

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES



**Jaime Bassa / Rodrigo Correa / Jorge Correa /
Arturo Fernandois / Jaime Gajardo /
José Francisco García / Gastón Gómez /
Miriam Henríquez / Pablo Ruiz-Tagle /
Francisco Soto / Sebastián Soto /
Patricio Zapata / Francisco Zúñiga**

Lucas Sierra, editor

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Ciclo “Propuestas constitucionales”

Organizadores

Gastón Gómez, Lucas Sierra y Francisco Zúñiga.

Profesores participantes

Jaime Bassa, Rodrigo Correa, Jorge Correa, Arturo Fermandois,
Jaime Gajardo, José Francisco García, Gastón Gómez,
Miriam Henríquez, Pablo Ruiz-Tagle, Francisco Soto,
Sebastián Soto, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

Equipo del CEP

Isabel Aninat y Javier Gallego.

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES

La academia y el cambio constitucional en Chile

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES.
LA ACADEMIA Y EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE

© Centro de Estudios Públicos, 2016

Inscripción N° 266.208
ISBN 978-956-7015-47-4
Edición de 600 ejemplares, junio de 2016

Editado por el Centro de Estudios Públicos, CEP, Monseñor Sótero Sanz 162, Providencia, Santiago de Chile.

Derechos Reservados. Ni la totalidad ni parte alguna de este libro puede ser reproducida sin permiso escrito del editor.

www.cepchile.cl

Diagramación

Pedro Sepúlveda

Editor de texto

Cristóbal Joannon

Diseño de portada

David Parra

Imagen de portada

Vista de la instalación *Death Row (2006-2009)* de Iván Navarro, en Centro de las Artes CA660, Santiago de Chile, 2015.

Fotografía de portada

Jorge Brantmayer

Impreso en Andros Impresores, 2016

PROPUESTAS CONSTITUCIONALES

La academia y el cambio constitucional en Chile

Jaime Bassa, Rodrigo Correa, Jorge Correa,
Arturo Fermandois, Jaime Gajardo,
José Francisco García, Gastón Gómez,
Miriam Henríquez, Pablo Ruiz-Tagle,
Francisco Soto, Sebastián Soto,
Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

Lucas Sierra, editor

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Índice

Introducción de los organizadores	9
<i>Cuestión I</i> Derechos constitucionales	15
Propuesta inicial sobre derechos constitucionales Jorge Correa	17
Propuesta inicial sobre derechos constitucionales Miriam Henríquez	33
Otras propuestas sobre derechos constitucionales Jaime Gajardo	51
Otras propuestas sobre derechos constitucionales José Francisco García	57
Otras propuestas sobre derechos constitucionales Francisco Soto	63
Otras propuestas sobre derechos constitucionales Sebastián Soto	65
Tabla I. Listado de las propuestas sobre derechos constitucionales	67
<i>Cuestión II</i> Forma de Estado	75
Propuesta inicial sobre forma de Estado Jaime Bassa	77
Propuesta inicial sobre forma de Estado Sebastián Soto	87
Otras propuestas sobre forma de Estado Jaime Gajardo	107
Otras propuestas sobre forma de Estado Miriam Henríquez	115
Otras propuestas sobre forma de Estado Francisco Soto	119
Otras propuestas sobre forma de Estado Francisco Zúñiga	121
Tabla II. Listado de las propuestas sobre forma de Estado	125

<i>Cuestión III</i> Régimen político	133
Propuesta inicial sobre régimen político Gastón Gómez	135
Propuesta inicial sobre régimen político Patricio Zapata	151
Otras propuestas sobre régimen político Miriam Henríquez	161
Otras propuestas sobre régimen político Sebastián Soto	169
Tabla III. Listado de las propuestas sobre régimen político	172
 <i>Cuestión IV</i> Régimen jurisdiccional	 179
Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional Arturo Fernandois	181
Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional Pablo Ruiz-Tagle	199
Anexo. Síntesis de acciones constitucionales que protegen derechos fundamentales	209
Otras propuestas sobre régimen jurisdiccional Miriam Henríquez	213
Tabla IV. Listado de las propuestas sobre régimen jurisdiccional	217
 <i>Cuestión V</i> Potestad constituyente	 227
Propuesta inicial sobre potestad constituyente Rodrigo Correa	229
Propuesta inicial sobre potestad constituyente Francisco Zúñiga	233
Tabla V. Listado de las propuestas sobre potestad constituyente	277
 Conclusión de los participantes	 281
Bibliografía	291
Participantes en las “Propuestas constitucionales”	299

Introducción de los organizadores

Este libro *Propuestas Constitucionales* es una continuación del libro *Diálogos Constitucionales* que publicamos el año pasado. Ese libro *Diálogos Constitucionales* daba cuenta de un trabajo hecho por un grupo diverso de académicos que, frente a la promesa de cambio constitucional hecha por el gobierno entrante en 2014, se sentó a reflexionar colectivamente sobre dicho cambio.

Ese fue un ejercicio exploratorio, tentativo, que buscaba discernir colectivamente sobre la posibilidad y alcances de una nueva Constitución. No nos pusimos en la necesidad de hacer propuestas concretas para semejante cambio: como ejercicio exploratorio, lo más importante era que la conversación fluyera, sin la tensión de tener que jugarse expresamente por opciones concretas de cambio. Y la conversación fluyó, interesantemente.

A la luz de esa conversación, de lo que aprendimos en ese primer paso, decidimos dar este segundo, ahora sí con opciones expresas. Este nuevo impulso fue la convicción compartida de que ha llegado la hora de hablar de contenidos más sustantivos en la discusión constitucional. Hasta ahora, buena parte del debate público se ha centrado en el procedimiento de reforma de la Constitución vigente, pero poco se ha dicho de los contenidos específicos y sustantivos sobre los que podría recaer semejante reforma. A nuestro juicio, seguir perseverando en la forma sin mayor referencia a los contenidos deviene a estas alturas en una fuente innecesaria de incertidumbre y ansiedad, en una posibilidad sin límites que pone al debate en un terreno más fértil para el activismo y el voluntarismo político, que para una deliberación pública razonable. El procedimiento de reforma de la Constitución vigente es una cuestión importante y delicada, qué duda cabe, pero ya es hora de enfrentar los contenidos específicos, incluyendo el procedimiento de reforma de una eventual Constitución futura.

Para hacerlo se definió un subgrupo entre los académicos que participaron en los *Diálogos*, y se agregó uno nuevo, tratando de mantener la diversidad de visiones y matices que enriquecieron ese ejercicio. 11 profesoras y profesores aceptaron la invitación que tenía esta pregunta: ¿Qué haría usted si pudiera redactar la Constitución de Chile?

Con el objeto de ordenar las respuestas a esa pregunta, diseñamos el siguiente ejercicio. Dividimos las cuestiones a tratar en cinco: derechos constitucionales, forma de Estado, régimen político, régimen jurisdiccional y mecanismo de reforma constitucional. Cuatro de ellas se trataron en los *Diálogos* y ahora agregamos, como quinta, el régimen jurisdiccional, que no contemplamos en esa oportunidad. Precisamente, fue en los *Diálogos* que varios profesores, con razón, echaron de menos una discusión sobre la regulación constitucional de la judicatura. Ahora fue incorporada.

Cada una de estas cinco cuestiones fue subdividida en un conjunto de preguntas. De este modo, en el caso de los derechos constitucionales, se preguntó por su forma de consagración, es decir, como garantía, como objetivo de política o ambos casos; por el tipo de derechos: ¿civiles y políticos, por una parte; económicos, sociales y culturales, por otra; e, incluso, los así llamados derechos “colectivos”?; y se preguntó especialmente por el derecho de propiedad. También por el papel de la jurisdicción frente a los derechos que se propusieran, por otras formas institucionales para proteger derechos y por la relación entre la forma de garantizar los derechos propuestos, por una parte, y la definición de la hacienda pública vía Ley de Presupuestos, por la otra. Esto último, en razón del potencial efecto redistributivo de ciertas garantías.

En el caso de la forma de Estado, se pidió una definición en un continuo que se despliega entre dos polos: Estado unitario y Estado federal. También se preguntó por órganos y sus ámbitos de competencia para los niveles de división subnacional que se escogieran, y su relación con la Presidencia de la República; y por la forma en que se podrían transferir competencias a esos órganos. Asimismo, se preguntó por la forma de financiar estos esquemas: ¿posibilidad de tributos subnacionales?, y por la manera de combinar institucionalmente autonomía financiera y responsabilidad fiscal. Por otra parte, se preguntó por los órganos que deberían tener consagración constitucional, además de los tres tradicionales: Congreso, Gobierno y Judicatura. Finalmente, se pidió un pronunciamiento sobre la posibilidad de consagrar constitucionalmente ciertos colectivos sociales como, por ejemplo, los pueblos indígenas.

En el caso de régimen político, volvimos a pedir una definición en un punto de un continuo: desde una forma de gobierno presidencialista hasta una parlamentarista, y preguntamos por la relación entre la forma de gobierno y el sistema electoral, por el período presidencial y parlamentario, y la posibilidad de reelección; por un Congreso bicameral o unicameral, por los titulares de la potestad legislativa y el control de constitucionalidad durante el ejercicio de esta potestad, por el quórum de la ley, por la existencia de iniciativa exclusiva presidencial y su alcance, por un régimen de urgencias y, finalmente, por la posibilidad de algún mecanismo de democracia directa.

En el caso del régimen jurisdiccional, se preguntó por la forma de consagrar los tribunales en la Constitución, por los tribunales especiales y por la antigua cuestión del contencioso-administrativo; gobierno judicial, nombramiento de los jueces y una pregunta recurrente aquí: ¿alguna forma de Consejo Nacional de la Magistratura?; también por el tipo de acciones cautelares que deberían figurar en la Constitución, el control jurisdiccional de la supremacía constitucional, la relación del Poder Judicial con la Contraloría General de la República, con el Ministerio Público y la prosecución criminal, y por la Justicia Electoral.

La última materia fue la reforma constitucional o, para decirlo de otra manera, la regulación del ejercicio de la potestad constituyente. Aquí las preguntas fueron dos: ¿cómo reformar la Constitución vigente? y ¿cómo debería reformarse una eventual Constitución futura?

Para hacer todo este ejercicio diseñamos el siguiente modelo. Respecto de cada una de las cinco cuestiones recién descritas, dos profesores hicieron las propuestas iniciales. Dichos profesores fueron elegidos porque durante los *Diálogos Constitucionales* en 2014 manifestaron opiniones distintas sobre las respectivas cuestiones. Opiniones no necesariamente opuestas, pero sí divergentes. Definimos dos sesiones consecutivas para cada una de las primeras cuatro cuestiones, y una para la quinta. En la primera sesión de cada una de las cuatro primeras cuestiones, los profesores hicieron sus propuestas y, en la segunda, todos los demás profesores pudieron hacer las suyas. En la sesión única destinada a la quinta cuestión, los dos profesores a cargo de abrir el debate hicieron las suyas y todos los demás participantes pudieron hacer lo mismo. ¿Por qué una sola sesión para potestad constituyente y dos para las demás? Porque, como se enunció más arriba, pensamos que el mayor peso relativo en el debate público sobre el cambio

constitucional ha estado más en el lado del procedimiento de reforma que en el de los contenidos sustantivos. Como fue señalado antes, ya es hora de equilibrar más esta relación.

Nos reunimos todos los miércoles a la hora de almuerzo, desde el 7 de octubre de 2015 al 2 de diciembre del mismo año. Los profesores que abrieron el diálogo por cada cuestión fueron: Jorge Correa y Miriam Henríquez sobre derechos constitucionales, Jaime Bassa y Sebastián Soto sobre forma de Estado, Gastón Gómez y Patricio Zapata sobre régimen político, Arturo Fermandois y Pablo Ruiz-Tagle sobre régimen jurisdiccional, y Rodrigo Correa y Francisco Zúñiga sobre potestad constituyente.

Sus propuestas fueron distribuidas entre los participantes con anticipación a las correspondientes sesiones. Algunos participantes enviaron por escrito las suyas después de las sesiones. Además, todos tuvieron, una vez terminado el ejercicio, la oportunidad de incorporar en forma sintética sus propuestas en unas tablas que se les enviaron.

Todo este material se publica aquí. El orden es el mismo que usamos para desarrollar el ejercicio: por cada cuestión, van primero las propuestas iniciales de los profesores que abrieron el debate, luego, las propuestas de los demás profesores que enviaron sus propios textos y, al final, una tabla con el listado de todas las propuestas hechas por cuestión.

Por último, al final del libro e incorporada como inserto, una tabla desplegable resume todas las propuestas que se hicieron en este ejercicio, precedida de una referencia general a ellas firmada, a modo de conclusión, por todos los participantes, más referencias bibliográficas y una reseña.

Aunque, como se verá, hay áreas de convergencia y de divergencia en el conjunto de las propuestas, ellas están hechas a título personal, como opiniones individuales.

Debemos varios agradecimientos. Primero, a la profesora y a los diez profesores con los que recorrimos este intenso camino y que son los autores de este libro. Tal como lo hicieron en los *Diálogos Constitucionales*, aquí volvieron a mostrar compromiso académico, sentido de lo público, responsabilidad, entusiasmo por las propias opiniones y, al mismo tiempo, apertura frente a las ajenas.

A Isabel Aninat, investigadora del CEP, por la lucidez y eficiencia con que apoyó el trabajo. Al Director del CEP, Harald Beyer, por su constante interés y respaldo. A Javier Gallego, asistente de investigación, por su ayuda

en el trabajo de edición, y a Pedro Sepúlveda. También a Mónica Blanquer y David Parra.

Nuevamente, Cristóbal Joannon hizo un buen trabajo de edición de texto. Y gracias, también, a Iván Navarro por poder reproducir en la portada una obra suya, y a Jorge Brantmayer por la fotografía de ella.

En el prólogo de los *Diálogos Constitucionales* se dice que ese libro nació deliberadamente y que no debía verse en él ni una pizca de ingenuidad. Lo mismo, y quizás con aun mayor propiedad, se puede decir de estas *Propuestas Constitucionales*. Luego de un diálogo razonado, los participantes han corrido el riesgo que siempre implica optar por una alternativa.

Así, con este libro han entregado al debate público un aporte indispensable, porque al poner sobre la mesa los contenidos sobre los que debería recaer un cambio constitucional, han vuelto a contribuir a que el debate tenga mejor forma. Esto, por su parte, ayuda a que la posibilidad de dicho cambio se enfrente con menos incertidumbre y con expectativas más razonables. Esperamos que se cumpla así la tarea que la academia tiene frente a la política: ayudar a que tenga racionalidad.

Gastón Gómez

Lucas Sierra

Francisco Zúñiga

Organizadores

Cuestión I

Derechos constitucionales

Propuesta inicial sobre derechos constitucionales

Jorge Correa

1. Introducción

Siguiendo las directrices de la institución organizadora, la propuesta que sigue, relativa a derechos y deberes constitucionales, pretende ser concreta, aunque sin llegar al punto de adelantar un articulado. Aprovechando su permiso, no es una propuesta exhaustiva; nada propone acerca de los llamados derechos civiles y políticos (DCP), no porque me parezca que su consagración actual no merezca mejorarse, sino por ir derechamente a las preguntas más polémicas que nos hace el Centro de Estudios Públicos (CEP) y particularmente a dos de ellas: la relativa a si una nueva Constitución debiera o no asegurar los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), cuáles y cómo, y a la jerarquía que debe atribuirse las normas de tratados internacionales sobre derechos humanos. Comparto que esos tópicos probablemente generan más discrepancia que la cuestión de los derechos de la llamada primera generación (DCP).

La propuesta que sigue dirá poco en lo relativo a derechos “colectivos”, por tener personalmente en esto más dudas que certezas, y por el propio concepto de Constitución política (en oposición a social, económica y cultural) que subyace a mis ideas.

Con todo, al proponer sobre la consagración de los DESC incluiré algunas propuestas sobre la conveniencia de nuevos y mejor consagrados derechos políticos. También aludiré al derecho de propiedad, por el papel que éste puede jugar como traba para las políticas públicas que tienen la aptitud de asegurar el goce de aquellos.

El texto contiene un punteo de las razones que sustentan las propuestas. No me extendo en su desarrollo para cumplir lo que se nos ha pedido, pero enuncio lo esencial de las razones que me convencen a hacer las propuestas que hago.

2. Presencia de los DESC en la Constitución

2.1. ¿A cuáles derechos me refiero?

Aludiré en este apartado a los que más típicamente se agrupan en esta categoría: derecho a salud, al trabajo, a la seguridad social y a la vivienda. No mencionaré el derecho a la alimentación y al agua potable, aunque me parece que pueden tener el mismo trato. Dejo explícitamente fuera el derecho a la educación, al que quisiera dar un tratamiento diferenciado.

2.2. La dignidad de estos derechos y su interdependencia y complementariedad con los civiles

Este texto, llamado a proponer contenidos constitucionales específicos, no trata de la discusión doctrinaria acerca de las diferencias y semejanzas entre los llamados DCP, también conocidos como de primera generación, y los llamados DESC o de segunda generación. Inevitablemente rozará implícitamente algunos de esos debates.

Con todo, quisiera manifestar desde un comienzo que mi propuesta no pone en duda que el goce y disfrute de las libertades y de los derechos políticos exige de una cierta base material, de justicia social, de igualdad de oportunidades y de cierto mínimo garantizado de condiciones de vida, lo que se expresa en el derecho a gozar de ciertos beneficios de salud, vivienda, laborales y previsionales. Entiendo estos requerimientos como exigencias éticas que el sistema político no debiera soslayar y me parece bien que el debate político le exija cuentas en esta materia.

En ese sentido, no me parece que los derechos de la llamada segunda generación se diferencien de los de la primera. Adhiero a la noción de interdependencia y complementariedad entre todos los derechos. Postulo la tesis contenida en este documento no sólo como una aceptable, sino también como una que es mejor que sus rivales para realizar un ideario socialdemócrata, con el que me identifico. No me parece contradecir esos postulados al proponer una Constitución política que permita un sistema democrático en que los órganos electos, y particularmente los

co-legisladores, queden más libres y responsables para decidir acerca de políticas sociales, pues me parece que un sistema así tiene mejores y mayores posibilidades de asegurar el goce de los derechos económico sociales que uno que sustrae parcialmente de la arena política la deliberación acerca del goce óptimo de esos derechos para llevarla al foro judicial.

2.3. Propongo que los DESC no tengan una consagración constitucional análoga a la de los DCP; que no se aseguren como derechos que la Constitución garantiza de un modo que pueda reclamarse en sede judicial. Explicitación de lo que, entiendo, conlleva esta opción

Como se verá, y por las razones que más adelante expondré, propongo que estos derechos sí tengan una consagración constitucional como fines prioritarios del Estado, pero no como derechos asegurados que puedan reclamarse judicialmente. Por las razones que expondré, veo más inconvenientes que beneficios en permitir que los privados puedan invocar en sede judicial la satisfacción de estos derechos constitucionales contra el Estado, ya sea contra el Legislador o contra la Administración, como me parece que sí deben poder hacerlo ante infracciones a los DCP.

Entiendo y asumo que si pudieran invocarse judicialmente lo serían para que el Tribunal Constitucional, o el Poder Judicial, puedan acoger acciones con base sólo en la Constitución y así invalidar o dejar sin aplicación un acto del Estado (incluso legislación o decreto supremo en sede del Tribunal Constitucional), u obligar a una autoridad pública a realizar una prestación no específicamente ordenada por una norma infraconstitucional. Eso es lo que esos reclamos constitucionales persiguen en un país de tradición continental como el nuestro y eso es lo que postulo debiéramos rechazar. Estoy asumiendo entonces que lo que discutimos, por ejemplo, es si un juez puede obligar al Estado a proveer un tratamiento médico a un enfermo sobre la base de su invocación del derecho constitucional a la salud sin que una norma legal o reglamentaria prescriba tal tratamiento como un deber, o que un juez deje sin efecto una determinada política pública regularmente adoptada sobre la base de esa misma invocación constitucional. Entiendo que lo que discutimos es si los jueces, ausente legislación y reglamentación administrativa o contra ella, pueden obligar a cambiar las condiciones de una prestación de salud o previsual en base y con fundamento sólo en lo prescrito por la Constitución. No soy partidario de otorgar ese poder a los jueces.

Los inconvenientes que veo en esta posibilidad de invocación directa de los DESC consagrados en la Carta Fundamental en sede judicial son los siguientes:

2.3.1. Representa el riesgo de favorecer desigualmente a aquellos que litigan, estableciendo discriminaciones arbitrarias a su favor. Cuando resuelven reclamos como los que he descrito, los tribunales cambian el orden de las preferencias entre posibles beneficiarios; cambian los criterios de preferencia asignados por legisladores o autoridades políticamente responsables (las preferencias entre posibles beneficiarios de una necesidad de salud); entre partidas de gastos competitivas (el tratamiento médico reclamado v/s otros gastos) o redistribuyen aportes y beneficios al interior de un grupo (los cotizantes no litigantes de una ISAPRE financian los gastos de prestaciones médicas que no quedaron cubiertos al congelarse los planes de los litigantes, incluso los costos de litigar). Los litigantes (favorecidos) son típicamente más poderosos y ricos que los no litigantes, quienes ceden sus preferencias o pagan sus costos.

2.3.2. Los tribunales no tienen la capacidad ni aptitud de encaminar la política social del goce efectivo de este tipo de derechos salvo por la vía de advertir el problema. Los tribunales resuelven caso a caso. No están en posición institucional (aislamiento judicial que es importante para su independencia) ni técnica (de conocimiento) para apreciar adecuadamente los efectos agregados de sus decisiones. Por lo mismo, los criterios de redistribución judicial son típica y probablemente más regresivos que los políticos, pues, a diferencia de éstos, tienen a la vista sólo el caso que se litiga ante ellos y no los usos rivales de los recursos que asignan.

Si bien el debate judicial y las sentencias muchas veces tienen la ventaja de ayudar a visibilizar un problema preterido o mal enfrentado por el sistema político, ello no es garantía de que las agencias políticas lo asuman (el alza de precios de las ISAPRES es un ejemplo elocuente de cómo los diversos actores se acomodan al desorden que genera la judicialización). Los ejemplos (más exitosos) traídos de sistemas anglosajones, en los que la política pública es cuestionada en sede judicial y corregida en sede política, olvida nuestras características judiciales y políticas.

2.3.3. Por razones de responsabilidad fiscal. Asegurar el goce de estos derechos conlleva gastos y hacerlo de manera no discriminatoria exige enfrentar el

problema de todos y no casos particulares, lo que supone planes generales acerca de en qué, en favor de quiénes y cuánto gastar en el goce progresivo de los derechos económico sociales, lo que se acompaña y controla vía responsabilidad política. Múltiples y complejas reglas y controles tienden a asegurar la responsabilidad fiscal. Así, no hay gasto sin partida presupuestaria; no hay partida que no sea iniciada por el Presidente y aprobada por el Congreso en la Ley de Presupuestos. No hay modo de someter las decisiones judiciales a estas reglas, ni tampoco a sus controles. Ni las sentencias pueden contemplar las partidas presupuestarias, ni su ejecución someterse al control de la Contraloría General de la República o de la ciudadanía. La pregunta por la relación entre los gastos públicos ordenados por los tribunales y la Ley de Presupuestos es una pregunta inútil: no hay relación posible.

A objeciones de este tipo suele retrucarse que el goce de los derechos civiles también conlleva gastos; que, por ejemplo, la seguridad individual requiere gastar en policías y que el derecho de circulación necesita de caminos. Está bien, pero no toleramos que los jueces establezcan cuántos policías debe haber o donde ni cómo deben patrullar. Tampoco el derecho a la circulación ha permitido nunca reclamar la construcción o reparación de un determinado camino. Asumo que existen algunas zonas grises en que si toleramos algunas decisiones judiciales que conllevan gastos, como cuando un juez decide custodia policial a favor de una persona amenazada en su seguridad; pero ello es muy marginal, temporal y suele estar regulado. Algo más complejas son las sentencias en relación con el debido proceso (un ejemplo puede ser la decisión del Tribunal Constitucional que fue poniendo fin a los jueces tributarios delegados.) Distinguir estos casos me es más difícil. En su favor alegaría la densidad normativa de las concepciones compartidas que han llegado a tener los estándares de esta particular exigencia de un proceso racional y justo, la que me parece mucho más débil y vaga cuando postulamos lo que debe ser una vivienda digna o un salario justo.

- 2.3.4. La razón más importante de mi posición: porque permitir el reclamo judicial de los derechos económico sociales arriesga debilitar a los órganos representativos y, con ello, a la democracia.

El peso que tenga esta razón depende, me parece, del diagnóstico que tengamos acerca de las fortalezas y debilidades de nuestra democracia po-

lítica. No es ésta la oportunidad para explayarme sobre el diagnóstico que personalmente tengo. Sólo diré, brevemente, que más allá de una crisis de representación, que es universal, juzgo que uno de los desafíos más serios que tiene el sistema democrático es cómo hacer que la ciudadanía se apropie, haga suyos y perciba como legítima la forma en que resolvemos nuestros asuntos colectivos y particularmente como se resuelven a través de leyes. Pienso que nuestro principal problema constitucional, el principal problema de cómo nos constituimos políticamente, es que muchos entienden que ese es negocio de unos pocos, de los políticos, a quienes miran con recelo, como una “clase” diferente. Hacer que este asunto nos pertenezca a todos es el desafío.

El foro político tiene mucho que ganar en transparencia, participación y relevancia. No sostengo que hoy presente esas características en grado óptimo; sólo que nada hay en su constitución que lo impida, más bien al contrario. El foro judicial alternativo es uno políticamente irresponsable e inevitablemente elitista. Si bien presenta algunas ventajas en materia de accesibilidad (no porque sea intrínsecamente así, sino por diseño deficiente de los procesos de decisión política), así como en proceso dialógico y decisiones fundadas, su irresponsabilidad política, su decisión “caso a caso” y su menor permeabilidad a las demandas sociales, lo hacen particularmente poco apto para asegurar el goce de derechos económico sociales a partir de enunciados de principios, como ocurre con los textos constitucionales. Distinto es el caso, como ya enuncié, en que el Legislador y/o los órganos administrativos han detallado prestaciones precisas, pues en tal caso ninguna de mis objeciones resultarían aplicables a la intervención judicial destinada a amparar lo que el Legislador ha asegurado con mediana precisión. Por razones en que no cabe extenderse en este texto, mi propuesta consiste en potenciar al máximo la capacidad de decisión, la transparencia, la apertura a la participación ciudadana y la responsabilidad del foro político, pero no sustituirlo.

Como sostiene Eduardo Aldunate (Aldunate 2008), la consagración constitucional de derechos sociales de prestación, sin contenidos específicos, con garantía de su entrega a un órgano jurisdiccional, lleva a una forma de gobierno al menos parcialmente aristocrática.

Una Constitución es muchas cosas, pero jurídicamente es, de modo muy principal, una manera de dividir el ejercicio del poder, de distribuirlo y por ende de limitarlo. Allí donde se le entrega competencia al Poder Judicial se le resta a los órganos políticos. No soy partidario de ello en materia de elaborar o responder de políticas sociales, salvo por la vía de los derechos civiles y especialmente por los cuatro que consigno en el numeral 2.6., que sigue.

2.4. Propongo que, una vez asegurados por ley o normas administrativas, los privados puedan reclamar judicialmente el cumplimiento y vigencia de los DESC frente a infracciones de deberes legales o administrativos. Para ello, soy partidario de reforzar su respeto y cumplimiento

Postulo que el sistema jurídico sí puede y debe establecer mecanismos, incluso jurisdiccionales, para que toda persona pueda reclamar la vulneración de un deber legal, incluidos los deberes de prestación, que el Estado ha comprometido en cualquier ámbito, incluidas las prestaciones legalmente aseguradas en materia de vivienda, salud, seguridad social u otros de los ámbitos de los DESC, aunque no únicamente limitado a ello.

De lo que no soy partidario entonces es que se puedan reclamar las promesas constitucionales, necesariamente vagas y abiertas, en sede judicial. Por el contrario, los planes y programas sociales aprobados mediante leyes y normas administrativas sí debieran tener el carácter detallado necesario para ser reclamados como derechos en sede judicial.

El reclamo judicial de estos derechos debiera ser parte de lo contencioso administrativo. Como ello no está bien desarrollado en nuestro sistema, no veo inconveniente en mantener o incluso consagrar el recurso de protección en estas materias, pero circunscrito a los actos (no las omisiones) ilegales (no arbitrarias), que amenacen, priven o perturben el legítimo ejercicio de estos derechos. La exigencia del carácter ilegal del acto debiera restringir las acciones a aquellos actos que infrinjan un deber o regla aprobada legislativamente. No difiere demasiado, me parece, de lo que hoy ocurre con el recurso de protección, que poco o nada tiene que ver, en la práctica, con los derechos constitucionales, pues en ellos los tribunales generalmente se limitan a hacer examen de legalidad de las conductas y del carácter indubitado del derecho, además del cumplimiento de requisitos

procesales. Si estas cuestiones de pura legalidad se satisfacen, los recursos típicamente se acogen; si no, se rechazan. Los derechos constitucionales tienen poco que ver con las acciones de protección. Así, lo que propongo consagrar es una acción cautelar rápida de derechos económico sociales (incluidas prestaciones estatales) para quienes aparezcan, conforme a normas infraconstitucionales, como titulares indubitados de tales derechos frente a actos contrarios a derecho, que les amenacen, perturben o priven en su legítimo ejercicio. Tal acción no necesita estar, en estricto rigor, en la Constitución. Con todo, si como parte de acomodados políticos se quisiera llamar a esta acción de protección y mantenerlo en la Carta Fundamental, no veo otro inconveniente que seguir estableciendo contenciosos administrativos de control de legalidad por vías torcidas.

