas han demostrado no ser efectivas en la elección de representantes mujeres, en circunstancias que en las candidaturas ningún sexo puede estar representado más allá del 60%. Pero esa fórmula ha logrado que solo el

23% de los parlamentarios sean mujeres, y eso puede ser razonable, no sé si deseable, en el contexto de la dictación de una ley. Pero lo que está en juego aquí no es una ley, sino una nueva Constitución que nosotros mismos hemos definido como un nuevo pacto social. Entonces cambia el paradigma: si será un pacto, si será un pacto social, la representación de la sociedad, la *diversidad* de la sociedad tiene que ser distinta a la forma en que generalmente se dictan las leyes. La idea es que la representación sea un reflejo o un espejo de la sociedad. Si la sociedad chilena está integrada por más del 50% de mujeres, idealmente el 50% de la Convención debe estar también conformada por convencionales mujeres. Y no es un problema de representación, el asunto es que las mujeres puedan ser elegidas. Ese es el desafío. Entonces claro, la Convención paritaria busca que el 50% de la integración sean mujeres y el otro 50% sean hombres, sin perjuicio de que también, en la suma de estas peticiones, haya escaños reservados para pueblos indígenas, porque el género es transversal a todos los otros grupos.

¿Qué ganaría la Constitución con una Convención paritaria? Nuevamente ganaría legitimidad ¿Y por qué ahora es importante? Porque lo ideal es que, para el plebiscito del 26 abril⁵, cuando las personas vayan a votar, lo hagan con el panorama completo. ¿Y cómo se lograría? Esa es la parte compleja, porque como no se contempló en el acuerdo de la Comisión técnica, tampoco se plasmó en el capítulo de las reformas, así que lo que se está ideando es plantearlo como una disposición transitoria. Este asunto es el que está actualmente en discusión en la Cámara de Diputados y en el Senado⁶.

Fabiola Miranda: Para una parte de la ciudadanía es contradictorio que los menores de dieciocho años justamente tengan responsabilidad penal desde los catorce o dieciséis años, pero que finalmente no puedan votar. Desde tu perspectiva, ¿deberían votar los menores de dieciocho años? ¿O a qué edad debiesen votar?

Miriam Henríquez: Insisto, el proceso tiene que ser participativo, representativo e inclusivo. En primer término, las demandas sociales se originaron por los jóvenes, muchos menores de dieciocho años. Ellos también plantearon la posibilidad de cambiar la Constitución, entonces dejarlos fuera del proceso no contribuye a la legitimidad de éste ni de la Constitución, todo lo contrario. Parece

⁵ Este plebiscito fue aplazado para el 25 de octubre de este año, debido a la pandemia.

⁶ Tras la discusión en el Congreso Nacional, esta disposición fue finalmente aprobada el 4 de marzo recién pasado.

razonable que, si los jóvenes de dieciséis años tienen cierta responsabilidad penal, además eventualmente pueden contraer matrimonio – situaciones que suponen decisiones relevantes - no hay motivo para que recién puedan participar de un proceso legislativo o constituyente votando cuando hayan cumplido dieciocho años, que se asocia a la idea de ciudadanía. Para este proceso, estimo que una edad razonable para participar, con total seriedad, es dieciséis años.

También es controvertida la situación de los chilenos y las chilenas en el extranjero, porque el voto obligatorio será para los chilenos en Chile y no hay ninguna referencia para el voto de los chilenos en el extranjero, que perfectamente podrían participar de este proceso. Igualmente es el caso de las personas privadas de libertad, porque ellos tienen intactos sus derechos políticos, pero de facto no pueden votar, entonces, en realidad, es una responsabilidad del Estado brindar las condiciones para que las personas privadas de libertad puedan hacerlo.

Carlos Andrade: Súper interesante el tema del rol del Estado finalmente. Vinculado a eso, ¿qué elementos, a tu juicio, Miriam, debiesen estar presentes en la nueva Constitución para garantizar la protección social desde el Estado?

Miriam Henríquez: Lo primero es que las demandas sociales plantean una mayor intervención del Estado. Justamente uno de los principales debates será el rol del Estado ¿Más o menos Estado? De hecho, como trabajo de fin de semestre que encargué a mis estudiantes del último curso de Derecho Constitucional, versó sobre el rol del Estado y su vinculación con los derechos sociales. La mayoría de los trabajos expuso la necesidad del cambio del rol subsidiario del Estado por un Estado que genere mayor garantía o participación, mayor presencia, que no sea el Estado un regulador únicamente, sino que el Estado sea una persona jurídica que brinde algunos bienes básicos, y con ciertas cualidades como la calidad y el acceso igualitario. Pero claramente quienes defienden la Constitución actual, defienden al mismo tiempo un modelo de Estado subsidiario, donde este también regula el cómo los particulares satisfacen sus necesidades, o los particulares brindan los bienes básicos vinculados con los derechos sociales, que es lo que está detrás de la seguridad social, la salud y la educación.

Fabiola Miranda: Ligado a ello —y retomando el tema de los pueblos indígenas—, ¿cuáles son los mínimos legales que debieran estar consagrados en la nueva carta fundamental para hablar de una sociedad más justa e igualitaria, pensando también en las deudas que este país arrastra desde hace décadas, y que sabemos que están a la base del estallido social?

