

Derechos humanos y poder constituyente

AUTORES: Salomón Alejandro Montecé Giler¹

Luís Alfredo Montecé Giler²

DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: alejandromontece_1983@hotmail.com

Fecha de recepción: 19-08-2022

Fecha de aceptación: 12-10-2022

RESUMEN

Este texto indaga en los conceptos y los procesos históricos que derivan en el otorgamiento del poder constituyente a un grupo de representantes (legisladores) para que elaboren una nueva (o reciente) carta magna. La Constitución es el marco general en el que se basan los sistemas democráticos para la gobernanza, de ahí que su reforma o redacción constituyan ocasiones excepcionales en la historia de un país. La Asamblea Constituyente se instala por mandato del pueblo, que ejerce de soberano al exigir su instalación y funcionamiento como producto de una revolución o de un cambio exigido por otras coyunturas históricas. Este ensayo se ocupa de definir y contextualizar el poder constituyente y su vinculación con los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: poder constituyente; poder constituyente originario; poder constituyente derivado.

Human rights and constituent power

ABSTRACT

This text investigates the concepts and historical processes that lead to the granting of constituent power to a group of representatives (legislators) to prepare a new (or recent) Magna Carta. The Constitution is the general framework on which democratic systems for governance are based, hence its reform or drafting constitute exceptional occasions in the history of a country. The Constituent Assembly is installed by mandate of the people, who exercise sovereignty by demanding its installation and operation as a product of a revolution or a change required by other historical conjunctures. This essay deals with defining and contextualizing the constituent power and its relationship with human rights.

KEYWORDS: Constituent power; original constituent power; derivative constituent power.

¹ Abogado de los Juzgados y Tribunales de Justicia del Ecuador, por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Ciencias Internacionales, por la Universidad Central del Ecuador. Magíster en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Magíster en Derecho Penal, por la Universidad Uniandes, sede Ambato-Ecuador. Especialista en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Diplomado internacional de litigación oral conforme al COGEP, por la Universidad Autónoma de México. Doctorando, por la Universidad de Buenos Aires Argentina. Maestrante en Derechos Humanos, por la Universidad UNIR. Defensor público, en la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Profesor Universitario, por la Universidad Uniandes, sede provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Correo electrónico: alejandromontece_1983@hotmail.com Código ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7175-3398>

² Psicólogo clínico, por la Universidad Técnica Estatal de Babahoyo, Abogado de los juzgados y tribunales de justicia por la Universidad Uniandes, Ecuador. Código ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1004-4595>

INTRODUCCIÓN

El reinicio democrático que resulta del desarrollo del poder constituyente es una oportunidad invaluable para recoger, positivizar y garantizar el amplio catálogo de derechos que el derecho internacional de los derechos humanos. Pero en el caso particular de Chile, cuya Constitución de 1980 recogió amnistías y complicidades más que devolver derechos a sus ciudadanos, ese proceso constituyente viciado de nulidad do lugar a una evolución sociopolítica que reclama en la actualidad nuevas formas de hacer política desde la misma ciudadanía.

Un proceso constituyente alude a la creación de una constitución. Negretto señala que la mayoría de los análisis subrayan que este es un nuevo comienzo para una sociedad, el cual se puede producir en el paso de un régimen autoritario a uno democrático, e incluso dentro de una democracia ya establecida, cuando se llega a la conclusión de que algunos aspectos “de la constitución vigente se han tornado disfuncionales en una coyuntura histórica dada o porque la sociedad ha experimentado cambios que hacen cuestionable el origen y la orientación política del texto constitucional”³.