2.5. El caso especial del derecho a la educación

Por razones de tradición, por ser el goce de este derecho una precondition esencial de la democracia, y porque el estadio de desarrollo del país permite así establecerlo, soy partidario de mantener el derecho a la educación primaria y secundaria como un derecho y un deber, incluso reclamable judicialmente. Ello implica que el Estado debe asegurar su goce gratuito, el que incluso debe poder ser reclamado judicialmente. Por razones que sería largo exponer aquí, no soy partidario de extender ello a la educación superior, así como tampoco soy partidario de agregar calificativos a la educación que obligatoriamente el Estado debe proveer gratuitamente, como podría ser el de la calidad o consagrar quién debe proveerla. Lo primero, por los mismos motivos que ya he dado, a propósito de los restantes derechos: no me parece conveniente que los jueces juzguen la calidad de la educación que se brinda. Lo segundo, porque me parece que eso deben decidirlo autoridades electas y políticamente responsables.

2.6. Propongo que se asegure constitucionalmente y se garantice, incluso con acciones judiciales, la no discriminación en las políticas públicas en materia de DESC, así como la transparencia, la debida participación en su elaboración y la rendición de cuentas acerca del goce de estos derechos, todo ello en la forma que la ley determine

Soy partidario y propongo que la Constitución asegure y garantice, con acciones judiciales, que toda política pública, y por ende toda política social:

2.6.1. No discrimine arbitrariamente. La Constitución debiera mantener la regla de prohibición de discriminación arbitraria para toda acción del Estado. Desde esa óptica, toda política pública y por ende toda política social debiera ser objeto de escrutinio, incluso estatal.

La garantía debiera extenderse especialmente al proceso de elaboración de las normas legales y administrativas, de modo de asegurar que los grupos típicamente discriminados sean escuchados y tengan derecho a participar, en la forma que más adelante se trata.

2.6.2. Sea elaborada con transparencia. Con la debida excepción de las políticas de defensa, relaciones exteriores y de seguridad ciudadana, las restantes debieran ser anunciadas en su elaboración, a objeto de permitir participación ciudadana en ese proceso. Ello no debiera obstar al llamado “privilegio deliberativo” de las autoridades en sus debates. No se trata de que todos y cada uno de los debates y propuestas sean públicos, sino de obligar al menos a la publicidad de un anteproyecto de toda iniciativa legislativa y reglamentaria.

2.6.3. Sea elaborada garantizando las formas de participación que la ley determine. Acorde con lo antes señalado, propongo que la Carta Fundamental asegure el derecho a la participación, obligando al legislador a establecer un sistema de audiencias públicas en el debate de todo proyecto legislativo y reglamentario, con las excepciones de las políticas antes referidas y de las urgencias debidamente justificadas.

El legislador debiera regular este derecho político, a mi parecer conveniente para intentar volver a acreditar la actividad política entre la ciudadanía.

2.6.4. Por último, soy partidario de que la Carta Fundamental consagre el deber de las autoridades de rendir cuenta, mandatando a la ley para determinar la forma de su cumplimiento. La consagración constitucional del deber de rendir cuentas y su mejor desarrollo legislativo podrían también reforzar el alicaído prestigio de las instituciones y cargos políticos.

Ello debiera también imponerse respecto del goce de los derechos económico sociales.

2.7. Propongo no incluir otras garantías que propugnan algunos de los partidarios de los DESC

No obstante propugnar las garantías anteriores, no soy partidario, como lo propugnan algunos constitucionalistas (véase Nogueira 2012-2014), de:

- 2.7.1. Consagrar constitucionalmente una garantía de goce progresivo de estos derechos. Si llega a triunfar electoralmente un gobierno que proponga bajar los impuestos, aumentar la edad para jubilar, disminuir las becas o la gratuidad para la educación superior, o incluso disminuir el salario mínimo o reducir las coberturas del AUGE, soy partidario de que esas políticas no sean impedidas desde la Constitución. El pueblo debe poder decidir por más cañones y menos mantequilla. Juzgo que es parte de la libertad humana y de la acción colectiva privilegiar unas necesidades sobre otras. Todo lo que debe garantizarse constitucionalmente a este respecto es un proceso deliberativo abierto, decisiones mayoritarias y rendición de cuentas.
- 2.7.2. Tampoco soy partidario de garantizar constitucionalmente la máxima utilización de los recursos disponibles en la satisfacción de un determinado derecho económico social. Me parece que la asignación de recursos es una de las más esenciales decisiones políticas, que deben resolverse por mayorías, asegurando un previo proceso deliberativo participativo, transparente y no discriminatorio.
- 2.7.3. En igual sentido, tampoco soy partidario de asegurar jurídicamente procesos eficientes. Más allá de casos de desvíos de recursos públicos, el control de la eficiencia del gasto público debiera ser materia política y no jurisdiccional.
- 2.7.4. Tampoco soy partidario, por último, de fijar constitucionalmente mínimos asegurados en materia de estos derechos. Como ya he indicado, me parece que la Constitución debe asegurar procesos que sean acordes con el principio de igualdad, pero no debe asegurar resultados. Prefiero confiar en que una política democrática de los órganos elegidos irá siempre progresando en su tendencia de inclusión, como me parece que ha sido en las últimas décadas.

2.8. Propongo que estos derechos figuren en la Carta Fundamental como fines estatales

Propongo que los derechos económico sociales sean consagrados en la Carta Fundamental como fines del Estado, como objetivos de la acción estatal y no como derechos. La Constitución suiza dispone que, como un complemento de la responsabilidad personal y la iniciativa privada, los cantones y la confederación deben esforzarse para asegurar que toda persona tenga acceso a la seguridad social, las prestaciones de salud y otros objetivos análogos; al cabo de cuya lista declara que sobre la base de estos objetivos sociales no cabe reclamar directamente ninguna acción estatal específica. Análogo es la forma en que consagran esos derechos Constituciones como las de Irlanda o India.

Ya he explicado por qué no me parece conveniente consagrar los derechos económico sociales como justiciables. Juzgo conveniente, en cambio, esta consagración por dos motivos: uno es político, a fin de legitimar políticamente esta acción y no excluir completamente de la Carta Fundamental estos fines de la actividad estatal; el otro es jurídico: se trata de que así consagrados, con jerarquía constitucional como fines lícitos, no quepa discutir la capacidad de la política estatal para limitar el goce de otros derechos y particularmente el de propiedad, para asegurar su goce, como expongo en lo que sigue.

2.9. Propongo mirar con atención la experiencia del Reino Unido y de varios países anglosajones en materia de control de constitucionalidad de la ley

Es interesante ver cómo países como Canadá, Australia, Nueva Zelanda e incluso la propia Inglaterra han establecido la facultad de sus Cortes Supremas de advertir o declarar que sus órganos legislativos han incurrido en un acto que priva o perturba el goce de derechos constitucionales. Tales declaraciones, incluso a veces remontables por declaraciones expresas en contrario del Parlamento, como ocurre en Canadá, son menos invasivas para la actividad de los órganos representativos que la del modelo de los Tribunales Constitucionales de los países continentales. Ciertamente el sistema descansa fuertemente en el prestigio de los máximos órganos jurisdiccionales.

2.10. Soy partidario de revisar cuidadosamente la consagración del derecho de propiedad, a fin de que garantizándose este derecho ello no sea obstáculo a políticas sociales regulatorias de corte socialdemócratas

La consagración de los derechos de y a la propiedad, así como la libertad económica, no debieran ser obstáculo a la aprobación de legislación que, regulando su ejercicio, avance políticas socialdemócratas.

Soy partidario de mantener las reglas sobre expropiación contenidas en la Carta Fundamental.

El debate constitucional más complejo de la última década en torno al derecho de propiedad en Chile, como en otros países desde más antiguo, se ha centrado en la legitimidad de regulaciones expropiatorias sin compensación. Hay una zona gris en el límite entre privar y regular. Los privados han impugnado una serie de políticas estatales, acusándolas de ser expropiatorias. Tal es el caso, en los últimos años, de la cesión gratuita de porciones de terreno para obras de urbanización; la servidumbre pública de paso hacia las playas por los propietarios ribereños; la posibilidad de alterar por ley un precio de energía previamente fijado por contrato autónomo de las partes; la validez de normas de conservación patrimonial que alteran expectativas fundadas de planes de urbanización ya presentados; el deber de las empresas de transporte eléctrico de trasladar, a su costa, postación y tendidos, ante el cambio en los trazados de caminos. Todos esos requerimientos de invalidar o inaplicar esas restricciones a la propiedad y otros análogos, como si fueran actos expropiatorios prohibidos, han sido rechazados por el Tribunal Constitucional, aunque algunos con votación muy estrecha.

Propongo que, al menos mientras se mantenga, en lo esencial, esta línea jurisprudencial, no se justifica modificar la redacción actual de la consagración constitucional del derecho de propiedad, pues, a la luz de esos casos, no me parece que haya sido un obstáculo, más allá de su invocación y de los requerimientos, para el desarrollo de políticas sociales que afectan la propiedad. Los conceptos de función social e interés público tienen la suficiente elasticidad para haber permitido estos procesos, que tampoco me parece hayan menoscabado más allá de lo razonable el derecho de propiedad.

2.11. Esta propuesta no se opone al derecho internacional de los derechos humanos

Asumo que la propuesta contenida en los numerales que anteceden recibirá ataques que la acusarán de no estar a la altura de las exigencias de los Pactos Internacionales sobre el aseguramiento del goce de los derechos económico sociales.

Me adelanto a decir que no me parece que esos tratados obliguen a los Estados a “constitucionalizar” de una determinada manera esos derechos, sino a asegurar su goce. Conozco críticas a la Constitución de los Estados Unidos por no consagrar en su texto este tipo de derechos, pero no de condenas internacionales por no hacerlo. Tampoco conozco condenas a la Constitución suiza por declararlos como fines estatales y no como derechos.

Tampoco me parece que el derecho internacional de los derechos humanos desaconseje la consagración constitucional de los DESC con garantía judicial. Juzgo ésta como una legítima opción política.

Las razones de mi propuesta son entonces políticas y no jurídicas. Me parece que la crisis de legitimidad de las instituciones representativas y de la actividad política en el Chile de hoy recomiendan tonificar la política y dotar de más atribuciones y no de más límites a la actividad de los órganos representativos, junto con exigirles más transparencia y responsabilidad, y asegurar participación ciudadana en sus decisiones.

2.12. Algunas definiciones que es conveniente debatir y sopesar antes de proponer redacciones

Antes de discutir la forma “correcta” u “óptima” de consagrar estos derechos propongo debatir cuán escueta o extensa queremos en general que sea la Carta Fundamental y particularmente el capítulo sobre los derechos. La Carta de 1980 es más extensa en esta materia que la de 1925. La brevedad tiene ventajas e inconvenientes que deben sopesarse. Antes de resolver aquello puede ser inconveniente discutir entre alternativas de redacción, pues muchas de las cosas que debatamos pueden quedar en definitiva para la consagración legal de estos derechos.

Una segunda cuestión que podría ser relevante decidir antes de proponer la redacción de cada derecho consiste en definir a los sujetos activos. Particular atención debieran tener los extranjeros que se encuentran en situación irregular en el territorio, las personas jurídicas y las acciones difusas.

De igual modo, pareciera conveniente discutir ante quién o quiénes se pueden invocar estos derechos y exigir su goce. Ciertamente del Estado y sus agencias; pero cabe analizar si igualmente todos o algunos pueden reclamarse de otros privados. Una categoría especial en esta materia la constituyen las empresas privadas que prestan servicios básicos por concesión del Estado.

3. Jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos

3.1. Propongo mantener el actual régimen, en la forma que entiendo lo consagra la Carta Fundamental y el Tribunal Constitucional

Asumo que desde la reforma constitucional de 2005, si no antes, producto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la jerarquía interna de los tratados internacionales, incluida la de los tratados de derechos humanos, la resuelve el Congreso Nacional, sujeto al control del Tribunal Constitucional.

A partir de la reforma al Art. 54 N° 1 de la Constitución, esta cuestión dejó de ser un debate doctrinario. Conforme dispone la norma referida, “la aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al Art. 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley”. A partir de esa norma, e incluso desde antes, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Corte Penal Internacional, un tratado internacional, para tener jerarquía constitucional, debe someterse a la aprobación de los quórum respectivos de reforma constitucional. Lo mismo si se quiere que el tratado tenga la jerarquía de ley especial o de ley ordinaria.

El tratado tendrá la jerarquía que el Congreso Nacional estime, sin perjuicio de lo que decida el Tribunal Constitucional en control posterior.

Sin perjuicio de que se ponga término a la existencia de las leyes orgánicas constitucionales, propongo mantener esta regla, de forma tal que sea un órgano político, electo y responsable, y no un tribunal¹ y menos la academia o los juristas,

¹ Hago excepción del Tribunal Constitucional, en cuanto se mantenga su competencia para decidir acerca de las materias reservadas a las leyes orgánicas constitucionales, aunque soy partidario de que estas leyes desaparezcan y con ello se suprima esta potestad del Tribunal Constitucional.

quienes decidan la jerarquía interna que tendrá un tratado internacional. Si permitimos a ese órgano electo y representativo que apruebe o desestime un tratado, me parece lógico que también decida su jerarquía. Todo ello naturalmente sin perjuicio de la capacidad de la comunidad internacional de avanzar y eventualmente imponer a los Estados reglas de *ius cogens*.

Igualmente, soy partidario de mantener la jurisprudencia mayoritaria ya reiterada del Tribunal Constitucional respecto del alcance que tiene la regla dispuesta en el Art. 5 inc. 2 de la Carta Fundamental para los efectos del control preventivo de constitucionalidad de las leyes y de su inaplicabilidad. Me parece que esa doctrina puede resumirse diciendo que, en razón de esa disposición constitucional, todos los órganos del Estado tienen el deber de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana consagrados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; pero que ello no faculta al Tribunal Constitucional para emplear los tratados internacionales, por sí mismos, como parámetros suficientes para declarar inaplicable o inconstitucional una ley. Esto, claro, no se aplica a los tratados aprobados por el Congreso como una reforma constitucional. Y todos los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes podrán ser usados como fuentes auxiliares de interpretación de los derechos constitucionales

Me parece que esa fórmula es óptima, una vez más, por el respeto que merece el proceso de deliberación democrático interno, en la forma y por razones ya explicadas.

4. ¿Derechos “colectivos”?

La cuestión de los pueblos indígenas en la Carta Fundamental

Me parece que en materia de formas de Estado debiéramos discutir si debieran o no haber formas privilegiadas de representación de etnias en el Congreso Nacional o en los gobiernos territoriales. Para una Constitución política, como la que quisiera propugnar, me parece que las preguntas fundamentales son dos: la primera es si habrán formas de representación política privilegiada de las etnias, esto es, cupos o cuotas en los órganos de elección popular, y si habrán formas distintas y reforzadas de participación de los grupos indígenas en las políticas que les afecten especialmente. Una forma de ello ya la hemos

incorporado al aprobar el Convenio N° 169 de la OIT y la pregunta es si ello debiera ser suplementado, complementado o hecho efectivo a través de normas internas. Pareciera que ello debiera decidirse en la parte orgánica y no en la dogmática de la Constitución.



Propuesta inicial sobre derechos constitucionales

Miriam Henríquez

1. Introducción y propuesta general

Para comenzar, estimo que toda reflexión sobre “derechos y garantías” debe comenzar señalando, o tomando parte, sobre lo que se entiende por “derechos fundamentales” y “garantías”.

Los derechos fundamentales son, a mi juicio, institutos jurídicos que proceden de acuerdos sociales sobre bienes valiosos que en un momento determinado la sociedad estima necesario consagrarlos positivamente a nivel constitucional como derechos y no como objetos de protección¹.

Las ventajas de entender los derechos de esta manera son: a) el catálogo que los contemple puede modificarse (progresividad) cuando se generen nuevos acuerdos sociales; y b) ayuda a esclarecer los términos del debate sobre la naturaleza de los derechos sociales. Si los derechos proceden de la voluntad popular no tienen una preexistencia meta-jurídica y tampoco están jerarquizados de conformidad a una supuesta naturaleza.

A su vez, concibo a las garantías de los derechos fundamentales como aquellos elementos imprescindibles para la real eficacia jurídica de un derecho fundamental.

Mi propuesta general referida a los derechos constitucionales con miras a una nueva Constitución considera un capítulo destinado a los “derechos, deberes y garantías fundamentales” en el que se recoja un listado de derechos y deberes fundamentales, una acción de tutela, lo relativo a los tratados de derechos humanos, siendo la primera garantía de los derechos fundamentales una suficiente definición estructural de los mismos.

Con esta última afirmación no tomo partido en torno al fundamento de los derechos ni señalo que los derechos deben ser desarrollados, simplemente constato que un derecho escrito despeja cualquier controversia en torno a su existencia jurídica.

¹ En el mismo sentido expresé mi posición en (Sierra 2015, pp. 129-130).

Antes de abordar el tema anunciado me parece necesario hacer una serie de aclaraciones metodológicas. La primera, es que la siguiente propuesta trata ciertos derechos a modo de ejemplos y no todos de forma exhaustiva. La segunda, es que ciertos contenidos de los derechos escogidos como ejemplos no se desarrollan completamente en atención al espacio disponible para efectuar esta reflexión. Finalmente, a efectos de no resultar redundante, en más de una oportunidad haré referencias a trabajos de mi autoría sobre esta materia.

2. ¿Forma de consagración? La suficiente garantía estructural de los derechos

La suficiente garantía estructural de los derechos significa precisar los elementos de todo derecho fundamental, tales como su titular, destinatario, contenido protectivo, límites y garantías, de tal forma que se reduzcan al mínimo posible las zonas de penumbra que, por abandonadas a la interpretación, postergan hasta el incumplimiento los contenidos constitucionales.

Una manera de reducir las zonas de penumbra es que los derechos fundamentales expresados por normas constitucionales reconozcan como titulares a todas las personas, es decir, que tengan un carácter universal.

En segundo lugar, es que los derechos se formulen, en el caso de los derechos de libertad, como imperativos negativos de no lesión; o bien imperativos positivos de prestación, como lo son algunos derechos sociales (Ferrajoli 2014, p. 111). Lo afirmado no implica concebir los derechos como reglas. La forma sugerida de configuración de los derechos constitucionales sigue la propuesta de Ferrajoli, quien plantea una definición de los derechos como “principios regulativos” con miras a superar las tajantes diferencias entre quienes conciben los derechos como reglas o principios. Ferrajoli alega que la mayor parte de los derechos fundamentales son normas en los cuales principios y reglas son caras de la misma moneda, esto es, reglas objetos de aplicación y principios objeto de argumentación².

² En los términos de Ferrajoli: “En pocas palabras, la argumentación es siempre por principios, mientras la aplicación lo es siempre de las reglas correspondientes. Y si es cierto que toda aplicación supone normalmente una argumentación por principios, es también cierto que toda argumentación tiene por finalidad la aplicación de una regla. De cualquier modo, en el caso de los principios regulativos, principios y reglas no son normas distintas y menos aún contrapuestas, sino que son las caras de la misma moneda” (Ferrajoli 2014, p. 115).

En tercer lugar, a los derechos debieran corresponderles prohibiciones y obligaciones *erga omnes* e impuestas a la esfera pública como su garantía.

Un ejemplo de esta propuesta es la siguiente formulación del derecho a la vida (no me pronuncio sobre el aborto, pena de muerte y otros temas relativos al derecho):

Toda persona (titular) tiene derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, sin que nadie (destinatario) pueda quitarla (imperativo de no lesión - prohibición) ni someter a otro a torturas, tratos inhumanos crueles o degradantes (imperativo de no lesión, prohibición).

Otro ejemplo de este tipo de configuración, a propósito de la libertad personal (no me pronuncio sobre la seguridad individual), sugiere:

Toda persona (titular) tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio. Nadie (destinatario) puede privar o restringir la libertad de otro (imperativo de no lesión - prohibición), sino en los casos y en las condiciones determinados en la Constitución y en la ley.

3. ¿Cuáles derechos?

Con respecto a cuáles derechos debiera consagrar una nueva Constitución, estimo que ésta debiera contemplar un completo y equilibrado catálogo de derechos, deberes y garantías. Lo anterior se justifica en que la nueva Constitución debe ser el fruto de la confluencia de las tradiciones liberal, democrática y social³.

En tal sentido, mi propuesta radica en: a) mantener el listado de derechos civiles y políticos que coincida con los que actualmente reconoce la Constitución pero perfeccionándolos; b) fortalecer algunos derechos que hoy se encuentran devaluados, ya sea en su contenido o garantías, como el caso de los derechos sociales; c) incorporar nuevos derechos y nuevos titulares; y d) incluir el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos en el capítulo “derechos, deberes y garantías fundamentales”.

³ Programa de gobierno Michelle Bachelet 2014-2018, p. 30. En el mismo sentido (Zúñiga 2014a, p. 27).

3.1. Mantener el listado de derechos civiles y políticos, perfeccionándolo

Con respecto a la primera proposición, es decir, perfeccionar el contenido y garantías de los derechos civiles y políticos actualmente reconocidos, la finalidad es “equilibrar” la marcada tendencia liberal de la Constitución vigente, resignificando tales derechos.

Por ejemplo, actualmente la Constitución reconoce el derecho a la igualdad ante la ley. Sin embargo la nueva Constitución debiera establecer además el derecho a la no discriminación arbitraria, enumerando las categorías indiciarias de esa discriminación prohibida, es decir, aquella fundada en razones de origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual o cualquiera otra condición o circunstancia derivada del mero prejuicio.

A propósito del derecho a la igualdad ante la ley y el constitucionalismo de género, además del contenido referido, correspondería consagrar entre las categorías indiciarias de la discriminación prohibida aquella fundada en razones de sexo. Tal derecho debiera, además, tener como sujeto pasivo no solamente al Estado, sino también a las autoridades privadas y a toda persona que se encuentre en posición dominante respecto del ejercicio de derechos fundamentales de terceros. En el mismo sentido, el derecho a la igualdad ante la ley debiera complementarse con una referencia explícita a la efectiva concreción de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Lo anterior dispensaría una doble protección a los derechos de las mujeres: primero, como una prohibición al establecimiento de diferencias originadas en razón del sexo de la persona; y segundo, convirtiendo en constitucionalmente improcedentes todas las acciones estatales que en sus objetivos u efectos privilegien a los hombres postergando a las mujeres.

De esta forma, y a modo de ejemplo, se sugiere la siguiente propuesta regulativa a propósito del derecho a la igualdad ante la ley:

Todas las persona, humanas y jurídicas (titular), son iguales ante la ley.
Ni la ley, ni persona ni autoridad alguna (destinatario), podrán establecer diferencias arbitrarias (imperativo de no lesión - prohibición) fundadas en motivos de raza o etnia, nacionalidad, situación socioeconómica, idioma, ideología u opinión política, religión o creencia, sexo, orientación sexual, identidad de género, estado civil, edad, filiación y enfermedad o discapacidad.

3.2. Fortalecer aquellos derechos que hoy se encuentran devaluados: el caso de los derechos sociales

En relación con el segundo punto, es decir, fortalecer aquellos derechos constitucionales que hoy se encuentran devaluados en su contenido o garantías, corresponde traer a colación los DESC, tales como el derecho a la educación, a la salud, a la seguridad social, entre otros.

Respecto de estos derechos se ha debatido su propia naturaleza de derechos fundamentales y su justiciabilidad o exigibilidad. Sobre el particular, y para ser congruentes con la finalidad señalada de alcanzar un sistema equilibrado de derechos fundamentales, es necesario establecerlos como derechos sociales garantizados, esto es, como verdaderas obligaciones de la actividad estatal para asegurar mínimos de igualdad social para un disfrute efectivo de todos los derechos.

Así, por ejemplo, correspondería que el derecho a la protección de la salud se establezca como un derecho universal, igualitario e integrado, siendo menester reponer la solidaridad en el financiamiento de la protección de la salud. Asimismo, se debiera consagrar explícitamente el principio de solidaridad a propósito del derecho a la seguridad social, garantizándose también el derecho a la renta básica incondicional y universal.

Asimismo, la Constitución debiera señalar que el Estado debe satisfacer el derecho a la educación. Un ejemplo de esta última propuesta, a propósito de los niveles parvulario, básico y medio de enseñanza (no me pronuncio sobre el nivel de educación universitario), es del siguiente tenor:

Toda persona (titular) tiene el derecho a la educación, en cuya virtud el Estado (destinatario) asegurará el acceso a los niveles parvulario, básico y medio de enseñanza en condiciones de obligatoriedad y gratuidad (imperativo de prestación – obligación).

3.3. Incorporar nuevos derechos y nuevos titulares

Con respecto a la tercera directriz, parece necesario consagrar nuevos derechos, además de los actuales y tradicionales, en el texto constitucional que se proyecta. Por ejemplo, el derecho a la identidad, el derecho a la propia imagen, el derecho a la vivienda digna, entre otros. Estos derechos fundamentales han sido reconocidos como derechos constitucionales por la jurisprudencia reiterada

del Tribunal Constitucional y de los tribunales superiores de justicia, valiéndose del argumento de su incorporación a través del Art. 5 inc. 2 de la Constitución (bloque constitucional de los derechos) o bajo la tesis de los derechos implícitos, siendo conveniente su constitucionalización. Como señalaba al inicio, una de las garantías de eficacia de los derechos fundamentales es su consignación en un texto positivo, ya constitucional o legal, pues así se disipa cualquier duda en torno a su existencia jurídica.

Por otra parte, es dable considerar derechos con nuevos titulares, derechos “colectivos” o de grupos, tales como los derechos de los consumidores y usuarios, de las personas con discapacidad, de la infancia y de la adolescencia, de las personas de la tercera edad, entre otros.

Respecto a los derechos de los pueblos indígenas destacaría el derecho a la participación política a través de sus representantes en los órganos del Estado, tanto de elección popular como de nombramiento por autoridad; el derecho a ser consultados cada vez que se promuevan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos; el derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales y aguas conforme a sus sistemas y formas tradicionales de tenencia. En su dimensión colectiva enfatizaría: el derecho al uso, disfrute y administración preferente sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, existentes en sus territorios; el derecho a la identidad y cultura propias; el derecho a la libertad religiosa ancestral; y el derecho a la educación intercultural bilingüe.

Una propuesta de articulado que reconozca constitucionalmente a los pueblos indígenas y sus derechos es la siguiente:

El Estado chileno es plurinacional e intercultural.

Los pueblos indígenas (titular) tienen derecho a:

1. La propiedad de sus tierras ancestrales y aguas.
2. La identidad y cultura propias.
3. La educación intercultural bilingüe.
4. Ser consultados cada vez que se promuevan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos.

El Estado (destinatario) no podrá desconocer (imperativo de no lesión - prohibición) los derechos de los pueblos indígenas consagrados en esta Constitución y los tratados con jerarquía constitucional.

3.4. Comprender los derechos a la nacionalidad y los derechos políticos

No se advierten razones teóricas para que el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos se encuentren excluidos del apartado que trata los demás derechos constitucionales. En tal sentido, mi última propuesta es que aquellos se contemplen también en el capítulo “Derechos, deberes y garantías fundamentales” con la siguiente formulación para el derecho a la nacionalidad:

Toda persona (titular) nacida en el territorio de Chile, o hija de padre o madre chilenos nacida en territorio extranjero, tiene derecho a la nacionalidad chilena.

Ninguna autoridad (destinatario) podrá privar de la nacionalidad a alguien ni del derecho a cambiarla (imperativo de no lesión - prohibición).

Un ejemplo de articulado referido a los derechos políticos dispondría el sufragio obligatorio, mecanismos de participación semidirecta, cuotas de género, entre otros contenidos:

Todo ciudadano (titular) tiene derecho a:

1. Elegir autoridades y ser elegido en calidad de tal. El voto será obligatorio, personal, secreto, universal e igualitario. La ley señalará los casos en que un extranjero puede votar.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referéndum, consultas populares y otras formas de participación democrática contemplados en esta Constitución y en la ley.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas.
4. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

Ninguna persona o autoridad (destinatario) puede privar o restringir (imperativo de no lesión - prohibición) la libertad del ciudadano para participar en la vida política del Estado en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres.

4. Derechos consagrados en tratados internacionales: incorporación al derecho interno

La relación entre el derecho internacional convencional y la Constitución no es un asunto de reciente interés, puramente teórico ni sólo académico. El asunto ha alcanzado una mayor notoriedad en estas últimas décadas debido al

desarrollo progresivo del derecho internacional y a los procesos de integración; por el surgimiento de teorías que pretenden ubicar los derechos reconocidos en tratados como parámetro de control de constitucionalidad y apuntalar la controvertida figura del control de convencionalidad⁴.

En Chile las disposiciones constitucionales respecto de las relaciones internacionales y los instrumentos para llevarlas a cabo aún son insuficientes y dan cuenta de la insularidad en la que ostensiblemente pretendió encapsularse la dictadura militar a través de la Constitución de 1980 en su versión no reformada.

La versión original de la Constitución de 1980 adoptó una posición defensiva en materia de relaciones internacionales y en lo relativo a los tratados de derechos humanos. Esta afirmación puede extraerse del “debate” que tuvo lugar en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en el Consejo de Estado y del propio diseño constitucional.