Miriam Henríquez: La Constitución, por la forma en que está dispuesto su articulado, a veces no permite que ciertas demandas sociales sean satisfechas. Un ejemplo es justamente el reconocimiento los pueblos indígenas que la Constitución omite. No hay Constituciones en Latinoamérica, salvo la chilena, que no haya fijado que el Estado tiene ciertas características, primero que no está fundado solo en una Nación, es decir, reconocen el Estado como plurinacional o multicultural o intercultural; o reconocen la preexistencia de los pueblos originarios; luego, les reconocen ciertos derechos individuales y colectivos.

Fabiola Miranda: ¿Por ejemplo también la posibilidad de tutelas frente a la exigibilidad de los derechos?

Miriam Henríquez: Respecto a la tutela, por un lado, sería conveniente definir la jerarquía de los tratados de derechos humanos. Actualmente la Constitución no define el valor de los tratados en el ámbito interno, su posición en relación con la ley, dificultando a los jueces su aplicación. ¿Cuál es la importancia de definir la jerarquía de los tratados? Si el nuevo catálogo de derechos fuera mínimo, se podría complementar con los derechos contenidos en los tratados.

Por otro lado, correspondería que la nueva Constitución permita una tutela real y efectiva a todos los derechos constitucionales, sin excepción, incluido los derechos sociales. Hoy la acción de protección no ampara los derechos sociales que suponen prestaciones para el Estado.

Carlos Andrade: Miriam, estamos llegando a la última parte. Queremos saber también —pensando en que los derechos son multidimensionales y que la interdisciplina es clave— en relación con la vinculación del derecho principalmente con otras disciplinas, ¿de qué manera, a tu juicio, se puede contribuir desde el ámbito social al campo del derecho y la justicia?

Miriam Henríquez: La ligazón que veo muy evidente en este momento de diseño del proceso constituyente, es del derecho constitucional con la ciencia política. Más adelante será el momento de los sociólogos, quienes son indispensables para identificar los problemas que dieron origen a la crisis; los trabajadores sociales, los historiadores, o sea las ciencias sociales todas. En las etapas próximas, las ciencias sociales deberán estar completamente presentes pues tendrá que ser un trabajo multidisciplinario.

Ha habido declaraciones de parlamentarios que han dicho que esto tiene que ser un proceso con los expertos, que tienen un trabajo de los abogados constitucionalistas. Esto, desde mi parecer, sería el peor de todos los escenarios, el peor de los mundos. O sea, ciento cincuenta constitucionalistas sentados en la mesa sería una tragedia. Primero tiene que haber una representación ciudadana, cualquier persona con o sin calificación debiera o podría ser un representante. Ahora, si hubiera que buscar expertos - no siendo necesario que los haya - todas las otras profesiones son bienvenidas. Pero los que tienen una mayor comprensión de la dificultad son los politólogos, los historiadores, los sociólogos y, en último término y para reflejar todas las demandas y acuerdos en forma de normas y acuerdos, los abogados.

Fabiola Miranda: ¿Cuál es el rol de la Universidad en este proceso constituyente, de la universidad en general, y de esta universidad en particular, donde el sello está puesto en las humanidades y en las ciencias sociales?

Miriam Henríquez: Todas las disciplinas son bienvenidas a aportar en este proceso, porque no hace falta tener una formación en especial para ser parte de este. Sin dudas las humanidades, las ciencias sociales serán indispensables. Como Facultad de Derecho nos hemos propuesta una tarea: la formación ciudadana, porque las personas tienen interés en saber, en participar, pero algunos creen no tener la formación necesaria y se inhiben. Para evitar esa inhibición, debemos contribuir a la formación. Debemos acercar el conocimiento a la ciudadanía para que se empodere y participe, pero aquello no debe ocurrir solo en la universidad, sino que debemos salir al territorio. El interés de todos, estudiantes, funcionarios y la comunidad, ha desbordado nuestras propias expectativas.

Carlos Andrade: Para concluir, más allá de lo jurídico, como ciudadana, ¿qué tipo de país aspiras a construir a partir del proceso constituyente que estamos iniciando? ¿Eres optimista respecto al resultado?

Miriam Henríquez: Totalmente optimista. Hemos pasado por todas las etapas, el primer remezón del 18 de octubre creo que a algunos nos dejó en *shock*, yo vivo frente a la Plaza Italia -o de la Dignidad- exactamente a metros de la estación Baquedano, en línea recta, entonces soy una testigo privilegiada de todo lo ocurrido. Para mí ha sido impresionante ser testigo de todo lo que ha sucedido, he sentido esperanza por los cambios posibles, pero también preocupación por la violencia, que condene provenga de quien provenga. La universidad ha hecho muchas cosas para mantenerse abierta como un espacio de diálogo y reflexión, y tengo la convicción que es lo que corresponde por su rol social. Por mi parte, me involucré apoyando activamente la paridad de género en el órgano constituyente que se defina. El optimismo me llevó a la acción.

Ahora, ¿cuál es el motor de ese optimismo? Yo creo que creo que Chile se merece una Constitución nacida en democracia, que sea el resultado de un pacto del que todos seamos parte como ciudadanos y que surja del diálogo. En definitiva, la búsqueda, al menos de mi parte, es que Chile sea más equitativo, más justo y que eso se refleje, por ejemplo, en la Constitución y en las políticas sociales. Este es el motor que me impulsa, pero bueno, no es un motor compartido, hay quienes se oponen a los cambios, pero el tema es saber cuidar la convivencia, porque somos un universo de personas con pareceres muy distintos, entonces hay que tener cuidado de no imponer una única visión. Ese es el principal desafío.

Fabiola Miranda: Miriam, muchas gracias por esta entrevista.