Un elemento clave en la comprensión del proceso de elaboración de una constitución es el momento histórico-político que atraviesa la nación que decide dar inicio a este proceso para retomar la democracia, adaptarla como forma de elegir gobierno o, incluso, para reelaborar el texto constitucional porque no coincide con la sociedad y el Estado, pues el proceso constituyente es, eminentemente, político. En el caso español, por ejemplo, lo primero que intenta conseguir el proceso constituyente de 1976 es una legitimidad democrática, “aprovechando la legitimidad monárquica, que se integra en el nuevo régimen en forma de monarquía parlamentaria y con el consenso incluso de las principales fuerzas republicanas (socialistas y comunistas)”⁴. En segundo lugar, pretende lograr el consenso entre las fuerzas políticas, para que depongan la confrontación subyacente de la guerra civil del 36 al 39 y convivan por fin pacíficamente: En tercer elemento es la aspiración del país de integrarse en el bloque europeo, que tiene como requisito insalvable la democracia, así, “intenta abrir un futuro europeísta para España, de desarrollo económico-social equilibrado por primera vez en la historia contemporánea del país, su desarrollo político y socioeconómico (plena vigencia del modelo occidental)”⁵. La elaboración de una constitución parte desde cero, ya que la ocasión es de cambio de régimen.

En Portugal la Constituyente tuvo dos funciones jurídicos-políticas: la primera en el plazo inmediato y la segunda en el largo. Legitimó la democracia de la Revolución, así como de las decisiones que adoptaron durante ese periodo los militares, los políticos y los sindicatos, que daban inicio a “grandes cambios en las estructuras económico-sociales, descolonización en África, y otra de largo plazo, la institucionalización de un régimen político democrático de tipo occidental con libertades políticas, pluralismo y garantías del Estado de Derecho”⁵. En el largo plazo, a la Asamblea Constituyente le correspondió definir el paradigma de Estado constitucional de derecho que sería el país.

Algunos autores consideran que el poder constituyente es un ejercicio del pueblo que, mediante elecciones, dota a los políticos del poder de crear una constitución, así, Nogueira Alcalá estima

³ Gabriel Negretto, “Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada”, *Verbatim*, vol. 35, n.º 1 (2015): 201.

⁴ José González Encinar, Jorge Miranda, Bolívar Lamounier y Dieter Nohlen, “El proceso constituyente”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 76 (abril-junio de 1992): 9. ⁵ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, 10.

que es una potencia extraordinaria y autónoma que la sociedad concede al gremio político para que dicte las normas que organizarán “su convivencia política y jurídica, pudiendo sustentar o cancelar la Constitución en su pretensión de validez”⁶. Para Sánchez Viamonte, el dominio y la capacidad del poder constituyente se localiza en el pueblo, “al darse por su propia voluntad una organización política y un ordenamiento jurídico”⁷.

En cuanto a la ciudadanización de la política, este es un fenómeno que consiste en la participación de los ciudadanos en la política, es decir, cuando no solo los políticos profesionales se ocupan de ella. Este concepto se ha desarrollado en Chile desde inicios del presente siglo, cuando el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, emite un informe de desarrollo en el que lo entiende como “un proceso de recuperación de la política en cuanto ejercicio propio de los ciudadanos, orientando la acción de estos, de manera complementaria a la acción política institucional, a la preocupación primordial por la calidad de vida social”⁹. El autor define a la agencia política ciudadana como un despliegue de “formas asociativas no estatutarias” (2020 434)., las que han pretendido avivar en los individuos el civismo, la autogestión y las prácticas de gobernanza de las asambleas populares, todo ello germen de movimientos sociales contrarios al neoliberalismo imperante. Y en ese contexto, la neutralización de la agencia política es el intento de frenar ese fenómeno sociopolítico. Asimismo, la dictadura encabezada por Augusto Pinochet en Chile fue de una gran violencia, ejercida férreamente en contra de todos aquellos que osaran disenter y de la población general, que vivió aterrorizada durante los 17 años que esta duró⁸. A partir del regreso a la democracia, la Constitución se redactó a favor de la camarilla que había gobernado el país con extrema crueldad, los constituyentes sancionaron el perdón y el olvido mediante la implementación de lo que Gómez Manzano llama reglas tramposas en el texto constitucional⁹.

Según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, los procesos constituyentes se llevan a cabo por una multiplicidad de motivos, pero seas cuales fueren, uno de los aspectos centrales de la reforma de una constitución es “garantizar la promoción, el respeto y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹⁰. Lo que no obsta para que existan ciertas tensiones entre el ejercicio democrático y la creación de leyes que positivicen los derechos y viabilicen su ejercicio, esto porque los legisladores constituyentes no siempre respetan el sagrado encargo que le hicieron sus electores.

⁶ Humberto Nogueira Alcalá, “Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, *Cuestiones Constitucionales*, n. ° 36 (enero-junio de 2017): 347.