En tal sentido, la versión original –o sin modificaciones– de la Carta de 1980 sólo señaló la atribución del Presidente de la República para conducir las relaciones internacionales y las principales etapas de celebración de un tratado solemne, dispuso una lacónica mención al trámite de aprobación por el Congreso Nacional y finalmente contempló una escueta referencia sobre el control previo y facultativo de constitucionalidad de los tratados por el Tribunal Constitucional.

De esta forma, durante la vigencia de la Constitución de 1980 –y hasta la entrada en vigencia de la reforma de 2005– la doctrina y práctica constitucional e internacional dejó en evidencia, cuestionó y debatió los siguientes asuntos (Henríquez 2007a, pp. 313-323):

- a) La ausencia de una norma constitucional que regule expresamente la incorporación del derecho internacional, ya sea consuetudinario o convencional, como fuente del derecho interno.
- b) La falta de regulación constitucional de los trámites de reserva, retiro de la reserva, denuncia y otros relativos a la vigencia de los tratados internacionales.
- c) El silencio sobre el valor de los trámites de promulgación y publicación de los tratados.
- d) La escasa atención al complejo tema de la autoejecutabilidad de los tratados.

⁴ Esta parte expone resumidamente lo señalado en (Henríquez 2015, pp. 195-205).

- e) El alcance de la atribución del Presidente de la República para someter el tratado a la aprobación del Congreso. Esto es, si todos los tratados o sólo algunos de ellos quedaban sujetos a dicho trámite.
- f) El procedimiento de aprobación del tratado por el Congreso y la asimilación del tratado a la ley en cuanto a su naturaleza y jerarquía. La Constitución de 1980 expresamente refería que la aprobación de los tratados internacionales por el Congreso Nacional debe seguir los mismos trámites previstos para la aprobación de la ley.
- g) La duda sobre el quórum de aprobación de las normas contenidas en los tratados internacionales.
- h) La vinculatoriedad de la aprobación del Congreso para el Presidente de la República.
- i) El trámite de aprobación por el Congreso como oportunidad para el control previo de constitucionalidad del tratado.
- j) La necesidad de un control previo y obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados, cualquiera fuera su contenido, a fin de evitar el control represivo, entre otras.
- k) Sin dudas, de la larga lista reseñada, la ausencia de una norma constitucional que establezca la jerarquía que ocupan los tratados internacionales en general y de derechos humanos en particular, es de todos los asuntos señalados el que acaparó mayor atención de los constitucionalistas de ese momento.

Corresponde señalar que la reforma constitucional de 1989 introdujo una norma relevante en lo que respecta a los tratados de derechos humanos (segunda parte del Art. 5 inc. 2) al establecer que los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, ya estén reconocidos en la Constitución así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, son un límite al ejercicio de la soberanía. La reforma constitucional de 1989 renovó y acentuó el debate sobre la jerarquía de los tratados de derechos humanos.

Así, desde la vigencia de la Constitución de 1980, y luego de la mencionada reforma constitucional de 1989 al Art. 5, la doctrina de derecho constitucional se ocupó fundamentalmente en dilucidar la jerarquía de los tratados de derechos humanos, asunto no explicitado en la Carta Fundamental. Diversas posturas planteó la doctrina nacional sobre la mentada jerarquía, explicando soluciones tales como

el rango legal de los tratados o su jerarquía supralegal pero infraconstitucional, así como también su jerarquía constitucional y hasta supraconstitucional (Henríquez 2008, pp. 73-119).

Por su parte, el Tribunal Constitucional sostuvo invariablemente el rango supralegal pero infraconstitucional de los tratados de derechos desde la sentencia Rol N° 46 y proseguida por la sentencia Rol N° 346 del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional (considerando duodécimo). Las principales razones esgrimidas son: a) la Constitución no contiene una mención explícita sobre el rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando estos versan sobre derechos humanos; b) los tratados tienen un rango infraconstitucional al encontrarse sometidos al control previo de constitucionalidad; y c) reconocer jerarquía constitucional a los tratados importaría una posible reforma secundaria de la Constitución, cuestión no prevista en el Capítulo XV dedicado a la reforma constitucional (Henríquez 2013a, pp. 227-234).

A su vez la jurisprudencia judicial no ha sido uniforme. Por el contrario, el sentido de los fallos de los tribunales superiores de justicia en el período 1980-1989 consideró que los tratados tenían el mismo valor y jerarquía que la ley, imperando la concepción de la inaplicabilidad de aquellos pactos que habían sido promulgados pero no publicados, con fundamento en la asimilación de los tratados a la ley. De esta forma, la falta de publicación del tratado fue un obstáculo para que el recurrente demandara ante los tribunales los derechos previstos en aquél hasta 1989.

La segunda etapa de evolución jurisprudencial se extiende desde 1989 hasta 1994, año en que se dictó el primer fallo que reconoce la jerarquía supralegal a los tratados de derechos humanos. Las resoluciones judiciales recaídas en esta etapa giraron en torno a tres materias, en las que se evidencia no sólo una referencia a los tratados de derechos humanos y su aplicación, sino especialmente a la jerarquía de éstos. Las materias que se comprenden son aquellas relativas a la ley de cheques, deudas previsionales y aplicación del decreto ley de amnistía.

Desde 1994 a 2007 la jurisprudencia fue vacilante en reconocer jerarquía legal o supralegal a los tratados de derechos humanos (Henríquez 2008, pp. 73-119).

La reforma constitucional de 2005, aprobada por la Ley N° 20.050, incorporó una serie de modificaciones tanto respecto a la celebración de los tratados

internacionales como al control de constitucionalidad de aquéllos. Las principales reformas se introdujeron al Art. 54 N° 1 de la Constitución, referido a las atribuciones exclusivas del Congreso Nacional, y al Art. 93 de la Carta, dedicado a las atribuciones del Tribunal Constitucional.

De esta forma, pueden contarse a lo menos una decena de reformas introducidas por la ley N° 20.050, las que se enumeran a continuación:

- a) Se estableció que el quórum para la aprobación de los tratados internacionales en cada Cámara del Congreso Nacional será aquel que corresponda según la materia de la que traten, esto es, el quórum exigido por el Art. 66 de la Constitución.
- b) Se reconoció la distinta naturaleza del tratado y de la ley al señalar que la tramitación del tratado en el Congreso Nacional se someterá “en lo pertinente” a los trámites de una ley.
- c) Se instauró el deber de informar del Presidente de la República al Congreso Nacional sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretende confirmar o formular.
- d) Se reguló lo relativo a las reserva, retiro de la reserva y denuncia o retiro del tratado.
- e) Se dispuso que no requerirán de aprobación del Congreso los tratados internacionales celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria o aquellos que adopte para el cumplimiento de un tratado en vigor.
- f) Se estatuyó que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.
- g) Se estableció como imperativo la publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.
- h) Se distinguió, respecto al control de constitucionalidad de tratados, aquellos que versan sobre materias de ley orgánica constitucional que estarán sometidos a un control previo y obligatorio por el Tribunal Constitucional,

de aquellos que versen sobre otro tipo de materias, los que eventualmente quedarán sometidos a un control previo por el mismo órgano.

Sin embargo, ninguna de las modificaciones detalladas incorporaron “cláusulas de apertura” como las previstas en las demás constituciones latinoamericanas. Así, la reforma constitucional de 2005 no atribuyó un rango determinado a los tratados de derechos humanos, ni hizo mención explícita a la interpretación *pro homine*, ni a la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, tampoco contempló una cláusula de los derechos no enumerados o implícitos como en el derecho comparado.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional siguió invariable sobre la jerarquía supralegal de los tratados, por ejemplo confirmada en la sentencia de 2013 del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca, Roles N° 2387-12 y 2388-12 acumulados (Henríquez 2013a, pp. 227-234). Por su parte, los tribunales superiores de justicia, a partir del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de 2007, que impuso a los tribunales de justicia nacionales, entre otras cuestiones, el control de convencionalidad; comenzaron a reconocer la jerarquía constitucional y hasta supraconstitucional de los tratados.

Como puede observarse, varios de los problemas expuestos como cuestiones debatidas durante la vigencia de la Constitución de 1980 en materia de tratados, fueron abordados y resueltos en la reforma constitucional de 2005. Empero, varias cuestiones aún no han recibido solución o consideración vía constitucional o legal. En tal sentido, permanecen pendientes al menos los siguientes asuntos:

- a) El procedimiento de incorporación del tratado y de la costumbre internacional al derecho interno.
- b) La definición del acto interno que debe cumplirse para considerar válidamente incorporado un tratado al derecho interno, esto es, la promulgación o la publicación del tratado.
- c) La aprobación del Congreso como oportunidad para el control previo de constitucionalidad del tratado.
- d) La procedencia del control previo y obligatorio de constitucionalidad de todos los tratados, la eventual improcedencia e inconveniencia del control

represivo, máxime cuando se debaten reformas a las atribuciones del Tribunal Constitucional para el ejercicio del control previo de constitucionalidad de las normas (Henríquez 2007b, pp. 119-126).

- e) La indefinición de la jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno y que clarifique si éstos forman parte del parámetro de control de constitucionalidad.

Para finalizar este apartado corresponde afirmar que todo cambio constitucional, en materia de tratados internacionales en general y tratados de derechos humanos en particular, requiere resolver los asuntos planteados. Puntualmente, en relación con los tratados de derechos humanos, mi propuesta es que la Constitución exprese que los derechos fundamentales son los señalados por la Constitución y aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes según un listado que establezca la propia Carta Fundamental.

Además, mi sugerencia es que la Constitución expresamente afirme que los tratados de derechos humanos, dispuestos en un listado, tengan jerarquía constitucional. Aclarando que son los tratados, como fuente del derecho y no los derechos contenidos en los tratados, los que ostentarán tal rango constitucional. Con ello se eludiría las dificultades e incertezas que plantea la tesis del bloque constitucional de los derechos y el control de convencionalidad (Henríquez 2014, pp. 113-141).

Tal reconocimiento debiera acompañarse de una mención al necesario (obligatorio) control previo de constitucionalidad de los tratados que se incorporen a la lista durante el trámite de aprobación por el Congreso Nacional; la mayoría con la cual debe aprobarse por el órgano constituyente la modificación del listado (que debiera ser la misma que para la modificación del capítulo sobre “Derechos, deberes y garantías”); y sobre el carácter taxativo del listado. Los demás tratados internacionales tendrán jerarquía supralegal.

La propuesta regulativa del tema sería del siguiente tenor:

Jerarquía de los tratados de derechos humanos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda las Formas de Dis-

criminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales [...] tienen jerarquía constitucional. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso con el voto de (la mayoría que se exija para la reforma del capítulo de “Derechos, deberes y garantías)”, declarados constitucionales por el Tribunal Constitucional, gozarán de jerarquía constitucional.

5. Garantías de los derechos

Respecto a las garantías de los derechos fundamentales, parece conveniente que previo a reflexionar sobre las “mejores” garantías de cara a una nueva Constitución se pueda listar aquellas que actualmente se reconocen en las constituciones contemporáneas.

Las actuales constituciones contemplan una serie de garantías, entre las que destacan: a) las garantías abstractas o normativas; b) las garantías concretas o jurisdiccionales; y c) las garantías institucionales (García Morillo 1994).

5.1. Garantías abstractas

Con respecto a las primeras, las garantías abstractas, corresponden a todas aquellas previsiones constitucionales, de carácter general, que orientan o disciplinan la actuación de los poderes públicos. De esta forma, sus destinatarios son los poderes públicos y su objeto es evitar que la actividad o inactividad de éstos pueda implicar un desconocimiento o vulneración de los derechos constitucionales.

Se trata, en síntesis, de limitaciones al margen de la actuación de los poderes públicos y, en particular, de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y su objeto es evitar que normas de rango inferior a la Constitución, emanadas de alguno de los poderes citados, desarrollen los derechos fundamentales despojándoles del contenido y eficacia que la Constitución pretende dotarles.

En tal sentido, la discusión en torno a nuevas o mejores garantías abstractas de los derechos constitucionales debiera, al menos, considerar estos acápites: a) la directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos; b) la

reserva de ley en la limitación y regulación del ejercicio de los derechos constitucionales; y c) las distintas vías de garantía de la supremacía constitucional.

En tal sentido, mi opinión es que la nueva Constitución refiera expresamente a la directa aplicabilidad de los derechos constitucionalmente establecidos. Por otro lado, que establezca que la limitación y regulación del ejercicio de los derechos es materia de ley simple, reduciendo al mínimo las limitaciones fundadas en la moral, el orden público, seguridad nacional y otras, señalando sólo las limitaciones que fije la Constitución. También expresar que la regulación del ejercicio de los derechos será “proporcionada” sin referir como límite “la esencia de los derechos”.

Una propuesta regulativa en tal sentido expresaría:

Sólo la ley podrá limitar, regular o complementar los derechos y garantías fundamentales que esta Constitución y los tratados con jerarquía constitucional establecen, la que deberá ser proporcionada.

5.2. Garantías concretas

El segundo grupo de garantías anunciado, las garantías concretas y jurisdiccionales, consisten en aquellos instrumentos reactivos que permiten a las personas, en cada caso en que se repunte producida una vulneración de un derecho constitucional, a acudir a los órganos jurisdiccionales y obtener la preservación del derecho o el restablecimiento del mismo.

Si se reflexiona sobre las actuales acciones constitucionales que protegen derechos fundamentales podemos enunciar que la acción de protección, en su práctica actual, no opera propiamente como una acción cautelar de derechos fundamentales.

Asimismo, la reclamación por pérdida o desconocimiento de nacionalidad ha sido mínimamente utilizada debido a la exagerada exigencia de sus requisitos y la brevedad de sus plazos, habiéndose dictado sentencia en casi una docena de casos relacionados con niños nacidos en territorio chileno cuyos padres se encontraban en situación irregular en Chile y que por tal motivo se les desconoció la nacionalidad chilena.

A su vez, las sentencias recaídas en sede de indemnización por error judicial no superan la decena debido al limitado ámbito de la responsabilidad del Estado

juez, esto es, sólo circunscripto a la sede penal. Además, las causales previstas constitucionalmente no coinciden con las propias del sistema procesal penal, haciéndose prácticamente inviable esta vía para demandar la reparación del Estado cuando hubiera causado un daño a la libertad personal por una sentencia injustificadamente errónea o arbitraria.

Por tanto, sería conveniente considerar una única acción constitucional que proteja todos los derechos constitucionales sin exclusión: un amparo constitucional ordinario ante los tribunales del Poder Judicial y que este arbitrio esté estructurado como una acción cautelar permitiendo al órgano competente razonar, en primer término, en torno a la vulneración o no del ejercicio del derecho amparado para recién proceder a verificar si la actuación que lo afecta es ilegal o arbitraria. La acción será preferente y sumaria. La regulación de su tramitación y procedimiento será materia de ley.

La propuesta regulativa del amparo constitucional referida expresaría:

Amparo constitucional: Toda persona afectada en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos por esta Constitución y los tratados de derechos humanos con rango constitucional, podrá interponer por sí o por cualquiera a su nombre una acción expedita de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, los prive, perturbe o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad.

Cuando el derecho privado, perturbado o amenazado, fuera la libertad personal o la seguridad individual, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato.

El plazo para interponer la acción de amparo será de treinta días corridos y fatales desde que ocurrió el acto o la omisión, o desde que se tuvo conocimiento, ante el juzgado de letras del domicilio del afectado. El procedimiento será oral, público, breve, no sujeto a formalidades, de conocimiento preferente y establecido por ley.

El juez adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

5.3. Garantías institucionales

Por su parte, las garantías institucionales pueden ser genéricas y específicas. Las genéricas constituyen los medios de control parlamentario de la acción de gobierno y el derecho de petición. Las garantías específicas están relacionadas con las instituciones avaladas por la Constitución para la protección de los derechos constitucionales, como por ejemplo sería el establecimiento de la Defensoría Penal Pública como un órgano constitucional autónomo o la creación de la Defensoría del Pueblo.

En este último caso, la Defensoría del Pueblo tendría la naturaleza de un órgano constitucional autónomo que representa los derechos de las personas, humanas o jurídicas, frente a la Administración y los servicios públicos. La organización y el funcionamiento de esta institución serían regulados por una ley. Este órgano estaría facultado para deducir la acción de amparo en representación de un grupo de personas (acción de clase).

La propuesta regulativa de esta garantía sería así:

Defensor del Pueblo: Un órgano autónomo con el nombre de Defensor del Pueblo tendrá legitimación procesal, individual o colectiva, para deducir la acción de amparo ante actos u omisiones de la Administración y de los servicios públicos que afecten el ejercicio de derechos fundamentales.



Otras propuestas sobre derechos constitucionales

Jaime Gajardo*

1. Derechos y garantías

1.1. ¿Forma de consagración? (¿Cómo garantía o como objetivo político, o ambas?)

Los derechos, deberes y garantías deben consagrarse como objetivo político y como garantías. Así, tendrán necesariamente la forma de reglas y principios, dependiendo de cuán desarrollados estén en el texto constitucional.

En ese sentido, comparto la necesidad de que el nuevo texto constitucional abra el techo ideológico de la actual Constitución (Zúñiga 2013), superando la neutralización del poder político (Atria 2013), eliminando el principio de subsidiariedad y generando las condiciones para que la República avance en la concreción de un Estado Democrático y Social de Derecho.

El proceso constituyente nos debiera servir para plasmar en la Constitución un amplio consenso social sobre los objetivos políticos que nos proponemos alcanzar¹. Estos objetivos esbozados como principios necesariamente determinan el reconocimiento de derechos, deberes y garantías constitucionales y obligan al Estado a su promoción y a velar por su plena eficacia.

* Agradezco al equipo constitucional formado al alero del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, en especial a Carlos Arrué, Adrián Prieto, Francisco Quiero, Bárbara Sepúlveda y Yuri Vásquez, con quienes he compartido estas ideas, siendo tributario de sus aportes, comentarios y críticas.

¹ Patricio Zapata está entre quienes piensan que la Constitución chilena “[...] pese a los perfeccionamientos importantes de que ha sido objeto en los últimos 25 años, no alcanza a constituirse, sin embargo, en la Casa de Todos que Chile merece y necesita. De esta manera, y sin que ello implique negar la legitimidad del texto actual y reconociendo, además, que este contiene muchas cláusulas valiosas que deben mantenerse, creo muy conveniente avanzar hacia una nueva Constitución” (Zapata 2015, p. 93).

De esta manera, el objetivo político que nos debiéramos plantear es el establecimiento de un Estado Democrático y Social de Derecho², el que deberá quedar de manifiesto en los principios constitucionales e imponga la consagración constitucional de derechos, deberes y garantías que concreten el objetivo político definido.

El logro de una sociedad democrática, justa y equitativa, exige principios constitucionales concordantes. Principios como la dignidad humana, la igualdad, la justicia social, la libertad y la solidaridad se materializan en el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, al trabajo, a la seguridad social, a la educación, a la salud, a la vivienda, y en general en los derechos reconocidos y garantizados por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La consagración de los derechos, deberes y garantías constitucionales no sólo como garantías sino también como objetivo político asegura lo que ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de la obligación del Estado de respetar y garantizar los derechos: “Esta obligación implica el deber de los Estados partes de *organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”³.

Asimismo, la consagración de derechos, deberes y garantías constitucionales como objetivo político obliga al Estado al diseño e implementación de políticas públicas destinadas a hacerlos efectivos.

2.2. ¿Cuáles? (¿derechos “colectivos” también?)

El nuevo texto constitucional debería contemplar tanto a los denominados derechos civiles y políticos como a los DESC⁴. Además, en el capítulo que con-

² A modo ejemplar, de las constituciones vigentes que utilizan la fórmula del Estado Democrático y Social de Derecho, tenemos: La Constitución de la República Federal Alemana (Ley Fundamental de Bonn de 1949), la Constitución de Italia de 1947, la Ley Suprema de Portugal de 1976, la Constitución de la V República francesa de 1958 y la Constitución española de 1978.

³ Caso *Godínez Cruz*. Sentencia de fecha 20 de enero de 1989. Serie C, número 5, párrafo 166.

⁴ Para un estudio detallado y reciente de los derechos sociales y su lugar en el constitucionalismo contemporáneo, véase (Bustos 2014). En las nuevas Constituciones latinoamericanas se puede apreciar una creciente constitucionalización de derechos sociales (con ejemplos paradigmáticos en las Constituciones de Venezuela 1999, Bolivia 2009 y Ecuador 2008). Sobre la inclusión de los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas, sin cambiar la vieja estructura de concentración del poder, véase (Gargarella 2013, pp. 172-179).

tenga los derechos se debieran incluir derechos diferenciados para los pueblos indígenas como tales, es decir, derechos “colectivos”, los que serían, al menos:

2.2.1. Derechos especiales de representación política.

2.2.2. Derecho colectivo a la propiedad indígena.

2.2.3. El derecho a la consulta indígena⁵.

En cuanto a la estructura del capítulo sobre derechos fundamentales, comparto las ideas planteadas por Miriam Henríquez, en el sentido de que:

2.2.4. Considerar un capítulo destinado a los “derechos, deberes y garantías fundamentales” en el que se recojan los derechos fundamentales, una acción de tutela de los mismos, los tratados de derechos humanos a los que el constituyente les dé jerarquía constitucional y los deberes constitucionales.

2.2.5. Incluir en el capítulo el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos que se encuentran actualmente en el capítulo segundo de la Constitución.

2.2.6. Afirmar que los derechos fundamentales son los señalados por la Constitución y aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes según un listado aprobado al efecto.

Junto a lo anterior, incluiría un apartado en el capítulo que señale principios generales para la concreción e interpretación de los derechos fundamentales de tipo económico, social y cultural, y que establezca obligaciones al Estado en razón de los siguientes principios:

2.2.7. Principio de medidas inmediatas.

2.2.8. Principio de no regresividad.

2.2.9. Principio de progresivo desarrollo.

2.2.10. Principio de prioridad.

En materia de DCP, propongo introducir un nuevo derecho fundamental, similar al establecido en el Art. 19 de la Constitución de Argentina y que ha sido conocido como el derecho a la autonomía personal (Nino 1979)⁶.

⁵ Sobre los derechos de grupo o colectivos en el marco actual de la teoría del derecho, véase: (Kymlicka 1995), (Rodríguez 2002), (Parekh 2005) y (Torrisco 2006). Para un panorama general de los derechos de grupo en el contexto chileno y latinoamericano, véase (Gajardo 2014 y 2015).

⁶ Para una lectura contemporánea del Art. 19 de la Constitución argentina, véase Alegre (2011, pp. 21-28).

En materia de DESC, propongo que, además de los que ya contempla la actual Constitución, se agregue el derecho a la vivienda, y el derecho a la negociación colectiva y a la huelga en forma separada e independiente del actual derecho a la libertad de trabajo contemplado en el Art. 19 N° 16.

Asimismo, propongo una reformulación de los derechos sociales a la educación, la salud y la seguridad social⁷. En el caso del derecho a la educación, lo que se busca es que se configure como un derecho social. En ese sentido comparto parcialmente la propuesta de regulación realizada por Miriam Henríquez, ya que agrego a la educación superior dentro del mismo y establezco una garantía al respecto. Así, el derecho a la educación, en su estructura medular, quedaría: “Toda persona tiene el derecho a la educación, en cuya virtud el Estado asegurará el acceso a los niveles parvulario, básico y medio en condiciones de obligatoriedad y gratuidad. Asimismo, asegurará el acceso a la educación superior gratuita a las personas que cumplan con los requisitos establecidos por la ley”⁸.

En lo relativo al derecho a la salud, propongo concebir el derecho a la salud, o a la protección de la salud, como un derecho social que involucre un sistema universal de salud y se encuentre desvinculado de la prestación y el pago, de modo que todos tengan el mismo acceso a las prestaciones de salud según sus necesidades médicas⁹.

En cuanto al derecho a la seguridad social, propongo una redacción similar a la contemplada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos recogida en los Arts. 22 y 25 y en el Art. 9 del Protocolo de San Salvador¹⁰.

⁷ Para una fundamentación general de los derechos sociales y su relación con el principio de igualdad, véase (Hierro 2007).

⁸ Para una reformulación del derecho a la educación como derecho social en el contexto chileno, véase (Salgado 2015a).

⁹ Para una reformulación del derecho a la salud como derecho social en el contexto chileno, véase (Salgado 2015b).

¹⁰ Protocolo de San Salvador, Art. 9: Derecho a la Seguridad Social.

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

Finalmente, comparto la idea de Jorge Correa de una reformulación al derecho de propiedad, “a fin de que garantizándose este derecho, ello no sea obstáculo a políticas sociales regulatorias de corte socialdemócratas”.

2.3. Derechos consagrados en tratados internacionales: incorporación al derecho interno

En este punto, comparto la idea de Jorge Correa y Miriam Henríquez en el sentido de que los tratados internacionales tendrán la jerarquía que el Congreso determine. Así, también, estoy de acuerdo con la idea de Miriam Henríquez de otorgar jerarquía constitucional al listado de tratados que señala, al cual agregaría el Protocolo de San Salvador.

2.4. En caso de garantía, tribunal competente y procedimiento básico

Partiendo de una idea de garantía en sentido lato, propongo tres niveles para cautelar los derechos fundamentales. Como se podrá ver, subyace a la propuesta una meta-garantía, la que estaría dada por el proceso de la deliberación política, es decir, por el ideal de la democracia deliberativa (Nino 1997).

Un primer nivel estaría dado al considerar a todos los derechos fundamentales como principios que guían la actuación estatal y, por ende, el qué hacer de todos los poderes públicos. Pondría en este nivel las garantías abstractas a las que alude Miriam Henríquez en su propuesta y que comparto.

Un segundo nivel se conformaría por garantías institucionales. Aquí comparto la idea de Miriam Henríquez de crear con rango constitucional la institución del “Defensor del Pueblo”. Agregaría elevar a rango constitucional a la Defensoría Penal Pública. Asimismo, propongo contemplar una garantía de tipo deliberativa con el órgano que ejerza el control preventivo de constitucionalidad de forma similar al mecanismo contemplado en la Constitución de Canadá (Hogg 2001).

Un tercer nivel estaría conformado por una garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, esta garantía sería una acción que se encuentre circunscrita a los actos ilegales, que amenacen o perturben el legítimo ejercicio de estos derechos. Así, comparto la idea propuesta por Jorge Correa, en el sentido de que “los planes y

programas sociales aprobados mediante leyes y normas administrativas debieran tener el carácter detallado necesario para ser reclamados como derechos en sede judicial”.

En cuanto al tribunal competente y procedimiento, mantendría lo preceptuado para el actual recurso de protección.

2.5. Relación con la ley (especialmente la Ley de Presupuestos)

Los principios señalados previamente deberán ser contemplados en la elaboración y discusión parlamentaria de la Ley de Presupuestos. Así, propongo que la Ley de Presupuestos observe en su elaboración y discusión, en relación con los derechos sociales, los principios de:

- 2.5.1. Medidas inmediatas.
- 2.5.2. No regresividad.
- 2.5.3. Progresivo desarrollo.
- 2.5.4. Prioridad.



Otras propuestas sobre derechos constitucionales

José Francisco García

1. Concorre al planteamiento del profesor Correa

1.1. Simpatizo tanto con el diagnóstico –el cambio constitucional como parte de un conjunto de reformas que buscan fortalecer la política democrática y las condiciones de la deliberación en una democracia representativa, y cuyo epicentro se encuentra más bien en la parte orgánica de la Constitución– como, en general y en consecuencia, las definiciones de diseño que ofrece el profesor Jorge Correa en materia de derechos, garantías y jerarquía de tratados de derechos humanos en coherencia con el diagnóstico planteado. Me parece difícil compartir su posición si no se comparte dicho diagnóstico basado en el descrédito de las instituciones de nuestra democracia representativa –en este sentido modesto pero relevante entiendo la denominada “crisis actual de la política”– y las vías para fortalecerlas. En caso alguno mi simpatía por la posición del profesor Correa implica un juicio de demérito con el contundente planteamiento realizado por la profesora Henríquez.

1.2. El planteamiento del profesor Correa es coherente con una visión minimalista¹ de la Constitución, preocupada por la arquitectura del poder político, sus habilitaciones y especialmente sus límites –y el impacto virtuoso que un sistema de equilibrios tiene en la garantía de los derechos y libertades individuales–, que garantiza procedimientos y reglas imparciales para zanjar en el foro de la política democrática las decisiones controversiales que enfrenta una sociedad y no pretender zanjarlas en la Constitución. Ello implica contestar la pregunta en torno a cuántos derechos resiste la Constitución, con una sobria respuesta de “pocos”,

¹ He intentado sistematizar los postulados de esta posición en (García 2014, pp. 267-302).

básicamente un conjunto robusto de DCP, típicamente necesarios para garantizar esferas de autonomía individual. El profesor Correa comprende que ello en caso alguno obsta a que un minimalista abandone la persecución de una sociedad justa y decente, que garantice condiciones materiales básicas para el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades. La cuestión es si ello es una definición de la política constitucional a través de DESC justiciables o de la política ordinaria. El profesor Correa se inclina por la segunda. Yo estoy de acuerdo. También plantea un cierto escepticismo frente a dotar a los jueces de potestades (y consagrar vehículos procesales) que les permitan resolver estándares como vivienda o educación de calidad (*vis a vis* que el proceso democrático resuelva las “decisiones trágicas” de una sociedad en torno a cuestiones redistributivas), y le entrega al Congreso Nacional la última palabra en torno a la jerarquía de los tratados de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico.

2. Sobre la puesta en práctica

2.1. En la evaluación del proceso de reforma constitucional a la Carta de 1833 que derivaría en la Constitución de 1925, el profesor Carlos Estévez Gasmuri –patrimonio común de las Facultades de Derecho de la Universidad de Chile y de la Pontificia Universidad Católica, y una de las voces y plumas relevantes en dicho proceso–, nos entrega las que son, a mi juicio, inestimables directrices respecto de cómo enfrentar concretamente un proceso de cambio constitucional a la hora de pensar su diseño:

La reforma constitucional de 1925, que es en nuestra historia política una parte de ese proceso evolutivo, tuvo a mi juicio un aspecto de importancia que es necesario recordar: no pretendió destruir lo que el esfuerzo de casi un siglo de vida constitucional había creado en nuestro país, respetó las tradiciones que la experiencia política había aquilatado, sólo procuró amoldar las instituciones existentes a las modernas orientaciones del derecho público (Estévez 1941, p. 47).

2.2. Si bien se trata de una evaluación *ex post* de la Constitución de 1925 de claro sello orgánico, me parece puede orientar adecuadamente la “ingeniería de detalles” de la propuesta del profesor Correa respecto de la carta de derechos,

para que no se transforme o sea percibida, paradójicamente, como una propuesta maximalista, constructivista, refundacional, opuesta a la evolución constitucional de las últimas décadas. Por las razones que esgrimiré más adelante creo el profesor Correa se toma en serio las directrices del profesor Estévez.

2.3. Nótese que tomarse en serio el consejo de Estévez no implica acercarse al diseño de nuevas reglas sobre la base de una deferencia acrítica con la práctica/tradición constitucional existente (con la Constitución “no escrita”), paradigma de una posición conservadora frente al cambio constitucional². La Constitución “no escrita” debe ser sometida a un examen crítico, racional, que nos aconsejará ser deferentes con algunos de sus contenidos (reglas) y no con otros. La evidencia empírica y la dogmática ayudan como árbitros imparciales en esta materia a generar un argumento persuasivo a favor o en contra de la mantención de ciertas reglas.

2.4. Este espíritu de equilibrio entre lo que el minimalismo teórico manda y lo que la realidad y una sana deferencia a la evolución constitucional reciente aconsejan, llevan sensatamente al profesor Correa a postular:

- 2.4.1. Realizar perfeccionamientos en materia de DCP, destacando además el mantener la regulación actual del derecho de propiedad –precisamente sobre la base de la interpretación que ha hecho de las reglas de propiedad el Tribunal Constitucional, el que no ha inhibido políticas sociales y regulatorias de corte socialdemócrata decididas en el Congreso Nacional–.
- 2.4.2. Pasar a un régimen de “objetivos sociales” con mandatos al Legislador y a la Administración, manteniendo excepcionalmente algunas reglas del derecho a la educación en su formato actual.
- 2.4.3. Proponer un esquema de revisión judicial que sea exigente en la garantía de los DCP, como también respecto de los objetivos sociales.

² Sunstein distingue dos enfoques minimalistas claramente diferenciables: el *tradicionalista* –asociado al pensamiento de Edmund Burke– y el *racionalista*. Para el autor, algunos minimalistas, aunque desprecian las revoluciones, rechazan el burkeanismo en favor del racionalismo: “Cuestionan las tradiciones. Están completamente dispuestos a preguntarse acerca de si prácticas de larga data están basadas realmente en la razón y en la buena fe, o, en cambio, en el sin sentido y el prejuicio”. Ver (Sunstein 2009, pp. 10 ss.).

3. Algunas consideraciones propias en materia de diseño

3.1. Rediseño del capítulo III. Como consecuencia de las propuestas del profesor Correa es posible prever el rediseño del capítulo III. De acuerdo a lo antes planteado, pensaría que el nuevo capítulo III de la Constitución (o el equivalente de una Nueva Constitución) quede estructurado siguiendo, por ejemplo, una versión adaptada de la Constitución de Suiza a nuestra realidad:

Capítulo III. De los derechos, deberes y garantías constitucionales

§ 1. Derechos fundamentales

§ 2. Nacionalidad y derechos políticos

§ 3. Objetivos sociales

§ 4. Garantías

3.2. Perfeccionamientos a la sección DCP y el uso de la “goma” en materia de DCP. Parece existir consenso en torno a perfeccionamientos a los DCP en materia como igualdad ante la ley (incluyendo las categorías sospechosas de discriminación), incorporar la tutela judicial efectiva como garantía más amplia a la igual protección en el ejercicio de los derechos, incorporar la reserva legal en materia de reunión, entre otros. Simpatizo con las propuestas del profesor Gómez en esta materia³. Con todo, creo fundamental evaluar las siguientes proposiciones:

3.2.1. Deferencia con la redacción de reglas existentes. La mayor deferencia con las reglas actuales –especialmente con aquellas reglas que han generado una Constitución no escrita que se estime valiosa de preservar–, descansa en las ideas simple pero decisivas de garantizar niveles altos de seguridad jurídica frente al cambio constitucional, como también con una cierta actitud de modestia frente a la tesis de la “hoja en blanco” constitucional, en la medida en que una regla existente es la suma de “muchas mentes”, siguiendo el argumento de (Sunstein 2009). En consecuencia, tendremos mayor deferencia con aquellas reglas en materia de regulación de derechos cuyo origen se remonte a anteriores Constituciones.

³ Ver la relación del profesor Gómez en (Sierra 2015, pp. 71 ss.).

3.2.2. La “goma” debe también alcanzar a los DCP. Parece ser una regla común –medio en broma, medio en serio– que incluso los DCP más clásicos, comienzan a constitucionalizar aspectos de naturaleza legal. Ello es válido en materia de libertad de expresión, asociación y propiedad, por nombrar algunos. Creo que en estos ámbitos también se hace necesaria una “goma” respecto de reglas que debiesen quedar entregadas a la ley. El ejemplo del derecho de propiedad me parece particularmente ilustrativo y en donde el profesor Correa apuesta por el *statu quo*. No estoy de acuerdo. El derecho de propiedad no sólo está profusamente tratado, sino –y a mi juicio peligrosamente para la integridad y garantía del mismo– cercenado y distribuido en una serie de estatutos especiales. No sólo me refiero a los numerales 23, 24 y 25 del Art. 19 de la Carta Fundamental, sino a los estatutos especiales del numeral 24. Entiendo la preocupación de mis amigos constitucionalistas conservadores de que reconfigurar el derecho de propiedad podría implicar abrir una “caja de Pandora” y producir incertidumbre, sin embargo no simpatizo con la argumentación tradicional de la pendiente resbaladiza (i. e., abrir la “caja de Pandora”). Un examen de mérito de la regulación constitucional de la propiedad y su tratamiento jurisprudencial nos lleva a pensar que el constituyente haría bien simplificando esta arquitectura regulatoria, unificando los diversos estatutos de la propiedad con el fin de fortalecerla. En éste como en otros ámbitos menos es más.

3.2.3. Limitaciones de derechos: reserva legal. Parece relevante revisar el esquema de reserva legal, pero salir del debate sobre la intensidad de la reserva o la existencia de múltiples reservas. En esta materia parece sensato ser explícitos en considerar la reserva legal como una garantía especialmente fuerte de resguardo a los derechos fundamentales.

3.2.4. Limitaciones de derechos: leyes de quórum calificado. También parece conveniente evaluar el uso de las leyes de quórum calificado y los criterios conforme a los cuales ciertos bienes jurídicos tienen una protección frente a la mayoría simple.

3.3. Objetivos sociales. La inclusión de una sección de objetivos sociales me parece además que hace viable y constructivo el debate en torno a los nuevos derechos sociales que propone incorporar el programa constitucional de la Nueva Mayoría en ámbitos como vivienda, cultura, tercera edad, etc.

3.4. Incorporar una cláusula general de libertad. Me parece interesante considerar una cláusula como el Art. 19 de la Constitución de Argentina, la que establece:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley ni privado de lo que ella no prohíbe.



Otras propuestas sobre derechos constitucionales

Francisco Soto

1. Comentario general

Las propuestas formuladas por Jorge Correa y Miriam Henríquez ponen en evidencia la necesidad de entender esta discusión en el marco de un proceso de reemplazo constitucional. Visto de esta manera, me refiero desde una perspectiva sistémica, muchos de los objetivos que fundamentan sus propuestas (en materias de derechos fundamentales) podrían alcanzar una mejor regulación, a mi juicio, con reformas a la forma de gobierno o forma de Estado.

Por ejemplo, Jorge Correa busca disciplinar la acción de los tribunales, Gobierno y Congreso a través de sus propuestas de derechos fundamentales, fórmula que lleva como supuesto –no explicitado– una intervención mayor en la forma de gobierno. Mientras, Miriam Henríquez propone entender como derecho el reconocimiento de los pueblos indígenas, que nos sitúa en la lógica de los derechos “colectivos”, cuando me parece técnicamente más conveniente implementar primero medidas en el plano de la forma de Estado o bien reconociendo derechos especiales de representación, derechos poliétnicos, entre otras fórmulas (Kymlicka 1996, pp. 25-76 y 239-268).

1.1. ¿Forma de consagración?

(¿Cómo garantía o como objetivo político, o ambas?)

De la misma manera que Jaime Gajardo, participo de la idea que los derechos, deberes y garantías deben consagrarse como objetivo político y como garantías, generando las condiciones para que se avance en la concreción de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Siguiendo a autores como (Bobbio 1990), (Häberle 1997) y (Peces-Barba 1999) pienso que la eficacia de los derechos fundamentales se juega en su apertura. Vale decir, el subsistema de derechos fundamentales es particularmente

sensible a los conflictos sociales y a la capacidad que tiene el sistema político para traducirlos en formas jurídicas que le den respuesta a dichos conflictos. Así, el inminente proceso constituyente debe tener la capacidad de reconciliar no sólo a la Constitución con nuestra tradición republicana sino con la ciudadanía.

El distanciamiento de la ciudadanía en materia de regulación de los derechos fundamentales es particularmente grave. Existe un desnivel evidente entre derechos como los derechos de propiedad (Art. 19 N° 24) y de libertad empresarial (Art. 19 N° 21) con correlato en una debilidad estructural de derechos económicos, sociales y culturales, favoreciendo una especie de “abuso” de unos ciudadanos en perjuicio del resto.

1.2. ¿Cuáles derechos (¿derechos “colectivos” también?)

Como complemento al debate realizado, me parece importante recalcar la necesidad de avanzar en un cambio en la percepción de la ciudadanía sobre el tratamiento constitucional en materia de educación, sistema de pensiones, relaciones laborales, sistema de salud y recursos naturales, que permita un nuevo reencantamiento de la ciudadanía con el sistema constitucional. Consensuar un nuevo acuerdo político y social sobre estos derechos resulta clave para la credibilidad de un nuevo proyecto constitucional.

Junto con esto se deberían regular derechos nuevos como el reconocer el derecho a una vivienda digna (tal como existe en España, Sudáfrica, entre otros) y el derecho al espacio público en el contexto de ciudades integradas. También se debería garantizar el derecho a la participación política en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas.

1.2.1. Derechos consagrados en tratados internacionales: Incorporación

Comparto las opiniones de que los tratados internacionales tendrán la jerarquía que el Congreso determine y de otorgar jerarquía constitucional al listado de tratados por Miriam Henríquez y Jaime Gajardo.

1.2.2. En caso de garantía, tribunal competente y procedimiento básico

Comparto las tesis que buscan simplificar y concentrar las garantías.



Otras propuestas sobre derechos constitucionales

Sebastián Soto

El debate en torno a los derechos es de aquellos en los que, como pocos en materia constitucional, lo más prudente es ser conservador. Es decir, avanzar con especial cautela al momento de modificar el catálogo de derechos. Toda inclusión de un derecho nuevo o modificación de los actuales tendrá efectos difíciles de adelantar y que sólo sobre la marcha podrán ponderarse. Intuyo que es esa cautela la que ha llevado a que, en los 25 años desde el retorno de la democracia, el capítulo que menos cambios tiene es el capítulo de los derechos.

De las presentaciones me surgen algunas inquietudes.

1. Efecto horizontal de los derechos. Me parece que es sumamente relevante abordar este tema de forma explícita. La propuesta de Miriam Henríquez es atractiva cuando dice que en la enunciación de los derechos debe siempre identificarse al destinatario. Creo que aquello permitiría guiar de forma mucho más precisa la aplicación futura. Por eso ello debiera plantearse respecto de todos los derechos del catálogo.

2. En la estructuración del catálogo es necesario ser deferente con el texto actual en el sentido que, la mayor de las veces, el texto vigente ha sido interpretado por los operadores jurídicos siendo su alcance y contenido generalmente predecible. Una nueva redacción, por más bien intencionada que sea, siempre corre el riesgo de romper con la tradición interpretativa del derecho en cuestión sin tener conciencia de aquello. Una frase nueva o una palabra menos puede cambiar la interpretación que los jueces hagan del derecho con consecuencias difíciles de adelantar. Por eso todo el debate de los derechos debe partir desde el texto vigente.

3. Respecto al derecho de propiedad. Me alegra que ninguna de las dos presentaciones haya hecho suyo esa propuesta del programa de gobierno que sólo incorporaba ambigüedad a un texto que será siempre motivo de polémica (“La propiedad obliga y su uso debe servir al bien común”). ¿Cuál podría ser el efecto

de incorporar esa cláusula? ¿Cómo jugaría con la función social? ¿Implica acaso una doble subordinación de la propiedad privada respecto de lo colectivo? Con todo, si es que se quiere modificar el derecho de propiedad, una forma de fortalecerlo es hacerse cargo de las regulaciones expropiatorias. Es decir, abordar con mayor densidad el caso de regulaciones que, sin expropiar ni indemnizar, afectan intensamente el derecho que tiene el titular. También podría incorporarse una cláusula como la contenida en la Constitución de EE.UU. que prohíbe las leyes –y otras regulaciones, puede agregarse– retroactivas.

4. Creo que no deben incluirse en la Constitución nuevos DESC. Considero que transformar legítimas aspiraciones colectivas en derechos pone el énfasis donde no debe estar. Como he escrito en otra parte (Soto Velasco 2014), cierto discurso constitucional ha puesto demasiada confianza en la consagración positiva de derechos sociales como herramienta eficaz para aumentar el bienestar de la población y en dejar la defensa de éstos en manos de los jueces. Si se mira la historia de nuestro país podemos concluir otra cosa: las declaraciones constitucionales, la consagración de derechos sociales o su justiciabilidad, poco han influido en los aumentos de los índices de bienestar en áreas como la educación, la salud o la vivienda. Por el contrario, son las políticas públicas las que han permitido cambios reales en la satisfacción de las demandas sociales.

5. Por eso soy escéptico de catálogos extensos repletos de sueños y aspiraciones sociales en busca de elevar nuestro bienestar. También soy escéptico de crear garantías judiciales a todos los derechos. Sugiero crear, para algunos de los derechos sociales hoy existentes, garantías administrativas que permitan reclamar la prestación en los casos en que la ley lo autoriza, ante autoridades administrativas a cargo.

6. Por último, no me parece que los tratados internacionales sobre derechos humanos deban tener rango constitucional. Ello, ante todo, aleja la deliberación en torno a los derechos de nuestro país y tradición constitucional y la lleva a organismos extraños que no asumen consecuencia alguna por sus interpretaciones. Es claro el déficit democrático que ello puede generar. Considero que la actual ubicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos configurada por el Tribunal Constitucional es adecuada. Es decir, no tienen rango constitucional y pueden ser declarados inaplicables.



TABLA I
Listado de las propuestas sobre derechos constitucionales

I. Derechos	
¿Forma de consagración: como garantía, como objetivo político, ambos, otros? Distinción básica: derechos civiles y políticos (DCP); derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y derechos “colectivos”.	
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • DCP garantizados judicialmente. DESC consagrados como objetivos o fines prioritarios del Estado y como garantías, aunque la acción judicial para su protección no debe invocar la Constitución directamente, excepto en el caso de educación. • Contrario a la consagración constitucional de una garantía de goce progresivo de los derechos, de utilización máxima de los recursos disponibles en la satisfacción de los DESC, de asegurar procesos eficientes y mínimos constitucionales. • Agregar como garantía el que toda política pública “no discrimine arbitrariamente, sea elaborada con transparencia y garantizando las formas de participación que la ley determine”. Asimismo, agregar la obligación de las autoridades de rendir cuenta en la forma que determine la ley. • No hay “contenido esencial” en los derechos. • Las materias relativas a los derechos “colectivos” como los que, por ejemplo, tendrían los pueblos indígenas, que sean tratadas en la parte orgánica de la Constitución y no en esta dogmática.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Un capítulo para todos los derechos (DCP y DESC), que contenga: derechos (incluidos los relativos a la nacionalidad y ciudadanía), su acción de tutela y tratados sobre DDHH. Para todos estos derechos debe haber una “garantía estructural” que precise: titular, destinatario y contenido. La idea es que configuren reglas y no principios. • No hay “contenido esencial” en los derechos. • Derechos “colectivos” de los pueblos indígenas: derecho a propiedad de sus tierras y aguas, identidad y cultura propias, libertad religiosa y educación intercultural bilingüe, formas propias de organización social, y consulta indígena; derecho a la participación política a través de sus representantes en los órganos del Estado, tanto de elección popular como de nombramiento por autoridad; y derecho al uso, disfrute y administración preferente sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, existentes en sus territorios.

<p>Jaime Bassa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • DCP y DESC consagrados de manera equilibrada. Su exigibilidad depende de la configuración constitucional de los elementos propios de cada relación jurídica y de la habilitación competencial a la regulación legislativa. • En general, de acuerdo con Jaime Gajardo y Miriam Henríquez.
<p>Arturo Femandois</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Una serie de mitos han distorsionado el debate, por ejemplo, que habría un rol desmedido del derecho de propiedad bloqueando políticas sociales, que la función social de la propiedad tiene un papel irrelevante o que el efecto irradiación de la subsidiariedad sobre algunos derechos también sería irrelevante. Son mitos sin fundamento en la realidad. • La opinión que señala que los DESC han sido menospreciados por la Constitución vigente es errada. El uso de la llamada “propietarización” de los derechos como mecanismo para proteger DESC inicialmente no cubiertos por el recurso de protección no puede reprocharse. Es un mecanismo legítimo y que ha sido usado con prudencia por las Cortes. • Hay una dimensión técnica que no ha sido evaluada: el papel del legislador. Mucho se discute sobre la exclusión de la justiciabilidad de algunos DESC, pero no se repara que también están excluidos el derecho al debido proceso o la igualdad de repartición de tributos. Esto tiene que ver con el papel que se quiere dar al legislador, especialmente en la configuración del núcleo esencial de los derechos. • Si el avance a un Estado más involucrado en garantizar DESC exige agregar éstos al recurso de protección, sería procedente, a condición de que la ley franquee procedimientos, medios y prestaciones que permitan al juez, sin quiebre de la legalidad, concurrir al amparo solicitado. • No a la inclusión de derechos “colectivos”.
<p>Jaime Gajardo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • DCP y DESC deben consagrarse como garantías y como objetivos políticos, a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. • Las garantías y objetivos políticos tendrán la forma de reglas o principios, dependiendo de cuán desarrollados estén en el texto constitucional. De acuerdo con Miriam Henríquez en construir un capítulo para todos los derechos. • Principios generales para la consagración e interpretación de los DESC: de medidas inmediatas, no regresividad, progresivo desarrollo y prioridad.

	<ul style="list-style-type: none"> • Agregar el derecho a la vivienda y el derecho a la negociación colectiva y a la huelga como derechos separados e independientes de la libertad de trabajo. Reformular el derecho a la educación, agregando el derecho a la educación superior gratuita, a la salud y a la seguridad social. • Derechos de los pueblos indígenas que incluyan, a lo menos, derecho a la supervivencia cultural, de educación y diversidad cultural, de protección de lenguas y de prácticas culturales y económicas; derechos especiales de representación política, derechos “colectivos” a la propiedad indígena y derecho a la consulta indígena. Otras “minorías culturales” podrían gozar de estos derechos también. • Incorporar una cláusula general de libertad como la de la Constitución de Argentina. En esto de acuerdo con José Francisco García.
<p>José Francisco García</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en el sentido de distinguir entre DCP y DESC, a fin de que sean garantías sólo los primeros, mientras los segundos sean sólo objetivos políticos. Sugiere mirar aquí el ejemplo de la Constitución Suiza de 1999. • Mejoras respecto de los DCP. Por ejemplo, igualdad ante la ley “incluyendo las categorías sospechosas de discriminación”, y la reserva legal para el derecho de reunión. • Revisar con “goma de borrar”, en la expresión de Jorge Correa, la regulación excesiva de algunos DCP, incluyendo los de propiedad y libertad de asociación. Revisar, también, el esquema general de reserva legal, terminando con las reservas múltiples. • No a la inclusión de derechos “colectivos”, sin perjuicio del necesario reconocimiento del carácter multicultural de nuestro Estado, de nuestros pueblos indígenas y de mandatos al legislador para promover a través de políticas públicas iniciativas en materia de educación, cultura y consulta. • Incorporar una cláusula general de libertad como la de la Constitución de Argentina. En esto de acuerdo con Jaime Gajardo.
<p>Pablo Ruiz-Tagle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los derechos deben consagrarse como garantías a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. De acuerdo con Miriam Henríquez en incluir en un mismo capítulo otros derechos contenidos en la Constitución, como los de nacionalidad y ciudadanía. • La progresividad de los derechos y la garantía de ciertos mínimos es una obligación convencional del Estado de Chile que emana de los tratados de DDHH vigentes.

	<ul style="list-style-type: none"> • No está de acuerdo con la categoría de “objetivos sociales” o “fines prioritarios del Estado” en la Constitución. • No está de acuerdo en suprimir el “contenido esencial” de los derechos, según lo propuesto por Jorge Correa y Miriam Henríquez. • No está de acuerdo con el listado taxativo de derechos en propuesta de Miriam Henríquez.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jaime Gajardo en el sentido de que los DCP y DESC deben consagrarse como garantías y objetivos políticos, a fin de avanzar hacia un Estado Social y Democrático de Derecho. • Respecto de los DESC, avanzar en el tratamiento constitucional en materia de educación, sistema de pensiones, relaciones laborales, sistema de salud y recursos naturales que permita un reencantamiento de la ciudadanía con el sistema constitucional. • Agregar derechos a una vivienda digna, a un espacio público en el contexto de ciudades integradas, a la participación política en diferentes áreas de la vida nacional (como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos). • No a los derechos “colectivos”.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con de Jorge Correa: DCP como derechos y los DESC como objetivos sociales. Los DESC que están en la Constitución (educación, salud, seguridad social) deben permanecer como tales. • Debe distinguirse con claridad el efecto de los respectivos derechos, pues hay algunos que tienen evidente efecto horizontal y otros no pueden tenerlo. • Antes que hablar de “garantía jurisdiccional” de los derechos, que todos tengan algún tipo de garantía, judicial o administrativa. • No a los derechos “colectivos” para los pueblos indígenas en la Constitución, ni derechos especiales sobre tierras o aguas (discusión debe darse en la ley).
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Amplio reconocimiento de DESC, pero con configuración legal. Protección efectiva de DESC “prestacionales” mediante políticas públicas adecuadas, graduales, incrementales y no regresivas.
<p>Papel de la jurisdicción (sobre acciones cautelares, ver la tabla sobre régimen jurisdiccional).</p>	
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Para los DCP acción con invocación directa a la Constitución. Para los DESC, salvo educación, la acción sólo puede invocar la ley o una norma administrativa, no la Constitución directamente.

	<ul style="list-style-type: none"> • Agregar como garantía el que toda política pública “no discrimine arbitrariamente, sea elaborada con transparencia y garantizando las formas de participación que la ley determine”. Asimismo, que se agregue la obligación de las autoridades de rendir cuenta en la forma que determine la ley.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • La vulneración de una garantía constitucional debe ser objeto de amparo y protección ante Jueces de Letras, por medio de una única acción cautelar constitucional. Estos jueces pueden invocar directamente la Constitución como premisa normativa. • Procedimiento preferente y sumario. • Estos conflictos deben resolverse subsumiendo y no ponderando.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • La protección judicial de los derechos debe fundarse en argumentos esgrimidos desde su contenido normativo, tanto constitucional como, principalmente, infra-constitucional. Mientras menor sea el espacio para la discrecionalidad judicial, mejor, y mientras mayor sea el espacio normativo para la decisión del legislador, mejor. • La acción constitucional de protección de derechos debiera ser trasladada a los tribunales ordinarios de primera instancia, más cercanos a la ciudadanía y a los espacios de vulneración de los derechos que las Cortes de Apelaciones.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el recurso de protección y las Cortes de Apelaciones para conocer de él, por las diversas virtudes de este instituto procesal. No obstante, son posibles algunos perfeccionamientos específicos, por ejemplo, emplazamiento de terceros potencialmente afectados y la legitimación activa en caso de pluralidad de recurrentes.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en el sentido de que sólo los DCP sean cautelados judicialmente por invocación directa a la Constitución como premisa normativa, mientras que los DESC en la medida en que estén regulados legislativa y administrativamente. • Tribunales y procedimiento: Cortes de Apelaciones y recurso de protección.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Cautela judicial de objetivos sociales no debe quedar entregada a la acción de protección en Cortes de Apelaciones, sino a tribunales ordinarios por incumplimiento de mandatos legislativos o administrativos. • Incorporar la tutela judicial efectiva como garantía más amplia a la igual protección en el ejercicio de los derechos.

<p>Pablo Ruiz-Tagle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Analizar las acciones constitucionales más allá del recurso de protección. Establecer dos grandes grupos de acciones: 1. Las que tienen que ver con la libertad (cuestiones personalísimas) y 2. Las que tienen que ver con el patrimonio. • Los DESC pueden garantizarse de un modo semejante a la que hoy cautela el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en el Art. 19 N° 8 de la Constitución. • Discrepa de Miriam Henríquez en la forma que concibe el razonamiento de los jueces constitucionales: éstos no resuelven por subsunción, sino que por ponderación, entre otros métodos.
<p>Francisco Soto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Simplificar y concentrar las garantías.
<p>Sebastián Soto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Parcialmente de acuerdo con Jorge Correa sobre los DESC. Coincide en que estos derechos no tengan aplicación directa, sino mediada por la ley o normas administrativas, pero no ve razones para excluir de esto a la educación como DESC. • Ciertos derechos como, por ejemplo, seguridad social y salud, sólo deberían tener un reclamo administrativo reglado especialmente a fin que sea la Administración la que busque garantizar el derecho por las vías que le permite la ley, y no los tribunales.
<p>Francisco Zúñiga</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tutela judicial de DESC debe guardar relación con todo el sistema de derechos, pero su alcance debe ser modelado por su naturaleza y estructura, de suerte que universalidad e igualdad tengan un piso protector en la discriminación. • Trasladar la protección efectiva de DESC “prestacionales” a la ley y a la Administración mediante políticas públicas.
<p>Derecho de propiedad.</p>	
<p>Jorge Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Propone revisar el derecho de propiedad para que no sea un obstáculo a políticas sociales regulatorias de corte socialdemócratas, aunque considera que, a la luz de la jurisprudencia, la actual regulación constitucional de la propiedad no ha levantado semejante obstáculo.
<p>Jaime Bassa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La actual configuración de la relación Constitución/ley en torno a la propiedad parece adecuada. La regulación del ejercicio de los derechos es del legislador. Sin embargo, la reglamentación de la expropiación no es de competencia constitucional, sino legal: basta que la Constitución señale los principios generales, por ejemplo, su función social.

Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa en que la actual regulación no ha sido obstáculo para la puesta en práctica de políticas sociales o regulaciones de corte socialdemócrata, por lo que debe mantenerse.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jorge Correa sobre una revisión del derecho de propiedad para que no sea obstáculo para políticas de carácter socialdemócrata.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Revisar la configuración del derecho de propiedad, tanto por extensión como por su arquitectura regulatoria, compuesta por diversos estatutos especiales. Simplificar su regulación es fortalecer el derecho. • De acuerdo con Jorge Correa en que la jurisprudencia constitucional ha delimitado bien la función social de la propiedad, no siendo un obstáculo a la implementación de políticas sociales o regulatorias de corte socialdemócrata.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Coincide en que el derecho de propiedad no ha sido obstáculo para ninguna política. Con todo, debe intentarse fortalecer este derecho para evitar que por la vía de regulaciones se le termine en los hechos limitando más allá de lo razonable (regulaciones expropiatorias).
Otras formas institucionales para proteger derechos.	
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>
Jaime Gajardo F.	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i> • Defensoría Penal Pública.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i> • Defensoría Penal Pública. • Corporaciones de Asistencia Judicial.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Ombudsman.</i>



Cuestión II

Forma de Estado

Propuesta inicial sobre forma de Estado

Jaime Bassa

1. Consideraciones preliminares

En el actual proceso constituyente, Chile enfrenta un desafío importante de cara al rediseño de un número significativo de sus principales instituciones. El eje de las reivindicaciones políticas y ciudadanas gira en torno al ejercicio del poder e, incluso, en torno al poder propiamente tal. En efecto, las principales reformas se refieren a la protección de los derechos fundamentales, reformas políticas, régimen de gobierno y estructura territorial del Estado.

Qué significan estas demandas: todas estas materias suponen distribuir poder político entre agentes que actualmente disponen de él y agentes que están demandando una reconfiguración de las actuales relaciones de poder. No se trata sólo de la reforma a los instrumentos normativos que regula el ejercicio del poder político, sino de una nueva distribución del poder, efectiva y concreta, entre sujetos individualizables que lo están ejerciendo hoy por hoy, y que se benefician de ello. Esta constatación es clave para delimitar cómo se enfrentarán los problemas que nos convocan, cómo se determinarán las eventuales soluciones y, muy especialmente, quiénes participarán de su diseño.