⁷ Carlos Sánchez Viamonte, *El poder Constituyente* (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957), 564. ⁹ Pablo Gómez Manzano, “Tensiones entre democracia y derecho: interdependencia de los fenómenos de neutralización de la agencia política ciudadana y ciudadanización de la política”, *Izquierdas*, n. ° 49 (abril de 2020): 434.

⁸ Danny Monsálvez, “La dictadura militar de Augusto Pinochet como Nueva Historia Política: Perspectiva historiográfica y algunos temas para su indagación”, *Revista Austral de Ciencias Sociales*, n. ° 23 (2012) 61-82.

⁹ Gómez Manzano, “Tensiones entre democracia y derecho: interdependencia de los fenómenos de neutralización de la agencia política ciudadana y ciudadanización de la política”.

¹⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos humanos y procesos constituyentes* (Nueva York: Naciones Unidas, 2018), 1.

DESARROLLO

El poder constituyente originario y los derechos humanos

El poder constituyente originario es aquel que se produce en la creación de un nuevo Estado “o que surge de un acto revolucionario”¹¹. Lo que indica una circunstancia en la que la población se ha pronunciado mediante un mandato otorgado en las calles o en las urnas, por ello, como señala otro autor, al ser una potestad originaria, “no deriva de ningún otro poder jurídico preexistente al interior de la sociedad”¹². El poder constituyente originario surge con el fin de dar forma jurídica a un Estado de reciente creación o para reordenarlo luego de una asonada militar o de una revolución. Naciones Unidas considera que, en esa coyuntura particular de la elaboración de un nuevo texto constitucional, los constituyentes deben plantearse la cuestión de si: ¿La constitución garantiza los derechos humanos de la población del país?”¹³. Ya que los derechos humanos son el eje del orden constitucional de una nación, ya que no solo definen la relación entre los individuos, los colectivos y el Estado, también atraviesan a las estructuras de control estatal e inciden en la toma de decisiones. Por esta razón, Naciones Unidas considera que “la declaración de derechos constituye una parte integrante de las constituciones modernas”¹⁴, puesto que, de darse un enfoque erróneo en el texto constitucional, los derechos humanos serán ineficaces tanto en el plano individual como en el colectivo.

La constitución es la norma de mayor rango del país, esto es, el marco dentro del cual se inscriben las leyes secundarias, por ello mismo delimita la relación del Estado con la sociedad, y viceversa. La norma fundamental cumple un rol esencial tanto en tiempos de paz como en épocas convulsas, cuando los derechos de las personas se hallan en peligro por cambios, por eso un proceso constituyente es la ocasión perfecta para incluir en su articulado la garantía de los derechos, así como los mecanismos que los harán exigibles. Naciones Unidas, conocedora de la complejidad que caracteriza a un proceso constituyente, manifiesta en una nota orientativa de su Secretario General que en lo relativo a los derechos humanos, la entidad ofrece asesoramiento a las naciones sobre cómo funcionan los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y sus respectivos órganos, así como otras obligaciones de ámbito internacional que competen al Estado, tales como “declaraciones de derechos, disposiciones sobre la independencia judicial, el efecto nacional de los tratados internacionales, normas sobre la adquisición y la pérdida de la nacionalidad, constitucionalización de las instituciones nacionales de derechos humanos), incluidas las que se aplican a los nuevos Estados”¹⁵.

El poder constituyente derivado y los derechos humanos

Como bien indica Blumenwitz, el poder constituyente derivado es aquel que “reconoce la existencia de un poder anterior y subordina su acción a lo preceptuado por este; actúa dentro de tales límites preestablecidos y respeta la voluntad del Constituyente originario”¹⁶. El contexto del

¹¹ Dieter Blumenwitz, “Poder constituyente originario y poder constituyente derivado”, *Política*, n.º 29 (mayo de 1992): 211.

¹² Nogueira Alcalá, “Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”, 328.

¹³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Derechos humanos y procesos constituyentes*, 3.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*, 5.