Si asumiéramos al poder como algo que se *detenta*, podríamos formular una regla general como la siguiente: en toda relación de poder, el sujeto/agente que dispone de él no está dispuesto a cederlo voluntariamente en favor de quien lo reclama. Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el poder tiende a consolidarse en quienes ya lo detentan, siendo muy baja la inclinación de estos sujetos a ser sensibilizados por las demandas que reivindican poder político, aun cuando las puedan reconocer, en abstracto, como legítimas (un claro ejemplo es la posición de la clase política ante la demanda por una asamblea constituyente: aun cuando puedan aceptar que el poder que ejercen es legitimado por el pueblo, reconocerle

a este un espacio radical de ejercicio supone renunciar a la cuota de poder que ellos mismos ya han logrado consolidar; la regla general será la inclinación subjetiva a retener el poder y no a entregarlo o, en rigor, a devolverlo).

Esta carencia es más profunda que una simple *falta de empatía*. Se trata de sujetos que se encuentran, dialógicamente, en posiciones relativas de cierta distancia: un agente que detenta el poder frente a otro que lo reclama. Esta realidad podría generar (entre otros) dos grandes efectos que me interesa destacar en esta oportunidad: por una parte, afecta negativamente la posibilidad de reconocimiento y respeto mutuo de los sujetos en tanto interlocutores válidos; por la otra, quizá más grave, es posible afirmar que mientras mayor sea la distancia dialógica entre los sujetos, mayor será el riesgo de que sus discursos devengan en inconmensurables o, al menos, que se construyan a partir de una radical disociación respecto de la realidad del otro. Esta eventual inconmensurabilidad/disociación sitúa el conflicto en un punto muerto, ante la necesidad de construir una solución adecuada a las críticas que se levantan contra la actual distribución del poder político, específicamente del centralismo, en lo que nos convoca. Esta distancia se verifica en que las claves de inteligibilidad de los conflictos sociales se construyen desde las especiales posiciones de poder que cada agente deliberativo ocupa en el proceso de construcción del discurso público. Es decir, el conflicto no se describe como si fuera un fenómeno completamente ajeno al sujeto, sino que se construye discursivamente.

Esta constatación nos aleja de la comprensión del poder como algo que se *detenta* y nos acerca hacia un concepto distinto: el poder como algo que se *ejerce*. En efecto, el poder ya no como un factor que se verifica teóricamente, en abstracto, sino que se da en el marco de relaciones políticas, sociales, económicas, materialmente determinadas, donde cada uno de los sujetos que las integran pueden situarse, según el tipo de relación de la que se trata, como agentes activos del poder, o bien, como sujetos que lo padecen. En cualquier caso, de dicho *ejercicio* siempre surge un *algo* que nos permite calificar el poder: sus efectos. En lo que aquí nos convoca, uno de los efectos de las relaciones de poder tras el problema del centralismo es, precisamente, la forma discursiva que ha adoptado en las últimas décadas. La relación de poder, a este respecto, es claramente favorable al discurso que se construye desde el centro, formulado por sujetos para los cuales el centralismo no es un problema, sino un privilegio. El efecto de esta relación de poder es claro: se configura un asunto que no es prioritario para la agenda pública,

precisamente porque a) ésta se construye desde el centro y b) porque la episteme del centro no *comprende/configura* el centralismo en clave de problema.

Tal especificidad/particularidad en la forma en que el conflicto es comprendido, acentuada por el desconocimiento del *otro* como un agente válido o, incluso, mejor situado, permite explicar por qué no todas las claves de inteligibilidad con las cuales los sujetos se aproximan a los fenómenos permiten identificar un conflicto y delinearlo adecuadamente. La inteligibilidad del conflicto es fundamental para su solución, al punto que el problema simplemente *no existe* si no es debidamente delimitado.

Qué sentido tienen estas palabras preliminares. Me parece que antes de formular propuestas concretas relativas, por ejemplo, al centralismo, es fundamental evidenciar que la inteligibilidad de un problema es clave para construir soluciones que permitan superarlo. El punto es que las herramientas discursivas susceptibles de ser utilizadas para estos fines no están disponibles en aquellos contextos discursivos de los cuales el problema no forma parte. Desde una posición de poder desde la cual una reivindicación no es concebida como un problema, su inteligibilidad simplemente no es posible. En realidad, es más bien al revés: muy probablemente aquello que es vivenciado desde el margen como un problema que deriva de una distribución inequitativa del poder, desde el centro es percibido como un fenómeno normal que obedece a factores que le son inimputables (v. gr., *deficiencias propias de los márgenes*). Ello termina por naturalizar una relación de poder que opera en favor de un privilegio particular (aquí, por cierto, la clave de inteligibilidad *centro/margen* no es exclusivamente territorial).

Hay ciertas formas discursivas que se repiten cuando se trata de centralismo: que en regiones no hay suficiente capacidad técnica instalada para sumir las competencias que pueda delegar el centro, que ellas no generan recursos suficientes o los administran mal, que por algo falló el intento federalista de la década de 1820, que tenemos una cultura centralista, que las reformas borbónicas del siglo XVIII, que la corrupción está desatada en algunas regiones o municipios... Sin perjuicio que en casos muy específicos puedan tener sustento empírico, las precedentes son observaciones cargadas ideológica y epistémicamente por la posición de poder del sujeto que las formula y, por lo tanto, le impiden realizar una reflexión honesta sobre el problema. Con ello, generan un efecto difícil de desmontar: naturalizan las actuales relaciones de poder que, por regla general, benefician a ese mismo tipo de observador.

De esta manera, la pregunta que resume el eje central de lo que va del argumento hasta ahora, es: ¿cómo podría solucionar un conflicto quien no es capaz de verlo?

El dilema en una reivindicación política se presenta cuando quienes ejercen el poder que se encuentra en la base del conflicto, responden a este mediante un discurso disociado de la realidad desde la cual surge la reivindicación. Una disociación radical puede devenir en la inconmensurabilidad de los discursos, en la medida que aquel sostenido por el poder represente una realidad radicalmente distinta de aquella que representa el discurso reivindicativo. Si no hay punto de contacto, no habrá diálogo posible entre los agentes con pretensión dialógica, petrificando el estado actual de las relaciones de poder.

Al hablar del rediseño del régimen territorial de distribución del poder en Chile, la cuestión hasta ahora planteada será determinante para llevar la discusión a buen término. Hasta ahora hemos visto cómo se han articulado, desde el poder central, una serie de medidas y reformas parciales que, aunque parecieran ser bien intencionadas, no forman parte de un diseño institucional destinado a enfrentar las causas de la reivindicación por mayor descentralización. La elección directa de los consejeros regionales y del intendente forma parte de estas medidas paliativas que reaccionan ante las demandas regionalistas, pero sin un discurso construido coherentemente por todos los actores sociales involucrados. Es decir, no se presenta un *sistema* alternativo a las actuales relaciones de poder, tan solo un pequeño puñado de reformas menores, en definitiva, funcional al *statu quo*.

El rediseño institucional debe estar acompañado de un discurso construido por los sujetos afectados por la problemática que nos convoca, un discurso que sostenga las reformas y les dé coherencia en un esfuerzo por transformar aquellas relaciones efectivas de poder que hoy son consideradas como opresoras por parte importante de la población. Este tipo de demandas generalmente buscan alterar las relaciones materiales de poder, construyendo espacios que puedan ser percibidos como justos por quienes hasta entonces los perciben como opresivos. En efecto, el centralismo es un drama que no puede ser suficientemente conceptualizado desde la capital ni, eventualmente, desde otros centros urbanos de poder político.

Valga esta reflexión para evidenciar que estas demandas tienen aristas complejas que sobrepasan las dimensiones estrictamente jurídicas, cuyas soluciones no serán suficientemente abordadas a través de reformas técnico-jurídicas orquestadas

desde la capital. Muy por el contrario, requieren de una aproximación más integral que dé cuenta de la complejidad sociocultural del fenómeno, donde el eje referenciador es la participación de la ciudadanía en las decisiones públicas que afectan las estructuras de su propia cotidianidad.

Lo que sigue es una propuesta esquemática y sintética para una estructura territorial del Estado de Chile, que servirá de base para un desarrollo posterior. Ha sido pensada desde la necesidad de dotar de mayor autonomía política a los habitantes de aquellos *márgenes* hoy invisibilizados, creando nuevos espacios de participación y de decisión política en ellos. Estos nuevos espacios podrían, eventualmente, mejorar los estándares en el ejercicio de los derechos políticos y, en consecuencia, del resto de los derechos fundamentales, rediseñando el actual esquema de relaciones de poder político, económico y social.

2. Propuestas concretas

2.1. Sistema semifederal, colaborativo y solidario, implementado progresivamente. La Constitución de la República contendrá las siguientes autoridades estatales y criterios para la implementación del modelo.

- 2.1.1. Presidente de la República: ejercerá las funciones propias de un Jefe de Estado. Las instituciones estatales se encontrarán bajo su mando y conducción política. Asumirá la coordinación de las instancias nacional y regional, a través de un ministerio *ad hoc*. Presidirá el Consejo de Presidentes.
- 2.1.2. Consejo de Presidentes: instancia de coordinación política entre los niveles nacional y regional, compuesto por el Presidente de la República y por los Presidentes regionales. Tendrá a su cargo el proceso gradual de transferencia de competencias desde el nivel nacional al regional. Asimismo, velará por el cumplimiento de los criterios de desarrollo económico y social equilibrado entre las regiones.
- 2.1.3. Congreso Nacional bicameral: una Cámara de Diputados de representación política estatal, de composición proporcional, y un Senado de la República, de representación territorial, con igual número de representantes por región, impar y de elección proporcional.

- 2.1.4. Poder Judicial central, con competencia nacional y regional¹.
 - 2.1.4.1. Corte Suprema: casación, uniformidad de jurisprudencia e integridad del ordenamiento jurídico (nacional y regional; supremacía constitucional), con competencia selectiva y precedente. Salas especializadas.
 - 2.1.4.2. Cortes de Apelaciones: asumirán como tribunal supremo regional, en el marco de procedimientos que vayan siendo progresivamente de única instancia.
 - 2.1.4.3. Nivel de tribunales ordinarios de competencia común: aplicación del derecho nacional y regional. Se incorporarán en este nivel los tribunales especiales creados en los últimos años bajo la estructura de tribunales contencioso administrativo. Lo propio respecto de los juzgados de policía local.
 - 2.1.4.4. Se contempla mantener el sistema nacional de policías y de gendarmería.
- 2.1.5. La Constitución de la República establecerá criterios de reparto solidario de los recursos generados por cada región, implementados por el Consejo de Presidentes y fiscalizados por el Senado de la República.
- 2.1.6. La Constitución de la República garantizará un desarrollo económico y social equilibrado entre las regiones, estableciendo una razonable proporcionalidad entre los recursos generados por una región, los que esta retiene y los que reparte. Esta tarea será competencia del Consejo de Presidentes.
- 2.1.7. Se propone un sistema monetario único, con vigencia en toda la nación.
 - 2.1.7.1. Banco Central, con competencia estatal. Sus integrantes serán designados por el Senado de la República, a propuesta de los gobiernos regionales.
 - 2.1.7.2. Contraloría General de la República: control general del gasto público, tanto a nivel nacional como regional (sin perjuicio de las

¹ Considerando la gradualidad en la que sería implementada la propuesta, se prevé que las primeras etapas presentarán un bajo desarrollo de los ordenamientos jurídicos propiamente regionales, donde tendrán vigencia supletoria la normativa (civil, penal, procesal, etc.) nacional; por esta razón, el diseño contempla un Poder Judicial unitario. Sin embargo, la administración de justicia, así como el sistema carcelario y las policías, pueden ser de aquellas competencias que se transfieran, progresivamente, desde el nivel nacional al nivel regional. Ello dependerá del desarrollo que cada región presente y de sus propias necesidades e intereses, en un proceso a cargo del Consejo de Presidentes.

instancias de control que cada estatuto constitucional regional establezca). Será dirigido por un Consejo, cuyos integrantes serán designados por el Senado de la República, a propuesta de los gobiernos regionales.

2.2. Regiones

- 2.2.1. Las regiones serán política, económica, tributaria y financieramente autónomas del nivel estatal, dentro del marco de un sistema semifederal, colaborativo y solidario, dentro de un sistema monetario común. Los tributos nacionales recaudados por el nivel estatal, estarán destinados a financiar dicho aparato público. Serán debidamente transferidos a las regiones según lo sean, a su vez, las competencias, cuidando de garantizar el desarrollo equitativo de las regiones.
- 2.2.2. Cada región tendrá un estatuto constitucional propio, elaborado mediante un procedimiento democrático en el que participen sus respectivos habitantes y regulado en la Constitución de la República, la que tendrá jerarquía normativa. Dicho estatuto establecerá la forma de gobierno de cada región, así como su división territorial interna. Probablemente, un desarrollo social y económicamente equilibrado entre las regiones requiera el establecimiento de formas de gobierno similares entre ellas. Para estos efectos, la Constitución de la República establecerá criterios generales que informarán las decisiones de cada región.
- 2.2.3. Se propone disminuir el número actual de regiones, aumentando su extensión, población y, en consecuencia, su poder político. La nueva división interior debiera combinar criterios geográficos, culturales, económicos y demográficos (por ej.: Norte Grande, Norte Chico, Zona Central, Valle Central, Araucanía, Zona Austral). Se propone eliminar las actuales provincias (sin perjuicio que la división interna de cada nueva región quedará entregada a su propio ámbito competencial).
- 2.2.4. Presidente Regional. Gobierno: cada nueva región establecerá su propio sistema de gobierno, políticamente autónomo del nivel estatal. Ejercerá competencias normativas independientes del Estado, cuya aplicación estará determinada territorialmente, debiendo respetar la Constitución de la República como norma jurídica jerárquicamente superior. Su elección deberá

satisfacer los criterios constitucionales para el ejercicio de los derechos políticos. El diseño del gobierno será determinado por su respectivo estatuto constitucional regional.

2.2.5. La Constitución de la República establecerá la transferencia progresiva de parte importante de las competencias que actualmente ejerce el nivel estatal², bajo los siguientes parámetros:

2.2.5.1. Subsidiariedad competencial como principio democratizador del Estado y de descentralización de las funciones públicas: atribuir las funciones públicas a las autoridades que, encontrándose más cerca de los ciudadanos, estén en mejores condiciones de ejercerlas.

2.2.5.2. La Constitución de la República contemplará criterios de gradualidad, los que serán concretados normativamente por el Congreso Nacional y cuya ejecución estará a cargo del Consejo de Presidentes.

2.2.6. El Poder Ejecutivo nacional contará con un órgano administrativo en cada región, cuya autoridad máxima será de su confianza, encargado de coordinar el ejercicio e implementación de las competencias de las que es titular y de coordinar la transferencia de competencias a cargo del Consejo de Presidentes. Esta instancia no será autónoma.

2.2.7. Pueblos indígenas: La Constitución de la República reconocerá el carácter plurinacional del Estado de Chile. Dado que la realidad política y territorial de los pueblos indígenas es dispar³, la Constitución contemplará

2.2.7.1. Un procedimiento para el establecimiento de gobiernos autónomos, al que podrán recurrir las comunidades originarias que, cumpliendo con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile, así lo deseen.

² Junto con establecer las competencias mínimas que deberán ser transferidas a las regiones, la Constitución de la República habilitará al Consejo de Presidentes para coordinar la transferencia de aquellas competencias que cada región pueda solicitar a través de sus respectivos órganos de gobierno. En cualquier caso, el ritmo de transferencia de las competencias estará determinado por las necesidades, capacidades e intereses de cada región.

³ Mientras Rapa-Nui bien podría constituir una región propiamente tal, en la Araucanía podría establecerse un régimen mixto, en el que instituciones jurídicas y políticas mapuches –aplicables a los integrantes de este pueblo que habiten en esta zona– convivan con las estatales y regionales.

2.2.7.2. Una habilitación competencial para que cada región establezca un estatuto jurídico para los pueblos indígenas del respectivo territorio y la forma en que se relacionará con ellos.

2.3. Ciudades

- 2.3.1. Las ciudades constituyen el último nivel de distribución territorial del poder, cuyos órganos de administración serán, en términos ideales, los destinatarios finales de la aplicación del principio de subsidiariedad competencial. El estatuto constitucional de cada región establecerá sus atribuciones, aplicando los principios configuradores de la Constitución de la República e implementando, según sea el caso, la autoridad metropolitana de gobierno.
- 2.3.2. Se propone crear una autoridad metropolitana de gobierno para los principales centros urbanos, disminuyendo las competencias de los actuales municipios en dichas áreas.
- 2.3.3. En cualquier caso, es necesario revisar qué relación existe entre las comunas legalmente establecidas en la actualidad y los pueblos o localidades agrupadas en ellas, tanto desde la perspectiva cuantitativa como respecto de su relación jurídica.



Propuesta inicial sobre forma de Estado

Sebastián Soto*

1. Ideas previas

En las siguientes páginas desarrollo algunas reflexiones y propuestas concretas en dos materias relevantes para el debate constitucional actual. La primera de ellas dice relación con la forma de Estado. La segunda se vincula con la estructura de nuestra Constitución orgánica y su regulación constitucional y legal, es decir, aquella que se refiere a los órganos constitucionalmente autónomos.

Cuando hablamos de forma de Estado y Constitución nos remontamos a antiguas disputas surgidas ya en los primeros años de nuestra vida independiente. Tanto ayer como hoy, la distribución territorial del poder ha ocupado un lugar relevante al momento de pactar nuestras Constituciones. Y, una y otra vez, nuestra historia muestra que la fuerza de la realidad se ha terminado por imponer a aspiraciones más abstractas. Eso puede apreciarse ya al momento de conformar nuestro primer Congreso en 1811, cuando la ciudad de Santiago eligió doce diputados en vez de los seis que le correspondía, para imponer su visión en esa institucionalidad en formación¹. Luego en las disputas entre federalistas y unitarios², y finalmente, en el texto de la Constitución de 1833 que establece que “La República de Chile es una e indivisible”³. Y con la palabra “una”, como explica Huneus:

* Agradezco los comentarios de Bettina Horst y Mauricio Cisternas a una versión preliminar de este texto.

¹ (Campos 1956, p. 119). El número de diputados que debía elegir cada distrito era: Concepción 3; Chillán, Talca, San Fernando y Coquimbo 2; los demás distritos, 1. (Urzúa 1992, p. 14).

² (Stuven y Cid 2012, pp. 361-410) contextualizan el debate sobre el ideario federal entre 1823 y 1833 dando cuenta de diversas polémicas.

³ Art. 3 de la Constitución de 1833.

[S]e ha querido indicar que nuestro sistema de Gobierno es Unitario, en contraposición a Federal. Y así es, en efecto, porque todo nuestro territorio está sujeto a unas mismas leyes, y porque todas las autoridades administrativas están subordinadas a un solo Poder Ejecutivo Central (Huneeus 1890, p. 65).

De esta forma, el régimen constitucional que nace con la Constitución de 1833 fue crecientemente centralizando el ejercicio del poder, siendo la intencencia y las demás estructuras de la administración interna “simples correas de transmisión de la voluntad del Poder Ejecutivo” (Boloña 2010, p. 201). Lo mismo puede decirse de los municipios que, en los hechos, constituyeron hasta fines del siglo XIX sólo un nivel dentro del poder central con grados de autoridad insignificantes⁴.

La Carta de 1925 no cambia en lo sustancial esta realidad. En su Art. 1° señala que “el Estado de Chile es unitario” ratificando lo que, a su modo, había dicho la Constitución anterior. Y si bien, como narra Guerra, en el debate previo a la elaboración de la Constitución surgieron voces promoviendo un sistema federal, nada de ello prosperó, pues –concluye el mismo Guerra– “los reformadores de 1925 no pretendieron apartarse de la realidad que tenían a la vista, y que estaba arraigada por dos siglos y medio de vida colonial, y un siglo de vida independiente en el país” (Guerra 1929, p. 33). Con todo, algunas normas de la Constitución del 25 intentaron promover paulatinos espacios de mayor descentralización. Así, el Art. 107 establecía un mandato programático para dictar leyes que confirieran “paulatinamente a los organismos provinciales y comunales, las atribuciones y facultades administrativas que ejerzan en la actualidad otras autoridades, con el fin de proceder a la descentralización del régimen administrativo interior”. Sin embargo nada de ello se concretó en las décadas siguientes, y el lamento por la centralización ahogante se mantuvo⁵.

⁴ (Collier 2005, p. 60). Dice el autor: “A pesar de que se tomaron medidas para el establecimientos de municipalidades elegidas en las capitales de cada departamento, su autoridad fue insignificante y los intendentes y gobernadores tenían poderes absolutos de veto sobre ellos”.

⁵ Un ejemplo de la agobiante centralización, tan potente como patético, lo padeció Gabriela Mistral, aun cuando fue antes de la dictación de la Constitución del 25. Cuenta Volodia Teitelboim la siguiente anécdota: “El Presidente Juan Luis Sanfuentes se resistía a nombrar directora del Liceo de Niñas de Punta Arenas a Lucila Godoy porque, según su información, el cargo estaba ya prometido a Gabriela Mistral. El Ministro de Instrucción Pública, Pedro Aguirre Cerda, insistía

La Constitución vigente también hizo esfuerzos por motivar una mayor descentralización. Lo mismo las reformas posteriores, como aquella del año 1991 que creó los Consejos Regionales y modificó el Art. 3 para incorporar la desconcentración como una alternativa de administración acercando así la realidad al texto constitucional; la de 1997 que reguló aspectos municipales profundizando la autonomía municipal; la del 2005 que, entre otras cosas, volvió a modificar el Art. 3; la del 2007 y luego del 2012 que regularon a nivel constitucional los territorios especiales de Isla de Pascua y Juan Fernández; la del 2009 que promovió el asociativismo municipal; y otra del 2009 que estableció, entre otras materias, la elección directa de los consejeros regionales.

Todas ellas, y otra decena de leyes, se han ideado y escrito bajo el relato de la descentralización. Pero su puesta en práctica choca con la dura realidad. Y es que, como ya lo advertía Huneus hace más de un siglo, “la verdad es que la forma de Gobierno de un país no depende de las palabras con que lo bautizan uno o más artículos de su Constitución” (Huneus 1890, p. 65). Son muchos los factores que marcan el profundo centralismo en Chile. Pretender que un texto constitucional los modifique y cambie la cultura del poder tiene algo de ingenuo. Por eso, las páginas que siguen intentan hacer propuestas que puedan llevarse a cabo y que, ancladas en nuestra tradición constitucional, permitan paulatinamente ir avanzando en estructuras de poder más descentralizadas.

Ello es imperioso desde varios puntos de vista. Dos de ellos me provocan especialmente. El primero es que las estructuras descentralizadas son especialmente eficaces para limitar el poder. Si el constitucionalismo es, en términos simples, un mecanismo para poner atajo al poder del Estado y fortalecer los derechos de las personas, trasladar atribuciones del poder central al poder local es una forma de dividirlo, contrapesarlo y, por lo mismo, limitarlo. Una segunda razón para promover la descentralización es acercar la decisión a las personas. Ello tiene valor no sólo porque la decisión que se toma de manera descentrali-

y aclaraba: ‘Ambas son la misma persona’. [...] Por fin salió la designación: ‘Nómbrese directora del Liceo de Niñas de Punta Arenas a la profesora de castellano del Liceo de Niñas de Los Andes doña Lucila Godoy. Autorízase a la nombrada para proponer al gobierno los cambios en el personal y demás medidas de orden interno que estime convenientes para asegurar la buena marcha del establecimiento. Tómese razón y comuníquese. S. Sanfuentes, P. Aguirre Cerda.’” (Teitelboim 2003, p. 83). ¿Qué hace el Presidente de la República designando a una directora de una escuela en Punta Arenas? ¿Por qué los cambios y demás medidas que la directora estime deben proponérseles al gobierno central? ¿No es más lógico un sistema descentralizado?

zada posiblemente tiene acceso a mejor información y reconoce la diversidad de soluciones que cada caso requiere. También porque la decisión descentralizada tiende a ser una decisión menos ideológica y más fáctica. En otras palabras, es una decisión en la que cada cual se aproxima al tema desde su realidad, intereses y necesidades y no tanto desde sus concepciones preconcebidas.

Estas y otras razones motivan las reflexiones que siguen. Ellas reconocen la tradición constitucional chilena en esta materia e intentan avanzar en un proceso de largo aliento. No son reformas radicales ni extremas. Simplemente son modificaciones que poco a poco irán contribuyendo a descentralizar la Administración, el ejercicio del poder y nuestra mentalidad. A continuación entonces se analiza la forma jurídica del Estado para luego pasar a su arquitectura. Posteriormente se analizan materias de financiamiento y responsabilidad fiscal. El último tema no se vincula directamente con la descentralización pero es parte de la Constitución orgánica. Dice relación con los órganos constitucionalmente autónomos y su regulación constitucional y legal. Ese capítulo se detiene no sólo en la actual estructura de nuestra Constitución sino que también en el debatido tema de las supramayorías.

Una advertencia final: las páginas que siguen están planteadas como un punteo que permite leer más rápidamente los diversos temas sin profundizar mayormente en aspectos dogmáticos.

2. Forma jurídica del Estado: unitario

A continuación desarrollo, teniendo como base el texto de la Constitución vigente, diversos planteamientos vinculados con el Estado unitario.

2.1. Bases de la institucionalidad

2.1.1. Chile: Estado unitario

En las Bases de la Institucionalidad, es el Art. 3 la norma en torno a la cual giran estas páginas⁶.

⁶ Art. 3.- El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Propongo, en lo sustancial, mantener dicho texto por las siguientes razones:

- 2.1.1.1. Creo que la práctica política y el ejercicio de la ciudadanía se han construido en Chile sobre la base de un Estado unitario. Así ha sido nuestra tradición constitucional, e incluso antes que ella, y así creo, con Mario Góngora, que se ha ido construyendo el concepto de Nación y Estado en Chile.
- 2.1.1.2. Me parece que Chile está lejos de poder constituirse como una federación de Estados. Ello tanto por carecer de identidades territoriales marcadas como de suficientes capacidades instaladas.
- 2.1.1.3. Las experiencias de Estados regionales no han sido exitosas, al menos en lo que es mi conocimiento de la situación de España e Italia. Con todo, es una idea que en abstracto me parece interesante. Creo que, como expuse en *Diálogos Constitucionales* (Sierra 2015, p. 272), para encaminarse hacia un Estado Regional es imprescindible crear regiones más poderosas para contrarrestar el peso de la Región Metropolitana. No es la Región XV, I, II y III las que individualmente pueden contrapesar el poder político y fáctico de la RM. Son todas ellas juntas las que podrían hacerlo. Pero, como sabemos, la tendencia del proceso político es la contraria, esto es, hacia la atomización de la regionalización.
- 2.1.1.4. Dado que este ejercicio académico de alguna forma tiene que dialogar con el debate actual, no avanzo en una línea de Estado Regional sino que construyo sobre la base de un Estado unitario.
- 2.1.1.5. Si es que algo debiera modificarse en el Art. 3 es el mandato a los órganos del Estado, incorporado el 2005, para promover el fortalecimiento de la “regionalización”, como dice hoy. La regionalización es una forma de división administrativa; la descentralización, en cambio, es el proceso de transferencia de potestades a instancias más próximas a la comunidad que pueden ser municipios, gobiernos regionales u otros. Es esto último lo que nos debiera interesar promover. Por ello el artículo debiera promover “la descentralización”.

2.1.2. Subsidiariedad competencial

No obstante mantener el Art. 3 en lo sustancial, en sus términos actuales, propongo consagrar en el Capítulo I, el principio de subsidiariedad competencial.

2.1.2.1. La Comisión Asesora Presidencial sobre la materia propone expresar el principio como sigue:

Cada función pública debe radicarse en aquel nivel donde ésta se ejerce igual o mejor, privilegiando el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional. Ello implica que sólo aquellas funciones que no pueden ser asumidas adecuadamente por el nivel local o regional deben recaer en la competencia del gobierno central⁷.

2.1.2.2. Considero que este principio debe informar la deliberación política y no debe ser entonces un principio justiciable. En otras palabras, un mandato al legislador y a la Administración. No creo conveniente que un principio como este sea justiciable dado que la ponderación de las circunstancias fácticas que permiten concluir si una competencia está mejor radicada en una u otra instancia es, finalmente, una decisión política.

2.1.2.3. Para consagrar lo anterior, podría decirse que “El Gobierno y el Congreso velarán porque cada función pública se radique...”.

2.1.2.4. Incluso más: podría establecerse expresamente que el rol de los jueces (pienso en el Tribunal Constitucional velando por el cumplimiento de las normas constitucionales en el proceso de formación de la ley), se circunscribe exclusivamente a verificar si los cuerpos colegisladores cumplieron con las formas preestablecidas para evaluar dónde se ejerce de mejor manera la función pública respectiva. En otras palabras, escrutar si se hizo la pregunta ¿cuál es el mejor nivel donde radicar esta función? más que el mérito de la respuesta.

2.1.2.5. Podría pensarse que, tal como se expone, una disposición como esta tiene poca importancia. Sin embargo, considero que incorporarla, en alguna medida, debiera remecer el proceso de toma de decisio-

⁷ Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional. *Propuesta de Política de Estado y Agenda para la Descentralización y el Desarrollo Territorial en Chile* (2014, p. 17).

nes y servir de señal al momento de asignar competencias. Para eso, entre otras cosas, sirven los principios que están en las bases de la institucionalidad.