¹⁶ Blumenwitz, “Poder constituyente originario y poder constituyente derivado”, 211.

que deriva, sin embargo, es lo que autor denomina derecho de resistencia, el que se origina en una época de cambio violento de las estructuras, ese acontecimiento histórico que llaman revolución. Una destrucción del orden social y político establecido para volver a empezar; pero, y allí subsiste aún una importante confusión, ya que se asimila la revolución al derecho de resistencia, cuando la revolución lo que busca es cambiarlo todo, y el otro pretende mantener el orden existente, el cual estima como positivo. La revolución arroja como resultado principal un nuevo orden constitucional, a diferencia, el derecho de resistencia como ejercicio, “emana un poder constituyente derivado, que reconoce la existencia de un poder constituyente anterior, cuya voluntad debe respetar”¹⁷. Estos límites pueden ser, dependiendo del caso, formales o materiales., es decir, constar en la norma

Hernández Valle define al poder constituyente derivado como aquel que resulta de la juridificación del poder constituyente originario, ya que se ha sometido a las limitaciones establecida en la Constitución por los legisladores constituyentes, a partir de ahí, “para su ejercicio, se transforma en poder constituyente derivado”¹⁸. El Estado constitucional es, esencialmente, un Estado de derecho, por ello el pueblo soberano se autolimita juridificado la democracia y estableciendo que la soberanía, que radica en el pueblo, se ejerce dentro de los límites que marca la Constitución, de ahí que se considera que el Estado democrático y el de derecho son inseparables, pues allí el derecho constitucional se torna en una cuestión factual. En definitiva, el poder constituyente derivado respeta los derechos humanos bajo los parámetros de la Constitución que el poder constituyente originario ha redactado.

CONCLUSIONES

El poder constituyente es, sin duda, un ejercicio democrático en tanto es el pueblo, siendo soberano, el que exige su puesta en práctica por uno de los diversos motivos señalados en las páginas anteriores. Así, se concluye que el poder constituyente originario emana del mandato del pueblo, pero el poder constituyente derivado es el resultado del trabajo de la Asamblea Constituyente, trabaja dentro de los márgenes establecidos en el articulado de la Constitución.

Los derechos humanos suelen ser la excusa o el motivo por el que se llama a una Asamblea Constituyente, su vulneración, más exactamente, ya que se otorga a un grupo de representantes el poder para dotar al Estado, y por su intermedio a la sociedad, de una norma suprema que repare las vulneraciones a los derechos humanos que el sistema jurídico anterior contenía.

Suele pensarse que un proceso constituyente es un saludable ejercicio democrático que corrige injusticias o desperfectos, no obstante, como en el caso particular de Chile, también puede ser una escenificación que oculta en lo que el autor denominó reglas tramposas la voluntad de impunidad para con unos delincuentes que perpetraron grandes males a toda una sociedad. En otras ocasiones, sin embargo, una constitución se renueva o se hace desde cero para adaptarse a los avances en derechos humanos.

¹⁷ *Ibíd.*, 217.

¹⁸ Rubén Hernández Valle, “El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 37 (enero-abril de 1993): 143-158.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Blumenwitz, Dieter. 1992. «Poder constituyente originario y poder constituyente derivado». *Política* (29): 211-222.
- Gómez Manzano, Pablo. 2020. «Tensiones entre democracia y derecho: interdependencia de los fenómenos de neutralización de la agencia política ciudadana y ciudadanización de la política». *Izquierdas* (49): 432-456.
- González Encinar, José, Jorge Miranda, Bolívar Lamounier, y Dieter Nohlen. 1992. «El proceso constituyente». *Revista de Estudios Políticos* (76): 7-27.
- Hernández Valle, Rubén. 1993. «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* (37): 143-158.
- Negretto, Gabriel. 2015. «Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada». *Verbatim* 35 (1): 201-215.
- Nogueira Alcalá, Humberto. 2017. “Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad”. Vol. 36. enero-junio: Cuestiones Constitucionales.
- Monsálvez, Danny. 2012. «La dictadura militar de Augusto Pinochet como Nueva Historia Política: Perspectiva historiográfica y algunos temas para su indagación». *Revista Austral de Ciencias Sociales* (23): 61-82.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2018. *Derechos humanos y procesos constituyentes*. Nueva York: Naciones Unidas.
- Sánchez Viamonte, Carlos. 1957. *El poder constituyente*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.