2.1.2.6. Finalmente, esta disposición reemplazaría el principio contemplado en el Art. 115 de la Constitución⁸.

3. Niveles de División: Nacional y subnacional

Pienso que la distribución del poder se debe realizar en dos niveles: el nacional y el subnacional. Este a su vez está compuesto por Gobierno Regionales y municipios. De esta forma no hay una relación de jerarquía entre el Gobierno Regional y las municipalidades, sino que simplemente hay una división según competencias asignadas a cada cual. La estructura pública residual es el municipio.

3.1. Gobierno Regional

3.1.1. Intendente

3.1.1.1. Considero que el gobierno de la región debe seguir recayendo en el intendente, quien debe mantenerse como el representante natural e inmediato del Presidente de la República. Por ello, por el momento, no considero que deban ser elegidos directamente.

3.1.1.2. En este punto, como es claro, me alejo del planteamiento del proyecto de reforma constitucional del Gobierno que se encuentra en tramitación.

3.1.1.3. La reforma constitucional, además de instaurar la elección directa del intendente, separa en dos cargos distintos las funciones que actualmente desempeña el intendente. Por una parte, establece un nuevo cargo de gobernador regional, de exclusiva confianza del Presidente de la República, y que tendrá por objeto coordinar, supervigilar o fiscalizar los servicios públicos que dependen del Presidente a través de un Ministerio; y por otra parte, mantiene al

⁸ Dispone este artículo: “Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”.

intendente como máxima autoridad del gobierno regional, a cargo de la administración superior de cada región. El intendente será elegido por votación popular por cuatro años, pudiendo ser reelegido por una vez, y presidirá el consejo regional.

- 3.1.1.4. La pregunta en este caso es qué mecanismo fortalece de mejor forma una efectiva descentralización. Intuyo que en un escenario con autoridades regionales electas, las cuales pudieran ser de un color político distinto al del gobierno central, resulta más difícil que se avance en forma decidida en un proceso de descentralización. Si ya hoy hay desconfianza al momento de transferir competencias dentro de un Gobierno que, en todos sus niveles, responde al Presidente de la República, con intendentes electos ese traspaso será aún más complejo.
- 3.1.1.5. Por ello la elección de intendentes debiera ser debatida una vez que efectivamente se haya traspasado mayor poder de decisión y de recursos a las regiones y comunas⁹.

3.1.2. Consejo Regional

- 3.1.2.1. Considero que debe mantenerse la elección directa del consejo regional.
- 3.1.2.2. Corresponde delegar el sistema electoral a la ley, como lo hace la Constitución, pero eliminar de esta la frase “cuidando siempre que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados”. Ella da lugar a la judicialización en la determinación de los procesos electorales¹⁰.

3.1.3. Extender la regla del Art. 121 a los gobiernos regionales

- 3.1.3.1. Es decir, permitir que los gobiernos regionales puedan crear o suprimir empleos, fijar remuneraciones y establecer la orgánica interna que decidan.
- 3.1.3.2. Es cierto que, tras casi dos décadas, esta norma sigue sin aplicación pues no se ha dictado la ley respectiva. A ello han conspirado los intereses gremiales y el temor que genera una estructura funcional

⁹ Sobre este tema ver también (Deluz 2015, pp. 107 y ss.).

¹⁰ Ver prevención de los ministros Vodanovic, Carmona, García y Hernández en el control de constitucionalidad del proyecto de ley que establece la elección directa de los consejeros regionales. STC Rol N° 2466-13.

menos rígida¹¹. Pero ello no obsta a que, si se quiere mayor autonomía de municipios y gobiernos regionales es necesaria también cierta flexibilidad en el manejo del personal y de la estructura interna.

3.1.4. Competencias de los gobiernos regionales

- 3.1.4.1. En la actualidad los gobiernos regionales dedican gran parte de su tiempo y capacidad a distribuir recursos entre los municipios de la región. También, aunque muy por debajo, juegan un rol relevante en la definición de los planos reguladores.
- 3.1.4.2. Todas las otras atribuciones de los gobiernos regionales, como puede apreciarse en su ley, son de menor relevancia. De hecho, casi no tienen potestades normativas.
- 3.1.4.3. Propongo, aunque no a nivel constitucional, que el Gobierno Regional tenga atribuciones en materia de planificación urbana, medio ambiente, transporte, administración de bienes fiscales y alguna otra en la que los municipios no tengan incentivos para coordinarse. Todas las demás materias de gestión local quedarían en manos de los municipios.
- 3.1.4.4. También el GORE debe tener atribuciones en la administración de áreas metropolitanas, a las que me referiré más adelante.

3.2. Gobierno municipal

- 3.2.1. Desde mi perspectiva, si hay algo que debiera fortalecerse son las capacidades formales e informales de los municipios, más que la de los gobiernos regionales. Son estos los más próximos a las personas y los que mejor pueden atender sus diversos requerimientos.
- 3.2.2. Los municipios actuales tienen profundas diferencias en cuanto a sus recursos y capacidades técnicas. La ley no reconoce esta realidad y así, tanto Concepción como Quilaco, deben, por ejemplo, solicitar una autorización al SERVIU para que les acredite la calidad de las veredas o a Vialidad para instalar un semáforo en la comuna. Esta realidad no tiene solución constitucional sino que eminentemente legal y reglamentaria.

¹¹ Con todo, la tramitación del proyecto de ley actual, que ha incorporado importantes recursos para aumentar remuneraciones de los funcionarios municipales, hace pensar que “todo es cuestión de precio”.

3.2.3. Con todo, la Constitución podría dar pie a una distinción entre municipios similar a la que va a existir entre regiones cuando se inicie el proceso de transferencia de competencias.

3.2.3.1. Hoy la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades distingue entre atribuciones privativas de los municipios y atribuciones compartidas con otros órganos públicos.

3.2.3.2. La Constitución debe habilitar a la ley para que, en ciertas circunstancias que la propia ley establezca (por ejemplo, criterios técnicos de capacidad municipal), ciertas competencias compartidas puedan pasar a ser privativas del municipio de forma tal que no admita otra competencia que la del gobierno local.

3.2.3.3. Así, por ejemplo, municipios urbanos que cuentan con mayores capacidades, tales como aquellos que coinciden con capitales regionales (Talca), podrían empezar a asumir diversas funciones que hoy deben compartir con órganos regionales o centrales.

3.2.3.4. De esta forma, el municipio asume el gobierno y la gestión local sin interferencias en todas aquellas áreas que asuma como privativas.

3.2.4. La ordenanza municipal es la expresión normativa del municipio. Creo que pudiera transformarse en la norma de clausura del sistema de fuentes formales del derecho. Para ello propongo incorporar a la Constitución una definición de la misma similar a la contenida hoy en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades¹². Podría decir: “Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad, en todas aquellas materias que no sean de ley”.

3.2.4.1. Una norma como esta permitiría empezar a revertir la creciente jurisprudencia administrativa que reduce de modo importante la capacidad normativa de las ordenanzas.

3.2.4.2. Respecto a la relación entre las ordenanzas y la potestad reglamentaria de ejecución, el hecho que el ámbito de la ordenanza sea “la comunidad” puede distinguir niveles. Con todo, reconozco que ello requiere más atención.

3.2.4.3. En cualquier caso, una norma como esta debe ir acompañada de un mayor control de las ordenanzas. Para ello, la Constitución debe

¹² Las ordenanzas serán normas generales y obligatorias aplicables a la comunidad. En ellas podrán establecerse multas para los infractores, cuyo monto no excederá de cinco unidades tributarias mensuales, las que serán aplicadas por los juzgados de policía local correspondientes.

delegar a la ley la regulación de un procedimiento administrativo previo transparente y el establecimiento de mecanismos de control. Ellos pueden ser eventualmente ex ante y, en cualquier caso, ex post por la vía judicial. También la ley debiera reglamentar las sanciones y el proceso sancionatorio básico.

3.2.5. Hay otra serie de disposiciones en la Constitución vinculadas con el gobierno comunal respecto a las que no me pronunciaré en detalle. Algunas de ellas no despiertan debate (Art. 119, Concejo Municipal), otras podrían llevarse a la ley (Art. 120, Administración transitoria de las comunas; Art. 118, Mecanismos de plebiscitos y consultas) y otras son mandatos declarativos al legislador que habría que evaluar.

3.3. Eliminación de las provincias

3.3.1. Las provincias y su estructura poco aportan al proceso de descentralización. Si se analizan las atribuciones formales de los gobernadores, se aprecia que tienen escasas potestades que no ejerza o pueda ejercer el intendente¹³. Entre las atribuciones informales, el principal rol del gobernador es ser el “operador” del Ejecutivo en terreno, evitando que los conflictos escalen. Es este un rol de mucha importancia que, con todo, puede ser reemplazado por otras estructuras.

3.3.2. La situación vigente tiene ciertas curiosidades. Chile tiene 54 provincias y, a pesar de que la norma constitucional mandata que cada provincia estará a cargo de un gobernador, sólo hay 53 gobernadores pues Santiago no cuenta con uno.

3.3.3. Propuestas:

3.3.3.1. En la Constitución debiera eliminarse la actual referencia al Gobierno y Administración Provincial (Arts. 116-117)¹⁴.

¹³ Sobre esto puede verse (Illanes 2000).

¹⁴ Art. 116.- En cada provincia existirá una gobernación que será un órgano territorialmente desconcentrado del intendente. Estará a cargo de un gobernador, quien será nombrado y removido libremente por el Presidente de la República. Corresponde al gobernador ejercer, de acuerdo a las instrucciones del intendente, la supervigilancia de los servicios públicos existentes en la provincia. La ley determinará las atribuciones que podrá delegarle el intendente y las demás que le corresponden.

Art. 117.- Los gobernadores, en los casos y forma que determine la ley, podrán designar delegados para el ejercicio de sus facultades en una o más localidades.

3.3.3.2. A lo más, la Constitución debe permitir a la ley crear provincias para ciertos territorios más distantes del polo urbano central (ej. Chaitén). Estos gobernadores serán los representantes del intendente en el territorio respectivo; tendrán las funciones que éste le delegue. Por lo mismo, serán designados por este y ya no por el Presidente de la República.

3.4. Áreas metropolitanas

3.4.1. Es claro que en Chile hay polos urbanos que abarcan una o más comunas. Tal es el caso de la Provincia de Santiago, Concepción-Talcahuano, Valparaíso-Viña, Coquimbo-La Serena y eventualmente otros. Son todas estas las denominadas áreas metropolitanas. En ellas, y sólo en ellas, el gobierno regional debe asumir un rol gestor que reduzca parcialmente las competencias municipales en ciertas áreas que la ley definiría.

3.4.2. La Constitución debiera habilitar al legislador a que, bajo ciertas circunstancias que ella misma establezca por la vía de cláusulas abiertas, cree áreas metropolitanas a cargo de los respectivos gobiernos regionales. Al hacerlo, el legislador podrá modificar las competencias de municipios incluidos en ellas, reduciendo su autonomía.

3.5. Gobiernos regionales y transferencias de competencias desde el Gobierno central

3.5.1. La reforma constitucional de 2009 incorporó la posibilidad de transferir competencias desde la administración central a los gobiernos regionales¹⁵.

3.5.2. Para ello estableció que una ley regularía la materia. Esta ley está en discusión desde el año 2011. Dado que la discusión está en desarrollo y lo que se requiere, más que una modificación constitucional, es la puesta en

¹⁵ Art. 114.- La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República podrá transferir a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los ministerios y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural.

marcha del mecanismo de transferencia de competencias, es que sugiero no modificar la regla.

- 3.5.3. Con todo, a fin de flexibilizar el ámbito de transferencias que autoriza la Constitución, se propone eliminar la frase final del inciso que circunscribe la transferencia de competencias a materias de “ordenamiento territorial, fomento de actividades productivas y desarrollo social y cultura”.
- 3.5.4. ¿Por qué no podrían transferirse otras competencias tales como la administración de hospitales públicos, la administración de un parque nacional, la elaboración de planes de descontaminación, etc.?

3.6. Territorios especiales

- 3.6.1. La Constitución establece como territorios especiales a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández¹⁶.
- 3.6.2. La ley es la encargada de concretar este mandato regulando el gobierno y la administración de estos territorios. Hasta la fecha, el Congreso Nacional discute diversos proyectos de ley sobre la materia, por lo que sugiero no introducir innovaciones constitucionales.

4. Financiamiento y Responsabilidad Fiscal

4.1. Situación actual

- 4.1.1. La gran mayoría de los ingresos de los gobiernos regionales vienen asignados por la Ley de Presupuestos. Adicionalmente tienen algunos ingresos propios por ciertos tributos que son de beneficio regional (casinos, patentes acuícolas, concesiones mineras, entre otros).
- 4.1.2. Actualmente la Constitución regula tres fuentes de financiamiento:

¹⁶ Art. 126 bis.- Son territorios especiales los correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández. El Gobierno y Administración de estos territorios se regirá por los estatutos especiales que establezcan las leyes orgánicas constitucionales respectivas.

Los derechos a residir, permanecer y trasladarse hacia y desde cualquier lugar de la República, garantizados en el numeral 7º del artículo 19, se ejercerán en dichos territorios en la forma que determinen las leyes especiales que regulen su ejercicio, las que deberán ser de quórum calificado.

- 4.1.2.1. Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR)¹⁷.
- 4.1.2.2. Inversiones Sectoriales de Asignación Regional (ISAR)¹⁸.
- 4.1.2.3. Convenios de Programación¹⁹.
- 4.1.3. El FNDR contiene numerosos recursos que asigna la Ley de Presupuestos a los gobiernos regionales que luego estos distribuyen entre los municipios (“una comisaría para ti, un cuartel de bomberos por allá, etc.”). Es a esta tarea a lo que dedican gran parte de su tiempo los consejos regionales.
- 4.1.4. Los ISAR ya casi no se utilizan y se prefieren otras vías de financiamiento.
- 4.1.5. Los convenios de programación son herramientas más usadas porque depende de la negociación del Gobierno Regional con el sector respectivo.
- 4.1.6. En resumen, la Constitución en esta materia no constituye mayor aporte²⁰.
- 4.1.7. En lo que respecta a los municipios, la Constitución en su Art. 122 garantiza la autonomía del mismo para la administración de sus finanzas y contempla “un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal”. El fondo común municipal ha tenido un funcionamiento valorado como positivo. Por esta razón, a nivel municipal, no considero que sea necesaria una modificación constitucional.

¹⁷ Art. 115, inc. 2. Sin perjuicio de los recursos que para su funcionamiento se asignen a los gobiernos regionales en la Ley de Presupuestos de la Nación y de aquellos que provengan de lo dispuesto en el N° 20 del artículo 19, dicha ley contemplará una proporción del total de los gastos de inversión pública que determine, con la denominación de fondo nacional de desarrollo regional.

¹⁸ Art. 115, inc. 3. La Ley de Presupuestos de la Nación contemplará, asimismo, gastos correspondientes a inversiones sectoriales de asignación regional cuya distribución entre regiones responderá a criterios de equidad y eficiencia, tomando en consideración los programas nacionales de inversión correspondientes. La asignación de tales gastos al interior de cada región corresponderá al gobierno regional.

¹⁹ Art. 115, inc. 4. A iniciativa de los gobiernos regionales o de uno o más ministerios podrán celebrarse convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública entre gobiernos regionales, entre éstos y uno o más ministerios o entre gobiernos regionales y municipalidades, cuyo cumplimiento será obligatorio. La ley orgánica constitucional respectiva establecerá las normas generales que regularán la suscripción, ejecución y exigibilidad de los referidos convenios.

²⁰ Sobre esto puede verse (Horst 2009, p. 207-209). Este mismo libro tiene otros capítulos vinculados con la descentralización que tienen aspectos de interés: Irrázaval, Ignacio y Pérez, Eduardo. “Institucionalidad subnacional y el problema de coordinación de competencias”; Valdés, Trinidad y Valdivieso, Gonzalo. “Agenciamiento local de las políticas nacionales: ¿colaboración o imposición?”; y Bernstein, Felipe e Inostroza, José. “Modernización municipal y un sistema de evaluación de su gestión. Propuestas de una arquitectura”.

4.2. Ingresos y endeudamiento

4.2.1. Principios generales

- 4.2.1.1. En este tema mi planteamiento se construye sobre la siguiente base: la institución pública que quiere asumir mayor autonomía fiscal debe, al mismo tiempo, hacerse responsable del manejo fiscal que esa autonomía le permite para así evitar comportamientos oportunistas que permitan transferir malas decisiones fiscales a otras autoridades o niveles.
- 4.2.1.2. En esta línea, mientras no exista una ley que permita la quiebra de organismos públicos, tales como municipios o gobiernos regionales (por ejemplo Detroit en Estados Unidos), no es posible que los costos de las decisiones de financiamiento sean asumidas en plenitud por las propias instituciones que las tomaron.

4.2.2. Ingresos/tributos

- 4.2.2.1. Soy partidario de un mandato constitucional genérico que permita generar un mecanismo de competencia tributaria entre las regiones, que sea especificado a nivel legal.
- 4.2.2.2. La decisión de la región respecto a la carga tributaria de sus contribuyentes debe tener efectos reales en los ingresos de esa región. En otras palabras, si se decide reducir un impuesto, la región no puede seguir manteniendo el mismo nivel de ingresos y gastos. Así, los incentivos están bien puestos y no se traspasa el costo de la reducción del tributo al gobierno central.
- 4.2.2.3. Para esto el campo de acción del gobierno regional respectivo es sobre los tributos que sean de beneficio propio. Esto acota bastante el mecanismo pero, por la estructura tributaria chilena, veo difícil extenderlo a otros impuestos (IVA o impuesto a la renta).
- 4.2.2.4. En igual sentido, soy partidario de crear un Estatuto del Inversionista Local que asegure ciertos beneficios y acuerdos entre la autoridad local y el ejecutor de un proyecto. Lo más relevante aquí es establecer mecanismos de control y altos niveles de transparencia en la negociación del estatuto.

4.2.3. Deuda

- 4.2.3.1. En lo que respecta al endeudamiento, soy de la tesis de mantener la regla vigente, es decir, autorización legal previa para contratar

empréstitos. Ello porque, en el marco de un Estado unitario –y aun en el caso de uno federal–, no hay herramientas eficaces que desincentiven un comportamiento oportunista de quienes toman la decisión de endeudamiento. En otras palabras, hay incentivos claros a contraer deuda hoy para que otros la asuman mañana o, igualmente, que sea el Estado central quien termine asumiéndola.

4.2.3.2. No considero que sea un contrapeso suficiente una eventual autorización del consejo regional. La atomización de la decisión regional hace que esta sea objeto de menos atención que la que se presta a las decisiones de endeudamiento del gobierno central.

4.2.4. Financiamiento de nuevas responsabilidades

4.2.4.1. Soy partidario de incorporar una regla en la Constitución, en el acápite que regula la “formación de la ley”, que establezca que cualquier nueva función o tarea que se le asigne a los municipios y gobiernos regionales deberá contemplar el financiamiento respectivo. Esta regla ya existe en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades pero no se cumple.

4.2.4.2. De esta forma, si bien puede detenerse la velocidad del proceso descentralizador, al menos se consigue que las responsabilidades que se asignen en el nivel subnacional cuenten con financiamiento.

4.2.5. Impuestos de afectación

4.2.5.1. El Art. 19 N° 20 dispone que la ley puede autorizar que los impuestos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados por las autoridades regionales o comunales “para el financiamiento de obras de desarrollo”.

4.2.5.2. El mandato que el financiamiento se dirija únicamente a obras de desarrollo restringe sin razón alguna el destino de estos recursos generalmente a obras de infraestructura. Perfectamente podrían destinarse a otro tipo de proyectos. Por eso propongo su eliminación.

5. Órganos con autonomía constitucional

Hoy la Constitución regula, además de los poderes clásicos, los siguientes órganos constitucionalmente autónomos: Ministerio Público (MP), Tribunal

Constitucional (TC), Justicia Electoral (TRICEL), Contraloría General de la República (CGR), Fuerzas Armadas (FF.AA), Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) y Banco Central (BC). También entrega autonomía al Consejo Nacional de Televisión (CNTV) y al Servicio Electoral (SERVEL). El nivel de autonomía del primero es menor, en los hechos y en el derecho, a la de los otros órganos mencionados. En el caso del SERVEL, dado que la reforma es reciente, su grado de autonomía se irá configurando en el tiempo.

La regulación constitucional de los órganos constitucionalmente autónomos es variada. Hay casos, como el del CNTV, que sólo es una mención lo que ha llevado a que esta tenga poca relevancia en la práctica jurídica. Hay otros, como el del Banco Central, donde las atribuciones, funciones y organización está delegada a la ley orgánica constitucional respectiva. Es ella la que concreta el mandato constitucional. Otros, por su parte, están más densamente regulados y contemplan entre las normas constitucionales la esencia de sus atribuciones (CGR y MP) y las reglas de designación (TRICEL, TC, MP, CGR, FF.AA). Por último, hay uno (TC) donde todas sus atribuciones están taxativamente reguladas en la Constitución y otro (COSENA) que ha perdido toda utilidad.

Por otra parte, hay servicios públicos que por sus características y “agendas” aspiran a “ingresar” a la Constitución. Los casos más claros son el del Consejo para la Transparencia, la Defensoría Penal y la Alta Dirección Pública.

En la propuesta que haré a continuación, no me pronuncio sobre el TC pues será motivo de otro trabajo. Adelanto, con todo, que me parece que el tratamiento de este órgano autónomo, por el alcance de sus atribuciones y la relación que tienen en el ejercicio de sus competencias con los poderes clásicos, debe ser especialmente denso y a nivel constitucional.

5.1. Propongo seguir en la regulación constitucional de los demás órganos autónomos que hoy se encuentran en la Constitución, con excepción del COSENA, el siguiente modelo uniforme:

5.1.1. Constitucionalizar la atribución esencial del órgano respectivo.

5.1.2. Permitir que la ley incorpore otras, al estilo de lo que hoy se establece en el artículo que regula la Contraloría General de la República.

5.1.3. Establecer en la Constitución la forma de designación de las autoridades que integran el órgano colegiado directivo.

5.1.4. Todo lo demás se delega en una ley con un quórum supramayoritario.

- 5.2. Respecto al órgano colegiado
 - 5.2.1. En la actualidad todos los órganos constitucionalmente autónomos son dirigidos por estructuras colegiadas con excepción de la Contraloría General de la República, Ministerio Público y FF.AA.
 - 5.2.2. Soy partidario que todos ellos, salvo las FF.AA, estén a cargo de un órgano colegiado compuesto por 3 o 5 miembros de dedicación exclusiva elegidos por el Presidente con acuerdo de 2/3 o 3/5 del Senado.
 - 5.2.3. Me parece que eso es virtuoso por varias razones: evita la concentración del poder generando contrapesos internos, reduce los costos de nombramiento, permite cambios más moderados en el tiempo, mantiene culturas institucionales, aumenta costos de captura, facilita la especialización de los miembros del consejo, entre otros.
 - 5.2.4. En el caso de las FF.AA, por tradición y culturas institucionales inherentes, este modelo pareciera no aplicar. En cualquier caso, el tema requiere de mayor reflexión.
- 5.3. Respecto al quórum supramayoritario
 - 5.3.1. Estoy más que consciente de las críticas a los quórum supramayoritarios. He tratado el tema en otra publicación en la que también expresé mi acuerdo con la existencia de reglas de quórum supramayoritario en la tramitación de ciertos proyectos de ley (Soto Velasco 2015, pp. 328-332)²¹. Sigo creyendo, en resumen, que para algunas materias es positivo contar con dichos quórum en la legislación complementaria. Pienso, por ejemplo, que las reglas del sistema electoral –del actual y del anterior– no debieran ser modificadas por mayoría pues eso genera que esta aproveche su posición dominante para dibujar distritos y diseñar sistemas que puedan favorecerlos. La historia electoral de Estados Unidos lo muestra con claridad. No me parece que, como en Estados

²¹ En esa oportunidad expresé: “Así como las normas contenidas en la Constitución tienen una base contramayoritaria al requerir de un quórum especial para su modificación, igualmente puede exigirse tal quórum para otras normas que, en abstracto y por estar asentadas en las bases del acuerdo constitucional, forman parte de la Constitución material. Dicho de un modo distinto, la Constitución formal se adelanta a reconocer en alguna medida las disposiciones que posiblemente forman parte de la Constitución material y aumenta los requisitos formales por la vía de las así llamadas leyes orgánico constitucionales. Así, como lo hace con sus mismas disposiciones, la Carta Fundamental exige a estas normas preconstituidas como Constitución material un consenso mayor para su modificación que sirva de fuente de legitimidad”.

Unidos, debemos confiar más en el control de los jueces que en un acuerdo político supramayoritario. En lo personal, prefiero que sea por medio de la deliberación política que un número de congresistas superior a la mayoría tome la decisión a que lo haga un puñado de jueces. Me parece que esto último es más cuestionable desde la perspectiva democrática que lo primero.

5.3.2. Así como aplica este argumento para el sistema electoral, también aplica para la regulación de la estructura básica de órganos de control. En otras palabras, de aquellos órganos que pueden ser calificados como contramayoritarios, esto es, que toman decisiones que limitan el poder del órgano mayoritario, el legislador y el Gobierno. Ello permite proteger el mismo principio: que una mayoría modifique ciertas atribuciones del órgano de control para quedar al margen de este. Esto es especialmente claro en el caso de los órganos autónomos que he tratado en estas páginas.

5.3.3. Lo contrario –delegar aspectos relevantes en la configuración del poder del órgano a una ley simple– genera el incentivo a que la Constitución formal contenga no sólo la función esencial sino que todo aquello que puede parecer importante y que, por lo mismo, requeriría de mayorías amplias para su modificación. Asimismo, dejar estos temas en la Constitución también amplía el campo de acción del Tribunal Constitucional.

Hay otra serie de reglas que están contenidas en diversas disposiciones constitucionales en estos capítulos que habrá que analizar individualmente (por ejemplo la regla que prohíbe al Banco Central adquirir documentos emitidos por el Estado (Art. 109); la regla que regula el pago por las Tesorerías (Art. 100); regla que dice que el TRICEL procede como jurado en la apreciación de los hechos (Art. 95) y tantas otras).

También propongo una norma general para que los servicios públicos que la ley determine se incorporen dentro de un marco de autonomía que cuenta con ciertos estándares en la Constitución. En otras palabras, no es la autonomía

constitucional de los órganos señalados anteriormente²², sino que una autonomía legal cuyo “piso” está constitucionalmente garantizado. Con esto se busca armonizar en alguna medida la estructura de ciertos servicios públicos que tienen un ámbito de competencias muy específico y que el legislador juzga necesario revestirlos de una cierta protección constitucional. Ejemplo de ello puede ser alguna superintendencia o el Servicio de Impuestos Internos. Para ello la Constitución debiera establecer que los servicios públicos que el legislador determine tendrán que regularse por estándares de gobierno corporativo básicos, debido proceso y transparencia en la elaboración de reglas, nombramiento por Alta Dirección Pública, inamovilidad salvo causales legales específicas y alguna otra característica (Véase Zárata 2014, pp. 491 y ss.).



²² El Tribunal Constitucional ha dicho que la autonomía que reconoce la Constitución “se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado, en su ejercicio, a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de gobierno y administración propias de la función ejecutiva”. STC Rol N° 1051-2009. Cons. 37°.

Otras propuestas sobre forma de Estado

Jaime Gajardo*

1. Forma de Estado

Comparto el enfoque general desde el cual Jaime Bassa elabora sus propuestas para una nueva estructura territorial del Estado. Sin embargo, considero que el “problema” de la estructura del Estado no se expresa sólo en su dimensión de poder/contra poder entre las regiones y la capital, es decir, si bien ello es una dimensión del “problema” no es la única a tener en cuenta al momento de realizar una propuesta de nueva estructura territorial del Estado.

Otra dimensión que se debería tener en cuenta en este tema es el de la democracia local y el necesario vínculo con la ciudadanía y sus identidades territoriales. En este sentido, lo que hay que encontrar es el debido equilibrio entre estructura política y representatividad/cercanía y, por ende, legitimidad con la comunidad política que abarca o contempla. Precisamente, en este punto, me parece que la propuesta de Jaime Bassa de crear macro-regiones que contrapesen el poder de la capital no toma en consideración la dimensión de identidad territorial y, quizás, ello generaría una súper-estructura que no tendría una comunidad política que se identifique con ella.

Debido a lo anterior, subyace a esta propuesta la idea de ir superando el centralismo y contrapesando su poder a través del traspaso de competencias y potestades a los gobiernos locales (comunales)¹. En este plano concuerdo, tanto

* Agradezco al equipo constitucional formado al alero del Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, en especial a Carlos Arrué, Adrián Prieto, Francisco Quiero, Bárbara Sepúlveda y Yuri Vásquez, con quienes he compartido estas ideas, siendo tributario de sus aportes, comentarios y críticas.

¹ Según Ángel Bozán: “En la legislación actual los municipios son considerados simples administraciones que deben hacer solamente lo que las normas autorizan. De este modo, se privilegia la descentralización administrativa en el cual las municipalidades deben hacer lo que establece la ley de acuerdo a las instrucciones de los ministerios y reparticiones nacionales. Es decir, las municipalidades son simples ejecutoras de políticas centrales” (Bozán 2006).

con Jaime Bassa como con Sebastián Soto, en la idea de crear autoridades locales (comunales) únicas en las grandes ciudades (Santiago, Valparaíso-Viña del Mar, Gran Concepción, La Serena-Coquimbo, entre otras a evaluar)². Así, el Estado chileno conserva sus características de unidad, pero potencia una estructura local que tiene un arraigo ciudadano y una fuerte comunidad política asociada.

1.1. Forma jurídica del Estado: entre el polo unitario y el polo federal

Comparto la idea de Sebastián Soto en el sentido de que Chile se defina como un Estado unitario, que promueva la “descentralización” y que consagre el principio de subsidiariedad competencial³.

Precisando lo anterior y en concordancia con lo señalado en el punto precedente, consagraría a nivel constitucional la promoción de una descentralización

² En un sentido similar, el informe final de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y el Desarrollo Regional (2014) señala: “Uno de los nudos de gestión pública que se hace más urgente modificar para crear un sistema de administración eficiente y fluido, que dé una respuesta apropiada a las demandas de los habitantes, es el de las áreas metropolitanas. En este sentido, la Comisión propone crear un Sistema para la Administración de las Áreas Metropolitanas (la de Santiago, que se propone denominar precisamente como Área Metropolitana de Santiago, y las del Gran Valparaíso y Gran Concepción, con posible extensión futura a otras), basado en cada Gobierno Regional, en articulación con las correspondientes Municipalidades. Se trata de garantizar una mejor gobernanza metropolitana pero sin duplicar funciones y sin crear un cuarto nivel de gobierno, esto es, generando una instancia que imbrique las capacidades de coordinación del Gobierno Regional con las capacidades de gestión de los gobiernos locales”.

³ En ese sentido, me parece interesante la propuesta de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y el Desarrollo Regional (2014), que propone un Estado Descentralizado, señalando lo siguiente: “El nuevo marco político constitucional para la organización territorial del Estado de Chile reafirma el carácter único e indivisible del territorio. Con todo, se propone eliminar de la Constitución la referencia al carácter “unitario” del Estado, prefiriendo designarlo como Estado Descentralizado. Corresponde al Presidente de la República el Gobierno y la Administración del Estado, sin perjuicio de que el modelo constitucional del Estado Descentralizado distinguirá claramente las funciones de Gobierno y administración Interior y de Gobierno y administración Regional y Local. El Gobierno y administración Interior del Estado se extenderá a la conservación del orden público y la coordinación y/o supervigilancia de la administración nacional territorialmente desconcentrada. Para el Gobierno Interior del Estado el territorio de la república se divide en Provincias. Por su parte, la función de Gobierno y administración Regional y de Gobierno y administración Local, recaen, en cada caso, en el Gobierno Regional y en la Municipalidad, para lo cual el territorio se divide en regiones y comunas. En ese sentido, debe modificarse el Art. 111, incorporando en su inicio el concepto de “El Gobierno y administración superior de la región”, como parte de la definición constitucional, y otro tanto en el Art. 118 respecto de las municipalidades: “El Gobierno y la administración local de cada comuna...”.

de tipo local, es decir, que promueva la transferencia de potestades y competencias a los gobiernos locales (comunales)⁴.

Asimismo, comparto la propuesta de consagración del principio de subsidiariedad en materia territorial en el sentido en que la Comisión Asesora Presidencial (2014) lo expresa, esto es: “Cada función pública debe radicarse en aquel nivel donde ésta se ejerce igual o mejor, privilegiando el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional. Ello implica que sólo aquellas funciones que no pueden ser asumidas adecuadamente por el nivel local o regional deben recaer en la competencia del gobierno central”.

Finalmente, no creo, a diferencia de Sebastián Soto, que el principio de subsidiariedad en materia territorial sea incompatible con el principio contemplado en el Art. 115 de la Constitución⁵, es más, me parece que el artículo precitado es un adecuado complemento del principio de subsidiariedad en materia territorial y se enmarca en la idea de compatibilizar la unidad del Estado, la solidaridad territorial y la descentralización. En ese sentido, más allá de la ubicación final del actual Art. 115 de la Constitución, éste se podría reformular de la siguiente forma:

Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos. *Lo anterior, se hará tomando en consideración el principio de subsidiariedad en materia territorial.*

⁴ Para llevar a cabo un proceso profundo de descentralización política y económica, los municipios chilenos debieran transformarse en Gobiernos Locales en su sentido fuerte. En este punto comparto lo planteado por Catalina Victory Molne al respecto, quien señala: “Esta transformación de la organización municipal implica que la municipalidad asuma un rol de gobierno dejando de ser una administración de potestades, y donde la ciudadanía juntamente con la municipalidad asuma el rol de crear riqueza para posibilitar un desarrollo local sostenible, donde el gobierno local y la ciudadanía ejerzan corresponsabilidades en el ejercicio del poder del municipio” (Victory 2007).

⁵ “Para el gobierno y administración interior del Estado a que se refiere el presente capítulo se observará como principio básico la búsqueda de un desarrollo territorial armónico y equitativo. Las leyes que se dicten al efecto deberán velar por el cumplimiento y aplicación de dicho principio, incorporando asimismo criterios de solidaridad entre las regiones, como al interior de ellas, en lo referente a la distribución de los recursos públicos”.

1.2. Órganos y competencias

Comparto los niveles de subdivisión nacional que plantea Sebastián Soto, esto es, Gobierno central, Gobierno Regional y gobierno local (comunal), sin embargo disiento en su forma de generación e introduzco una distinción en el caso del nivel regional.

En el caso del Gobierno Regional, habría que hacer una distinción entre administración regional y Gobierno Regional. La administración regional sería aquella entregada a la autoridad regional que representa al Gobierno central y coordina los servicios públicos en este nivel. Por su parte, el Gobierno Regional estaría compuesto por el Intendente –electo popularmente– y el Concejo Regional, que tendría competencias en la definición del presupuesto regional y en las áreas de inversión regional.

Las autoridades de la subdivisión nacional serían:

- 1.2.1. Presidente de la República, electo de igual forma a la que contempla la actual Constitución.
- 1.2.2. Gobernador Regional, designado por el Presidente de la República y a cargo de la administración regional.
- 1.2.3. Intendente, electo popularmente.
- 1.2.4. Concejo Regional, electo de forma proporcional y manteniendo la prevención que establece actualmente la ley en el sentido de “cuidando siempre que tanto la población como el territorio de la región estén equitativamente representados”.
- 1.2.5. Gobierno local, compuesto por las mismas autoridades que establece la Constitución para la “administración comunal” y manteniendo su forma de elección⁶.

Finalmente, tanto en el caso del Consejo Regional como en el gobierno local, establecería una ley de cuotas para asegurar tanto la representación de los pueblos indígenas que habitan en el territorio regional así como de mujeres.

En relación con la transferencia de competencias, comparto lo recién señalado por Sebastián Soto.

⁶ En un sentido similar, de la Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y el Desarrollo Regional (2014, pp. 37-38).

1.3. Financiamiento

En esta materia propongo establecer algunos principios generales, similares a los señalados en los siguientes artículos de la Constitución española.

- 1.3.1. Establecer que “toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general”. Asimismo, reconocer la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. (Véase Art. 128 de la Constitución española).
- 1.3.2. Establecer un derecho/deber similar al contenido en el Art. 31 de la Constitución española, en el sentido de que:
 - 1.3.2.1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.
 - 1.3.2.2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.
 - 1.3.2.3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

Sobre la posibilidad de establecer diferencias en la repartición nacional de tributos en razón de diferencias subnacionales, establecería una regla de asignación preferente de los recursos recaudados a nivel regional, reservando un porcentaje del presupuesto nacional en ese sentido.

En relación con la posibilidad de imponer subnacionalmente tributos o de posibilitar rebajas tributarias, comparto lo planteado por Sebastián Soto. Considero relevante que los gobiernos locales de las grandes ciudades manejen su presupuesto a nivel metropolitano, recaudando a ese nivel y definiendo sus gastos. Ello permitirá redistribuir los recursos a nivel metropolitano y disminuir las brechas de desigualdad entre las comunas que componen la ciudad.

Asimismo, mantendría el sentido del Art. 122 de la Constitución⁷, aunque revisaría su actual configuración legal.

Finalmente, aunque no es propiamente financiera, pero sí impacta en ello, ampliaría las facultades y disminuiría las trabas que tienen los gobiernos locales para la creación y operación de empresas públicas⁸. Así las cosas, consideró que las empresas públicas municipales son fundamentales para la comuna por dos razones. En primer lugar, porque pueden corregir las deficiencias del mercado, y actuar en el caso de que en el mercado no existan interesados, hubiera colusión y, por ende, distorsión de precios, monopolio u oligopolio. En segundo lugar, porque pueden ser un motor de desarrollo para la comuna o un consorcio de ellas, fuente de creación de riqueza y de empleo⁹.

Respecto del órgano encargado de la asignación y gasto de recursos fiscales a nivel nacional y subnacional, comparto lo señalado por Jaime Bassa, esto es, tener una Dirección Nacional de Presupuestos, con competencias a nivel nacional y regional y composición integrada a nivel central y regional.

1.4. Control

Propongo un sistema de control en el que participen los siguientes órganos:

1.4.1. Contraloría General de la República, sólo en materia de auditoría y que tenga la legitimación activa para accionar en el juicio de cuentas que se seguirá en sede judicial.

⁷ Art. 122.- Las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas. La Ley de Presupuestos de la Nación podrá asignarles recursos para atender sus gastos, sin perjuicio de los ingresos que directamente se les confieran por la ley o se les otorguen por los gobiernos regionales respectivos. Una ley orgánica constitucional contemplará un mecanismo de redistribución solidaria de los ingresos propios entre las municipalidades del país con la denominación de fondo común municipal. Las normas de distribución de este fondo serán materia de ley.

⁸ Tal como señala Pablo Ruiz-Tagle, conviene tener presente que el Estado o municipio, en algunas circunstancias, pueden ser “[...] la única persona que como empresario puede intervenir para estructurar y organizar en una forma económica óptima y disciplinar mejor todos los demás agentes económicos en un mercado específico. Este puede ser el caso, por ejemplo, de un mercado que puede tener rasgos oligopólicos” (Ruiz-Tagle 2000, p. 22).

⁹ Lo anterior puede ayudar a resolver lo que para Fernando Vallespín (Vallespín 1999) es uno de los principales problemas actuales de la democracia, esto es, su colonización por parte de la economía imperante, dejando poco espacio para la deliberación política. Asimismo, véase (Quiero 2016).

1.4.2. Tribunal o tribunales con competencia en lo contencioso administrativo que realicen un control de legalidad *ex post*. Entre ellos estarían los tribunales dotados de competencia en la materia, con uno general, y mantendría los que ya ejercen en la materia, como el Tribunal de Compras Públicas, el Consejo para la Transparencia, entre otros.

1.5. ¿Qué órganos van en la Constitución y cómo?

Junto con tener los clásicos órganos regulados en la Constitución (Poderes Ejecutivo, Judicial y Congreso), comparto la idea planteada por Francisco Zúñiga en el sentido de tener órganos constitucionales de configuración legal, esto es, que la Constitución los enumere y esboce en sus rasgos principales, dejando su reglamentación particular a la ley. Entre ellas, estarían:

1.5.1. Contraloría General de la República.

1.5.2. Banco Central.

1.5.3. Justicia Electoral.

1.5.4. Ministerio Público.

1.5.5. Defensoría Penal Pública.

1.5.6. Defensor del Pueblo.

1.5.7. Gobiernos locales.

1.5.8. Consejo Nacional de Televisión.

1.6. Pueblos indígenas y la Constitución

1.6.1. La nueva Constitución debiera contemplar dentro de las bases de la institucionalidad un reconocimiento de que Chile es un país multicultural, que se encuentra compuesto por múltiples culturas y naciones, dentro de las cuales están los pueblos indígenas (véase Gajardo 2014a, pp. 205-236).

1.6.2. Se debería establecer el deber del Estado de preservar y garantizar la diversidad étnica cultural del país, es decir, que reconozca el derecho a la “supervivencia cultural”. En este punto, se incluyen:

1.6.2.1. Los derechos de educación y el respectivo respeto a la diversidad cultural.

1.6.2.2. El reconocimiento constitucional de oficialidad de los idiomas y lenguas de los pueblos indígenas.

- 1.6.2.3. Reconocimiento y protección de las prácticas culturales y económicas de los pueblos indígenas y otras minorías culturales. En esta materia, se puede establecer una norma similar a la que contiene el Art. 27 de la Constitución canadiense, en el sentido de que “toda interpretación de la Carta debe concordar con el objetivo de promover el mantenimiento y la valorización del patrimonio multicultural de los canadienses”.
- 1.6.3. Se debería consagrar derechos de grupo o colectivos, que dicen relación a derechos de representación política de los grupos culturales en los espacios de elección popular y las instituciones públicas. Con ello, se busca que el Estado en su conjunto tenga representación de la diversidad cultural en las instituciones que lo conforman, para que las políticas que elaboren no sean heterónomas para los grupos culturales y contemplen su perspectiva social.
- 1.6.4. Se debería consagrar derechos “colectivos”, en lo que respecta a la propiedad indígena y la especial relación de ellos para con la tierra y el medio natural. En este punto, como parte del desarrollo legislativo, se debe establecer la propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales que se encuentran dentro de sus áreas de desarrollo y, por ende, dictar legislación especial de protección de los mismos.
- 1.6.5. Se debería establecer un mecanismo constitucional especial de expropiación de tierras que se encuentran en propiedad de particulares y que serían parte de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas a restituir.
- 1.6.6. Se debería contemplar el reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución. Entendiéndolo en un sentido amplio, es decir, en cuanto a la facultad para crear norma jurídica y adjudicarla, estableciendo como límite los derechos establecidos en la Constitución y la protección de los derechos humanos, generando un sistema integrado de jurisdicción, reconociendo sus autoridades en la materia, pero reservando la persecución y juzgamiento en materia penal al poder judicial central. Sin perjuicio de lo anterior, la cultura y costumbre indígenas deberían ser consideradas en la actividad de adjudicación.



Otras propuestas sobre forma de Estado

Miriam Henríquez

1. Forma del Estado

Subscribo la idea de establecer en la Constitución una forma de Estado que tienda a una mayor descentralización política, administrativa y normativa del Estado, que se oriente a un Estado regional. En tal sentido mi propuesta se acerca más a la postulada por Jaime Bassa, quien expuso las nociones de un Estado “semifederal”.

En la lógica planteada de un régimen semipresidencial, los entes territorialmente desconcentrados de gobierno se encontrarían subordinados al Jefe de Gobierno. El Senado, en el contexto de un Congreso bicameral, representaría a las unidades territoriales con base a paridad. Los tribunales de justicia serían nacionales y regionales.

En el breve esquema propuesto correspondería explicitar constitucionalmente:

1.1. Principio de subsidiariedad competencial, privilegiando el nivel local, luego regional y finalmente nacional.

1.2. El listado de competencias que no se hayan atribuido al Estado nacional ni a las regiones serán ejercidas por el Estado nacional, dando cuenta que este último es quien transfiere a las regiones sus competencias. La fórmula podría señalar: “El Estado nacional conserva de manera exclusiva todos los poderes no delegados expresamente a las regiones”.

1.3. Las competencias normativas regionales, que genere el gobierno regional, deben limitarse a normas procedimentales y no de fondo. Por ejemplo, las regiones no podrán dictar códigos Civil, Comercial, Penal, de Aguas, de Minería (u otros) y tampoco normas de ciudadanía. Las regiones no podrán celebrar tratados internacionales.

1.4. El régimen regional y municipal se regulará por la Constitución de la República.

1.5. La Constitución será la norma jerárquicamente superior y el derecho nacional se aplicará con preferencia al derecho regional.

2. Unidades subnacionales

Concuerdo con Jaime Bassa y Sebastián Soto en la idea de suprimir las provincias, en la medida que esta supresión no se vincule con la creación de macro-regiones.

Comparto los niveles de subdivisión nacional que plantea Sebastián Soto: Gobierno central, Gobierno Regional (Intendente y Consejo Regional) y gobierno comunal (Alcalde y Concejo Comunal). Las autoridades del Gobierno Regional y del gobierno comunal deben ser todas elegidas por sufragio universal directo. Los órganos colegiados deben ser electos bajo el sistema proporcional.

Coincido con la propuesta de Jaime Gajardo que tanto en el caso del Consejo Regional como en el Concejo Comunal se establezcan cuotas para asegurar la representación de los pueblos indígenas que habiten en el territorio regional como de las mujeres.

3. Órganos con consagración constitucional. ¿Cuáles? ¿Con qué grado de autonomía/regulación constitucional?

Reconocería constitucionalmente la “autonomía funcional” de los siguientes órganos:

- 3.1. Contraloría General de la República.
- 3.2. Tribunal Constitucional.
- 3.3. Banco Central.
- 3.4. Tribunal Electoral y tribunales electorales regionales.
- 3.5. Ministerio Público.
- 3.6. Defensoría Penal Pública.
- 3.7. Defensor del Pueblo.

La consagración constitucional debiera referir –además del listado– las principales competencias del órgano con autonomía funcional, su integración y forma de designación. Los demás asuntos quedarán regulados por ley simple.

Excluiría de este listado a los siguientes órganos para su exclusiva regulación legal: a) Consejo de Seguridad Nacional; b) Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública; y c) Consejo Nacional de Televisión.

4. Pueblos indígenas

Actualmente el reconocimiento positivo de los pueblos indígenas y sus derechos alcanza dos niveles: a) legal, fundamentalmente a través de la ley N° 19.253 de 1983; y b) internacional, desde la vigencia del Convenio N° 169 de la OIT desde 2009.

En Chile, a diferencia de la mayoría de los Estados en Latinoamérica y otras regiones, las Constituciones no han reconocido a los pueblos indígenas ni promovido sus derechos “colectivos” o individuales. Esto a pesar de varios intentos de reforma constitucional, particularmente a la Constitución actual (Henríquez, 2005, pp. 127-145).

El actual momento constitucional parece políticamente propicio para que el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos adquiera nivel constitucional.

Con respecto al reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, su necesidad radica en: la obligación de asegurar la existencia y continuidad de estos pueblos y la formación de la identidad de cada uno de sus miembros; y en un imperativo de justicia correctiva y justicia política.

Distintos son los alcances del reconocimiento de los pueblos indígenas en las Constituciones. Los aspectos constitucionalizados han ido desde el mínimo e imprescindible reconocimiento del carácter plurinacional e intercultural del Estado hasta el derecho a la educación bilingüe.

Entretanto, las cartas fundamentales han reconocido, por ejemplo:

- 4.1. Los pueblos indígenas como pueblos indígenas y preexistentes.
- 4.2. La propiedad de sus tierras, como recurso material, cultural y soporte político de la existencia de aquellos.
- 4.3. El derecho a la identidad y cultura propia, a conservarla, desarrollarla y transmitirla.
- 4.4. El derecho a la autodeterminación o autogobierno según sus usos y costumbres.

4.5. El derecho a la administración privilegiada sobre los recursos naturales existentes en sus territorios.

4.6. El derecho a la religión ancestral como factor de identificación étnico cultural.

4.7. El derecho a tener formas propias de organización social.

4.8. El derecho a la participación en la política local y nacional mediante la elección de sus propios representantes.

4.9. El derecho a ser consultados cada vez que se promuevan medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectarlos.

4.10. El derecho a adaptar la justicia a los sistemas indígenas utilizando sus usos y costumbres, entre otros derechos.

Conforme a lo reseñado, mi propuesta –a propósito de la configuración del Estado– es la referencia explícita que *el Estado chileno es plurinacional e intercultural*.

La referencia a “plurinacional” busca contrarrestar la tendencia histórica de los siglos XIX y XX que impulsó la noción de un Estado basado en una “nación chilena” y que implicó la negación y marginación de los pueblos indígenas.

La referencia a “intercultural” importa reconocer no sólo la existencia de diversas culturas –la pluriculturalidad– sino que las mismas interactúan de un modo horizontal, sinérgico y en condiciones de igualdad.



Otras propuestas sobre forma de Estado

Francisco Soto

Me parece que un problema en que incurren las propuestas (de Jaime Bassa, Sebastián Soto y Francisco Zúñiga) es la falta de diagnóstico, lo que lleva a resolver el debate adoptando modelos (Federal, Unitario y Regional). Esto a mi juicio se hace evidente también en el informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Descentralización y Desarrollo Regional.

El caso es que hoy en día sólo Chile sigue mantenido la idea decimonónica de Estado Unitario, mientras los Estados que se pueden caracterizar como “Unitarios” han evolucionado de manera significativa en procesos de descentralización y autonomía, como es el caso de Francia y Colombia.

El debate sobre descentralización en Chile, mayoritariamente ha sido obra de sociólogos (Waissbluth 2006), economistas (Boisier 2001 y 2004) e historiadores (Borja 1996). Desde la perspectiva jurídica las reflexiones tienden a referirse a aspectos formal-descriptivo (Nogueira 1985; Bercholz 2008; Cumplido y Nogueira 2001). Sergio Boissier es uno de los autores que más se interesó a la descentralización en Chile. Examinó el proceso de regionalización operado por el régimen militar, destacando el peso del centralismo en la formación del Estado chileno, sosteniendo que aquel encaró la descentralización como el marco institucional de una abertura al libre mercado, sin referencia a la dimensión territorial de este proceso. Visión no integral y asistémica del proceso descentralizador que no se ha superado (Boisier 2001 y 2004). Otros autores denuncian la inexistencia a la fecha de una política de Estado (von Baer y Palma 2008) y las dificultades generadas en los intentos por introducir reformas en materia de descentralización en la Constitución de 1925 (Carrasco 1997) y de 1980 (Pozo 1986).

En consecuencia, me parece que mantener la idea de Estado Unitario no significa necesariamente optar por el modelo ultra centralizado que existe en Chile. Hoy en Francia se permite convivir con asambleas deliberantes a nivel local y regional, junto con elección de autoridades por la ciudadanía.

1. Órganos y competencias

También participo de la subdivisión nacional que plantea Sebastián Soto, esto es, Gobierno central, Gobierno Regional y gobierno local (comunal), con las correcciones de Jaime Gajardo que distingue entre administración regional y gobierno regional (electo por la ciudadanía).

2. Financiamiento

Comparto la tesis de Jaime Gajardo en este tema y sus referencias a la Constitución española.

3. Régimen jurisdiccional

Sigo en este tema a Francisco Zúñiga.

4. Pueblos indígenas

Finalmente, considero que un debate constitucional sobre la forma de Estado es el contexto adecuado para dar solución definitiva a las demandas de los pueblos indígenas y otras minorías postergadas. Como señala (Kymlicka 1996), es en la forma de Estado donde se han explorado en muchas partes del mundo mecanismos capaces de entregar una adecuada representación a grupos históricamente desfavorecidos.



Otras propuestas sobre forma de Estado

Francisco Zúñiga

1. Forma de Estado

Debo plantear mis discrepancias con las propuestas de Jaime Bassa y Sebastián Soto, discrepancia en un punto es nominal, dado que frente a las opciones semifederal o unitaria propongo un tercer término que es el “Estado regional”. Sin embargo, a mi juicio la fórmula Estado regional debe ser “semi en blanco”, es decir, identificar un piso competencial para el Gobierno, la Administración y el Poder Judicial periféricos, pero en materia de techos competenciales encomendarle a la Ley la transferencia o la regulación del mecanismo de transferencia para así posibilitar un proceso a distintas velocidades, según las capacidades de cada región.

Un tema no resuelto es el de la “provincialización” de la regionalización, que da cuenta de la fortaleza histórico-política de las provincias en nuestro país. A mi juicio, este proceso debe cerrarse o bien rediscutirse completamente el modelo de reparto territorial.

2. Unidades subnacionales

A mi juicio, la supresión de las provincias sólo tiene lógica si se conserva el modelo actual de la “provincialización” de la regionalización. En cambio, si se opta por un modelo distinto de grandes regiones en la que el factor determinante es económico-productivo y geopolítico, las provincias deberían conservar su centralidad. Por último, las unidades subnacionales deberían ser capaces de desarrollar relaciones internas con otras unidades equivalentes para potenciar objetivos comunes e incluso dejar abierta la opción para la para-diplomacia.

3. Subsidiariedad competencial

El principio de subsidiariedad proyectado a la relación centro-periferia a mi juicio debería ser explícito en la cláusula de prevalencia competencial. Esa prevalencia debería girar a favor de la región (macro región) o la provincia, según sea el modelo por el que se opte finalmente.

Las municipalidades, en cuanto servicios públicos o gestores de servicios públicos, tienen limitaciones muy severas, no sólo de financiamiento y de gestión, sino también de eficacia y eficiencia y de idoneidad del personal adscrito a dichos entes públicos y la consiguiente proliferación de prácticas e inconductas en ese nivel de gestión. Probablemente, es en la administración municipal donde el “sistema de despojos” opera con mayor rudeza en nuestro sistema político.

4. Financiamiento

En materia de hacienda pública, es probablemente este el cuello de botella de la regionalización y del Estado regional, no resuelta por los pactos fiscales. En consecuencia, el modelo tradicional de una hacienda única y centralizada (Ministerio de Hacienda-DIPRES) es inconciliable con un Estado regional. Luego, el tema central es definir en la Constitución los elementos básicos de la hacienda regional (programación de ingresos y egresos e identificación de ingresos tributarios o equivalentes adscritos a la región) y también, como lo hace la Constitución vigente, identificar los instrumentos financiero públicos y presupuestarias (presupuesto regional, Inversión Sectorial de Asignación Regional, Fondo Nacional de Desarrollo Regional, convenios de programación, entre otros), instancias que permitan a distinta velocidad y paulatinamente transferir la ejecución del gasto público a la región compatibilizando planes y programas nacionales con planes y programas regionales.

5. Régimen jurisdiccional

Entiendo que este es un punto específico que se abordará más adelante; con todo, quisiera plantear desde ya cuatro áreas temáticas:

5.1. Tribunal Constitucional: Modificación de su composición y competencias.

5.2. Instauración de un órgano de gobierno y administración superior del Poder Judicial, situado en el Poder Judicial y no corporativizado.

5.3. Instauración de un Tribunal de Cuentas como tribunal especial, con doble instancia, ministerio público de cuentas (Contraloría General de la República), pero integrado al Poder Judicial.

5.4. Institución de tribunales de lo contencioso administrativo, sin perjuicio de los tribunales administrativos económicos especiales (tribunales tributarios y aduaneros y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia).

En este sentido, me parece valiosa la propuesta presentada por el ministro Pedro Pierry el 9 de octubre de 2015 a la Corte Suprema sobre tribunales especiales¹.

6. Órganos con consagración constitucional y grado de autonomía y regulación constitucional

A mi juicio, la autonomía constitucional se ha transformado en un fetiche, perdiendo significado en cuanto a diferenciar este concepto de la autarquía y la personificación de los entes públicos. Resulta ejemplar que diferentes órganos del Estado persigan esta autonomía (por ejemplo, el Consejo para la Transparencia y la Defensoría Penal Pública) y que otras instituciones ya la hayan conseguido (SERVEL).

A mi juicio, en el capítulo sobre Gobierno y Administración, el epígrafe “Administración del Estado” debería contener tres reglas básicas:

6.1. Una regla relativa a la Administración civil, el modelo burocrático y estatutario del personal en general con estructura “abierta” (Gazier 1972);

6.2. Otra regla para la Administración militar y policial, definidas como institutos tradicionales y esenciales del Estado, función (defensa nacional o policía de seguridad en su caso) y caracteres de la función pública militar y policial (jerarquizadas, disciplinadas, no deliberantes, profesionales); y

6.3. Una regla dedicada a la Administración institucional o independiente en la que consagre la autonomía, pero con reenvío a la Ley para la determinación

¹ Véase el siguiente link <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=195309>

organizativa (“gobierno corporativo”), competencial y patrimonial en la que se proyecta ésta.

De esta manera, la Administración fiscalizadora diseñada por el decreto ley N° 3.551 y constituida por superintendencias adquiere un lugar en la Administración en que el elemento central de la autonomía es la competencia técnica y la racionalización del “riesgo regulatorio”.

7. Pueblos indígenas

La ubicación de los pueblos indígenas en el reparto territorial del poder político estatal debe ser coherente con dos definiciones: interculturalidad y plurinacionalidad. Estas definiciones, que me parecen correctas y maduras, permiten crear estatutos especiales en razón del territorio para pueblos indígenas, con los límites que establece la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU de 2007.

Una nueva Constitución es una oportunidad para dejar resueltos tres temas sobre pueblos indígenas:

7.1. Representación funcional o política especial ligada al territorio indígena y márgenes de autogobierno en los territorios.

7.2. Definir el alcance de la participación, es decir, si es un procedimiento o un derecho, y cómo se acopla con los mecanismos de participación política, social e institucional de la población y de los administrados en el Estado.

7.3. Para la consulta, lo propio.



TABLA II
Listado de las propuestas sobre forma de Estado

II. Forma de Estado	
Forma jurídica del Estado: entre el polo unitario y el polo federal.	
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Sistema semifederal, colaborativo y solidario, a ser puesto en práctica progresivamente.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Estado unitario, pero con consagración constitucional del principio de subsidiariedad competencial.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Estado unitario.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Debe mantenerse más o menos lo que hoy existe. No está de acuerdo con la “lógica refundacional” de la propuesta de Jaime Bassa.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución de 1980 promueve la descentralización territorial en un Estado unitario, pero no se han producido efectos concretos satisfactorios y se debe profundizar en esta materia. • Debería haber un Estado unitario profundamente descentralizado, en el que las regiones autónomas con sus poderes normativos, sometidos a la ley y Constitución, compitan con incentivos a la inversión y a la llegada de población.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en un Estado unitario que promueva una descentralización inspirada en la subsidiariedad competencial. • Consagrar constitucionalmente una descentralización a nivel local, que transfiera poderes reales a las comunas.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en mantener un Estado unitario. Simpatiza en abstracto con la idea de Jaime Bassa sobre un Estado semifederal, pero no existen las condiciones culturales, económicas o políticas que lo permitan.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Una forma de Estado que implique mayor descentralización política, administrativa y normativa, que se oriente a un Estado regional. • Correspondería consagrar constitucionalmente: principio de subsidiariedad competencial, privilegiando el nivel local, luego regional y, finalmente, nacional. • El listado de competencias que no se hayan atribuido al Estado nacional ni a las regiones serán ejercidas por el primero.

	<ul style="list-style-type: none"> • Las competencias normativas regionales deben limitarse a normas procedimentales. • El estatuto regional y municipal se regulará por la Constitución de la República. • La Constitución será la norma jerárquicamente superior y el derecho nacional se aplicará con preferencia al derecho regional.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Estado unitario, pero no el modelo ultra centralizado actual. Mirar el modelo francés, con especial atención a Rapa Nui como territorio ultramarino de trato especial.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Estado unitario, pero no el modelo ultra centralizado actual. Mirar el modelo francés.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Estado regional, similar a la propuesta de Jaime Bassa.
<p>Órganos y competencias: Niveles de división subnacional, sus autoridades, relación con el Presidente la Presidencia de la República y formas de transferir competencias.</p>	
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Presidente de la República, como Jefe de Estado, y un Consejo de Presidentes como instancia de coordinación política entre los niveles nacional y regional. • Mantener un Congreso Nacional bicameral. • Un Poder Judicial centralizado, con competencia nacional y regional. • Regiones, más grandes que las actuales, autónomas, con estatuto constitucional propio, encabezadas por un Presidente Regional, y ciudades, como unidades subnacionales. • Eliminar las provincias. • Agregar una autoridad metropolitana para el gobierno de los principales centros urbanos, disminuyendo la competencia de los municipios involucrados. • Para transferencia de competencias, sugiere una subsidiariedad competencial, con criterios de gradualidad y a un ritmo de transferencia particular por cada región.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Gobierno Regional y municipios (entendidos como la unidad residual). • Los Gobiernos Regionales encabezados por intendentes designados por el Presidente de la República, y los integra un Consejo Regional (electo) con mayores atribuciones que los actuales. • Eliminar las provincias. • Reforzar el gobierno municipal, antes que las regiones. • Agregar autoridades metropolitanas que agrupen a municipios urbanos. Si coinciden con capitales regionales, podrían empezar a asumir diversas funciones que hoy comparten con órganos regionales o centrales.

<p>Jorge Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • No a la eliminación de las provincias. • La unidad mínima son los municipios. Para descentralizar deben ser potenciados, aumentando competencias, autonomía y recursos, aunque también controles para evitar visos de corrupción que hoy presentan. • De acuerdo con la creación de la autoridad metropolitana, aunque requiere mayor especificación.
<p>Arturo Fernandois</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reducir a siete u ocho regiones, dándoles instrumentos efectivos. • El Tribunal Constitucional es necesario en este esquema para dirimir los problemas de competencia. • La elección popular de los intendentes es compleja porque debilita la conducción presidencial territorial, y, concebida aisladamente, podría agravar el centralismo al transferirse competencias crecientes a los gobiernos regionales.
<p>Miriam Henríquez</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Concuerda con Jaime Bassa y Sebastián Soto en suprimir las provincias, en la medida que esta supresión no se vincule con la creación de macro-regiones. • Comparte los niveles de subdivisión nacional que plantea Sebastián Soto. • Las autoridades del Gobierno Regional y de la comuna deben ser todas elegidas por sufragio universal directo. Los órganos colegiados deben responder al sistema proporcional • Los entes territorialmente desconcentrados de gobierno se subordinarán al Jefe de Gobierno. El Senado, en el contexto de un Congreso bicameral, representarán a las unidades territoriales con base a paridad. Los tribunales de justicia serán nacionales y regionales. • Coincide con Jaime Gajardo en ley de cuotas para pueblos indígenas y mujeres en el Consejo Regional y en el Concejo Comunal. • Si el objetivo generar mayor descentralización, la autoridad metropolitana se aleja de ello (aunque es una buena idea para coordinación)
<p>Jaime Gajardo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en los niveles de división subnacional, pero distinguiendo entre la administración regional y el gobierno regional. La primera es entregada la autoridad que representa al gobierno central, el segundo a un intendente y Consejo Regional electos. • En desacuerdo con Jaime Bassa en la idea de macro regiones. • De acuerdo con Sebastián Soto en crear autoridades metropolitanas, pero con distintas atribuciones (que no sea sólo de coordinación sino, también, de redistribución). • Ley de cuotas para pueblos indígenas y mujeres en el Consejo Regional y en el Concejo Comunal.

José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Macro regiones en lugar de la actual creación de regiones. • Mayor flexibilidad para los niveles subnacionales, con un “menú de opciones” o de instrumentos, antes que macro diseños, a fin de que los distintos gobierno subnacionales puedan moverse a diferentes velocidades, en diversos planos. • Subsidiariedad competencial.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en los niveles de división subnacional, pero, también, con Jaime Gajardo en la distinción entre administración y gobierno regional.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Traspasar poder efectivo a las regiones y agrupar regiones para tener menos, y revisar provincias y comunas. El objeto es que esta división coincida con distritos y circunscripciones electorales. • Autoridades metropolitanas con competencias en transporte y basura. El problema es cómo lograr que se coordinen con alcaldes.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Resolver la “provincialización de la regionalización”. Podrían suprimirse las actuales provincias, pero si se opta por “macro regiones”, deberían ser mantenidas. • Permitir relaciones recíprocas entre unidades subnacionales y, también, con equivalentes extranjeros (para-diplomacia). • Establecer un piso competencial para transferir competencias a cada región con distintas velocidades, según sus capacidades. Cláusula de prevalencia competencial a favor de la región/provincia, con principio de subsidiariedad explícito.
<p>Financiamiento: tributos subnacionales, órgano encargado de asignación y gasto, responsabilidad fiscal.</p>	
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer criterios de reparto solidario de los recursos generados por cada región, aplicados por el Consejo de Presidentes. • Garantizar un desarrollo económico y social equilibrado entre las regiones, estableciendo una razonable proporcionalidad entre los recursos por región, entre los que ésta retiene y los que reparte. Esta materia es competencia del Consejo de Presidentes. • Una Dirección de Presupuestos con competencia nacional y regional, y con integración nacional y regional. • Un Banco Central con competencia nacional.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Mandato constitucional que permita generar un mecanismo de competencia tributaria entre las regiones, especificado por ley. • El principio básico: a mayor autonomía fiscal, mayor responsabilidad fiscal. Así, por ejemplo, si una región reduce sus impuestos, no puede mantener mismo nivel de ingresos y gastos.

	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener autorización legal previa para contratar empréstitos. • Agregar esta regla: toda nueva función que se asigne a los municipios y al Gobierno Regional, debe contemplar el financiamiento respectivo. • Gobierno Regional con competencia sobre los tributos que sean de beneficio propio. Posibilidad de “Estatuto de Inversionista Local”.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Ampliar el margen para que regiones y municipios puedan recaudar y gastar con cierta autonomía esos recursos. • No debe haber autonomía para endeudarse.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en repensar tributos a nivel regional, que permitan generar incentivos a las regiones para competir por recursos, de la mano con una indispensable responsabilidad fiscal. • Ver propuesta de la Comisión de Descentralización (de la cual fue miembro) sobre la creación de tributos regionales.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Ver la Constitución española y sus principios como, por ejemplo: toda riqueza debe estar subordinada al interés general, iniciativa estatal en materia económica acordada por ley, contribución de todos al gasto público, asignación equitativa de recursos. • Regla de asignación preferente de los recursos recaudados a nivel regional, reservando al efecto un porcentaje del presupuesto nacional. • Ampliar facultades de gobiernos locales para creación y operación de empresas públicas. • De acuerdo con Sebastián Soto en que autoridades regionales recauden y administren a ese nivel. • De acuerdo con Jaime Bassa en una Dirección de Presupuestos con competencia nacional y regional, y con integración nacional y regional.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Sebastián Soto en la posibilidad de tributos subnacionales a fin de que los ciudadanos puedan “votar con los pies” en las regiones.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Jaime Gajardo en mirar la Constitución española.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución define elementos básicos de la hacienda regional e identifica los instrumentos financieros públicos y presupuestarios. • Crear instancias que permitan, a distinta velocidad, transferir la ejecución del gasto público a la región, compatibilizando planes y programas nacionales y regionales.

¿Qué órganos en la Constitución (además de los tradicionales Gobierno, Congreso y Judicatura)?	
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público, Servicio Electoral. Para los que entre éstos tienen una dirección unipersonal, se propone un órgano de dirección colegiado de tres o cinco miembros (con excepción, en todo caso, de las FF.AA.). • Además, propone una norma general en la Constitución para servicios públicos determinados por la ley (como, por ejemplo, superintendencias, Servicio de Impuestos Internos), a fin de que se incorporen dentro de un marco de autonomía con ciertos estándares constitucionales.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central. • Para el resto de los órganos autónomos, la Constitución consagra reglas comunes y, eventualmente, los menciona, a fin de evitar que mayorías simples puedan privarlos de su carácter independiente. El Banco Central, incluso, podría caer en esta categoría.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público, <i>Ombudsman</i>.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público, Consejo Nacional de Televisión, Defensoría Penal Pública, <i>Ombudsman</i>.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Constitucional, Contraloría General de la República, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, <i>Ombudsman</i>. • La consagración constitucional debiera referir, además del listado de los órganos, sus principales competencias, integración y forma de designación. Los demás asuntos quedarán regulados por ley simple.

Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> Justicia Constitucional, CGR, Justicia Electoral, Banco Central, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Corporación de Asistencia Judicial, <i>Ombudsman</i>.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> Justicia Constitucional.
Reconocimiento constitucional de determinados colectivos.	
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> Cada región establecerá un estatuto jurídico de los respectivos pueblos indígenas asentados en ella.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> Referencia a los pueblos indígenas y su cultura, pero sin llegar a la consagración de un Estado plurinacional.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> Una forma acotada de reconocimiento de los pueblos indígenas.
Arturo Ferandois	<ul style="list-style-type: none"> Reconocimiento de los pueblos indígenas y promoción a través de las políticas públicas de sus valores, cultura, idioma. De acuerdo con Sebastián Soto en no llegar a la consagración de un Estado plurinacional.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> Reconocimiento de los pueblos indígenas, y promoción a través de las políticas públicas de sus educación, cultura y consulta.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> Estado multicultural. Reconocimiento de los pueblos indígenas y del pluralismo jurídico que de ellos se deriva. Representación política y un mecanismo constitucional especial de expropiación de tierras en relación con los indígenas.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> Estado plurinacional e intercultural. Reconocimiento y protección de los pueblos indígenas.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> Diseñar mecanismos que entreguen una adecuada representación a los pueblos indígenas.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> Estado multicultural, que debe preservar y garantizar la diversidad étnica y cultural del país. Reconocimiento de la oficialidad de los idiomas y lenguas indígenas, y reconocimiento y protección de sus prácticas culturales y económicas. Representación política y un mecanismo constitucional especial de expropiación de tierras en relación con los indígenas.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> Estado intercultural y plurinacional. Definir si habrá una representación funcional o política especial ligada al territorio indígena. Definir, también, los márgenes de autogobierno en los territorios, alcance de la participación (procedimiento o derecho) y de la consulta (procedimiento o derecho).



Cuestión III

Régimen político

Propuesta inicial sobre régimen político

Gastón Gómez

Este esquema –muy elemental– debe leerse teniendo en cuenta que todo análisis prospectivo sobre un sistema de gobierno involucra inevitablemente otros aspectos que se relacionan directamente. Como demuestran la teoría y la ciencia política contemporáneas, el tipo y profundidad de la cultura y prácticas democráticas, el sistema electoral, los tipos, coaliciones y la idiosincrasia de los partidos políticos influyen e inciden en los sistemas de gobierno. No cabe duda de que el “régimen democrático” se relaciona –aunque hay desacuerdos en cómo– con los sistemas de gobierno. Ahora, cuando ese análisis e intento de revisión tiene que ver con el gobierno de un país, se requiere agudizar esas ideas, porque cada sistema o régimen posee enormes particularidades derivadas –como es obvio– de su evolución histórica diversa, posee instituciones que se nutren de la experiencia de generaciones, tiene una cultura y praxis concretas, etc. Las ideas de la teoría y la ciencia política en análisis prospectivos orientan, pero el tipo de juicio que se requiere supone el conocimiento de la realidad de cada sistema, punto de partida para su revisión.

Como es de perogrullo, este esbozo no pretende hacerse cargo del régimen político chileno (es decir, de todas las cuestiones que la teoría y la ciencia política implican). No comparto la idea de que si no revisamos el régimen político (la totalidad de él) no podemos modificar el sistema de gobierno. La historia política de Chile demuestra exactamente lo contrario en 1833, 1891, 1925 y 1942, por ejemplo. Me parece que hay buenas razones para pensar lo contrario: cambios al sistema de gobierno modifican aspectos fundamentales del régimen político y bien orientados permiten contribuir a la calidad de la política. En este texto, redactado para los debates del CEP, y tomando en cuenta nuestra historia institucional y las ideas teóricas generales, trazaré algunos derroteros y rasgos adversos que presenta el sistema de gobierno presidencialista vigente, para proponer modificarlo (y ofrecer un esbozo de ello).

Para este esbozo crítico y prospectivo, voy a entender por sistemas, tipos o regímenes de gobierno, aquellos que se describen como “modelos clásicos” por los especialistas. Prácticamente todos los países poseen sistemas que varían en aspectos significativos, pero ellos no alcanzan a constituir un modelo. Aunque los especialistas no están muy de acuerdo en todo, inevitablemente cada modelo de sistema posee algunos rasgos adscriptivos y otros específicos. El mejor ejemplo de lo que quiero decir son las diferencias entre el sistema de gobierno “presidencial” en EE.UU. y en Chile o en América Latina. En el primero, el sistema descansa en tres o cuatro supuestos que atenúan los rasgos ejecutivos y autoritarios que supone el presidencialismo: partidos políticos no ideológicos ni de cuadros, un Estado federal que admite competencias significativas en los Estados miembros y la ausencia de “poderes exorbitantes” del Presidente sobre el Congreso. En cambio, el sistema presidencial en Chile –si es que se le puede llamar genuinamente así– evolucionó como un reforzamiento de los poderes formales presidenciales, con facultades no habituales del Presidente sobre el Congreso, y con un sistema de partidos (de varios y otros en permanente formación) ideológico que nos recuerda, tal vez con un énfasis muy significativo en el contexto de América Latina, los partidos tipo europeos, con un Estado unitario. Es muy difícil, en consecuencia, asimilar con claridad “el” régimen clásico de EE.UU. con los llamados regímenes presidencialistas –algo peyorativo–, en particular el chileno. Intentaré, entonces, que se entienda que estoy haciendo referencias a los aspectos centrales de los modelos comparados de sistemas de gobierno (no a sus particularidades) y luego, en el caso chileno, aludo a sus rasgos distintivos, todo esto puesto al servicio de este trabajo.

Hay muchos especialistas que han criticado con fuerza el tipo de sistema de gobierno presidencial en Chile (desde Lastarria en adelante). Algunos de esos diagnósticos, como sabemos, le atribuyen un papel significativo en el tipo y desenlace de la crisis política de 1973. Valenzuela incluso sugiere que con un régimen parlamentario la crisis no se habría dejado caer (Valenzuela 1990). De hecho, la proposición de gobierno del llamado Grupo de los 24 para proponer cambios al gobierno (por uno mixto) parte de una idea similar: el tipo de gobierno fue clave en la crisis de 1973, en un contexto de un sistema de partidos plural que se plasmaría mejor en un modelo de gobierno semipresidencial. En los años 90, a la vuelta de la democracia, se llevó a cabo una intensa discusión de elites sobre el tema del mejor sistema de gobierno para un régimen político como el

chileno, el que se estimaba en diversos aspectos bastante particular en el contexto continental (lo que era paradójal después de dieciséis años de gobierno militar). Muchos especialistas participaron en esos debates y se publicaron libros, pero había otras reformas constitucionales más acuciantes para perfeccionar la naciente democracia. El tema quedó para otra oportunidad. Desde esa época hasta hoy no ha habido un intento profundo de revisión del sistema de gobierno, aunque cada vez más se alimenta la idea de que el régimen presidencialista tiene enormes limitaciones. Dicho de otro modo, el cambio o la revisión del sistema de gobierno no ha cautivado mayoritariamente las mentes puesto que la inmediatez y la agonía de la política diaria no permite advertir sus deficiencias (Godoy 1990), hasta que estamos de bruces en crisis y brotan con fuerza los deficientes mecanismos con que el sistema cuenta para salir de ellas. De hecho, las dificultades que el sistema de gobierno presidencial evidenció durante la vigencia de la república de la Constitución de 1925 fueron leídas en clave presidencialista como un problema derivado de las facultades excesivas del Congreso y, desde la reforma de 1943 en adelante, el sistema evolucionó hacia el fortalecimiento del poder del Presidente de la República en desmedro del Congreso, que era visto como el obstáculo (iniciativa en gasto y potestades legislativas y decretos con fuerza de ley). Después de la crisis de 1973, que algunos especialistas han atribuido a la carencia de vías institucionales no plebiscitarias de salida a las crisis representadas por el conflicto Presidente-Congreso, la lectura conservadora de nuestra historia (que es la dominante) ha tejido una verdadera leyenda negra sobre el Congreso y se ha comprometido con un sistema (en realidad con un régimen político) de Presidente hipertrofiado con grandes potestades, que luego sólo en parte ha sido moderado por las reformas a la Constitución que se han implementado desde 1989. A pesar de que no hay casi ningún estudio serio sobre el funcionamiento del régimen presidencialista en las últimas décadas, parece ser el correcto, misteriosamente.

Los defectos del régimen presidencialista pueden dividirse. Están, por una parte, las observaciones críticas que les formulan los especialistas, diríamos, técnicamente. Y están, luego, los defectos que el sistema presidencialista exhibe en su funcionamiento en Chile, cuestión que puede o no repetirse en otros países. Estos últimos defectos son contingentes y dependen de la historia, la cultura política, las instituciones y la conducta de los gobiernos en cada país. En esta síntesis, veamos:

1. Pienso que es apropiado en este punto efectuar una, llamémosla, “prevención”. Es la que formulan Sartori y Nino al abordar estos temas desde una

determinada cultura. Cuando se analiza el problema de la democracia concreta institucional, hay que explicitar las consideraciones en las que descansa el régimen democrático presidencial en aplicación. La “realidad” política institucional no es una ventaja argumentativa para nadie (aunque impone condiciones para cualquier modificación). Los partidarios de las actuales formas institucionales deben argumentar, también, cuáles son las bases sobre las que descansa el régimen presidencial o presidencialista y la concepción de la democracia que subyace y su aporte a la eficacia y estabilidad políticas. Tiende a creerse que los hábitos, prácticas y actitudes que genera un sistema de gobierno son “la realidad”, un especie de dato fáctico de la política, olvidando la estructura normativa que configura esa “realidad”. Un ejemplo puede ayudar a entender el punto. Cuando algunos especialistas desconfían de los partidos políticos chilenos y tienen por ello dudas sobre la viabilidad del parlamentarismo u otras formas mixtas de gobierno, no explicitan que las deficiencias que se advierten de los partidos, esas formas, son las que moldean el régimen presidencialista y su estructura normativa. Si los partidos exhiben debilidades institucionales ello está vinculado sistémicamente a las funciones y papeles que en dicho sistema tienen (escasas). Es muy significativo que en otros sistemas los partidos tienen otra densidad institucional (como el sistema de partidos español, francés o inglés), y demuestran gran vigor para desafiar el *status quo* (Podemos y Ciudadanos en España, la aparición de los Verdes en Alemania, etc.), aunque presentan otros problemas. De este modo, como diría Nino y Sartori (por nombrar a dos críticos del presidencialismo de orientaciones diversas), quien defiende “la realidad” también debe explicitar los argumentos normativos que subyacen a ella; sino, como dice Nino, está confundido.

2. Se critica el régimen presidencialista porque descansa en el principio de separación de poderes (descartando el principio estructural de coordinación, propio del parlamentarismo y semipresidencialismo), que “alienta” el conflicto entre Presidente y Congreso. El régimen presidencialista está diseñado bajo la idea de dividir y separar los poderes, de controles mutuos, atribuyendo funciones a éstos que expresan el conflicto sin vías institucionales de salida que no sean graves crisis no sólo políticas sino institucionales (lo que se evidencia en el caso de Brasil y lo fue en Chile entre 1970 y 1973). De hecho, la historia institucional de Chile puede ser leída, en este aspecto, como reflejo de periódicas y profundas crisis institucionales entre Congreso y Presidente, acompañadas incluso de cruentas guerras civiles de por medio como expresión, causa o retroalimentación

de esas “crisis institucionales” que amenazan la coexistencia (la guerra civil de 1830 origina el presidencialismo portaliano; la guerra civil de 1891 es la pugna entre Balmaceda y el Congreso; de la crisis de 1925 entre Alessandri y el Congreso surge el presidencialismo moderado que fracasó hasta la reforma de 1943 que fortaleció al Presidente frente al Congreso; la crisis de 1973, expresión del conflicto entre Presidente y Congreso). Pero el régimen presidencialista no sólo expresa mal (y las alienta) las crisis institucionales –no hay salida para ellas– sino también no orienta bien las crisis políticas (ya no institucionales), las que dependen de la capacidad del Presidente para maniobrar y evitar el precipicio (Dilma Rousseff). En el centro del régimen presidencialista existe una doble legitimidad, el Presidente y los parlamentarios son elegidos por el pueblo, y lo representan. Algunos lo han llamado la “disyunción” de legitimidades por el potencial conflicto latente en “identificarse” con el pueblo y la conducción del gobierno (y la agenda) (Valenzuela 1990) y legitimidad democrática “dual” (Linz 1990). Esta disyunción se alimenta de un Presidente que concentra un poder formal incontrastable derivado del carácter de jefe de Estado y de gobierno a la vez. El Congreso –en síntesis– tiene un rol legislativo y fiscalizador pero no tiene la responsabilidad institucional de gobernar, de “hacer un gobierno”, como lo ha llamado un experto. No se refiere a la cooperación contingente para que un gobierno funcione, la que depende de la evaluación y adhesión que obtiene en la ciudadanía; se trata de que el Congreso no tiene la responsabilidad de cooperar responsablemente con un gobierno. Es por ello que el régimen presidencialista se vuelve extremadamente complejo frente a ejecutivos débiles, mal evaluados, con pérdidas crecientes de liderazgo y conducción, los que incluso pueden perder la mayoría en las Cámaras (para qué decir si pierden el tercio que permite bloquear y que obliga a negociar Congreso-Presidente, como le pasó a Alessandri) y son desafiados por los futuros líderes presidenciales situados en el Congreso.

3. Hay –sin embargo– que diferenciar claramente entre regímenes presidenciales clásicos (EE.UU.) y regímenes presidencialistas. En estos últimos, las funciones del Presidente se encuentran reforzadas, a extremos difíciles de imaginar (J. C. Ferrada lo describe bien, en Bassa et al. 2015). El Presidente de la República, a las facultades tradicionales de conducción política y de jefe de Estado, agrega poderes de nombramiento determinantes e incontrarrestables en el Estado (jueces, embajadores, FF.AA., Banco Central, Contralor, integrantes del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones, etc); posee o puede obtener facultades

extraordinarias y estados de excepción; nombra directa o indirectamente a las planas mayores y directorios de los servicios y empresas públicas; incidencia en la función judicial; control y manipulación de la función legislativa (veto, iniciativa de ley, iniciativa exclusiva de ley, urgencias, Ley de Presupuestos y dictación de decretos con fuerza de ley). Un ejemplo nada más de este poder es la iniciativa, tramitación, aprobación y luego ejecución cuasi libre (manipulación) de la Ley de Presupuestos, sin incidencia seria del Congreso (véase Pallavicini 2015). No hay control del gasto presupuestario (la Contraloría en esto llega muy tarde y selectivamente) y la flexibilidad decretal del mismo le permite al Presidente cambiar los destinos aprobados a prácticamente cualquier gasto. Es este régimen “presidencialista” o presidencialismo “reforzado” el que requiere revisión. Tengo seriamente dudas que un régimen presidencialista clásico sea siquiera posible como fantasía en Chile. De hecho, Nino sostiene (Nino 1992, pp. 626-627) que los regímenes presidenciales son “extremadamente raros” y mucho más raro un “hiperpresidencialismo democrático”; es cierto que parece referirse a Argentina (Nino escribió esto en 1992; ¿qué diría ahora?). Pero no es difícil advertir que usando del inmenso poder formal los Presidentes de estos regímenes presidencialistas, sobre todo en América Latina, han avanzado hacia las penumbras del poder, apropiándose del Estado, dictando nuevas Cartas constitucionales ajustadas a sus intereses, prorrogando sus mandatos de gobierno mediante asambleas formales sumisas y debilitando la democracia y la libertad de expresión. Este es un riesgo considerable de los regímenes presidencialistas, de los que creemos estar inmunes.

4. En este sistema de gobierno el Presidente posee un enorme poder formal para nombramientos, facultades legislativas, de gobierno y conducción del Estado, poderes de excepción y de iniciativa de reforma. Creo que nadie ha estudiado si un ser humano está en condiciones (de todo tipo) para ejercer conjuntamente los roles de Jefe de Gobierno y Jefe de Estado reforzados en las complejas sociedades actuales. El riesgo de incapacidad, impericia, desviación y falta de control son evidentes, y las sociedades actuales no pueden correr estos riesgos originados en un atávico régimen de caudillos. La restricción a esta dificultad ha intentado ser constreñida con la duración de los mandatos presidenciales y la prohibición de reelección. Dado que los mandatos son fijos, la tesis chilena parece ser que mientras menos tiempo menos riesgo institucional (un verdadero contrasentido). Así 8, 6 y ahora 4 años; con la preocupación de sincronizar con las elecciones generales de diputados y senadores. Todo esto provoca complicadas cuestiones

relacionadas con los gobiernos exitosos y su continuidad (o el cambio anticipado de los que son frustrantes). En algunos países de América Latina hemos vivido la vergonzosa práctica que expresa en toda su magnitud el problema de la continuidad: el recurso a los apellidos o la mujer del Presidente (Nadine Heredia en Perú, Kirchner en Argentina), que procuran llenar una necesidad: una gestión exitosa debe concluir. ¿Cómo salir del paso?

5. A diferencia de lo que se cree, la razón para introducir formas complejas tipo semiparlamentarismo (u otra forma mixta de gobierno) no es debilitar al Presidente ante el Congreso sino fortalecer la función o poder ejecutivo (y, en este sentido, adelgazar al Presidente para fortalecer el ejecutivo), dándole al Congreso responsabilidad institucional en el gobierno y en las políticas públicas del Estado, haciéndolo copartícipe de sus éxitos y fracasos. La legitimidad democrática no parece que deba dividirse, como pensaba Madison en el siglo XVIII. Se trata de cooperación responsable (porque la reelección de los parlamentarios está fuertemente vinculada al éxito del gobierno y éste a las expectativas e ideas de la ciudadanía), o de introducir los principios de coordinación entre los poderes. No es una revisión del régimen presidencialista para cambiar un sistema por otro –cuestión impracticable, aunque resulte deseable– sino de introducir algunas instituciones típicamente parlamentarias cuyo efecto sea mantener la eficacia y la continuidad del régimen presidencial procurando darle a un Congreso cada vez más fraccionado en partidos (que por lo demás demuestran una continuidad histórica notable) un papel institucional que facilite el liderazgo presidencial con la cooperación del Parlamento. Se trata de que este último tenga una función institucional y de responsabilidad, ya no sólo para bloquear al Presidente. El punto es corregir la deficiencia que presenta el régimen presidencialista (la lógica de división, control y obstáculo) a través de la introducción de ejecutivos duales. Algún especialista lo ha denominado conducción como trenes, cuando se debilita al Presidente, el “carro” lo empuja el Jefe de Gobierno y cuando este último decae, el impulso lo asume el Presidente, lo que normalmente acarreará un nuevo Jefe de Gobierno, el que requerirá de la aprobación del congreso.

6. La idea de un ejecutivo monolítico que reúne en un solo cargo las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno genera una enorme concentración de poder formal en una sola persona y dificulta la constitución de una política profesional (amén de los riesgos de que hemos hablado). El grueso de todo el problema presidencial es quién va a ser Presidente. La apertura del presidencialismo

a reclutar a cualquier tipo de candidato para el cargo implica arriesgar o apostar al todo o nada la conducción del gobierno y el Estado, a caudillos, personajes de la farándula, etc., que pueden provenir de cualquier lugar de la sociedad (el sistema chileno ha reclutado por lo general políticos destacados, aunque no por ello competentes). Ello estimula –como lo demuestra el caudillismo de América latina– la falta de profesionalización de la política y de los partidos. Naturalmente, el atractivo que genera el cargo en un contexto como el descrito estimula el surgimiento de mesías, abanderados de ocasión, ricos tipo Donald Trump u otros semejantes –ya conocemos varios de ellos en Chile–, caudillos, líderes militares, etc. El régimen presidencialista se aparta –en el cargo más importante del sistema– del ideal de profesionalización de la política. En el régimen presidencialista clásico –EE.UU.– la apuesta es más reducida por el carácter de Estado federal y el rol genuinamente incidente del Congreso federal en la asignación y fiscalización del presupuesto y en la legislación, aunque el sistema sufrirá su prueba de fuego en las próximas elecciones. En los “régimenes presidencialistas” (tipo América Latina y África, los dos continentes que lo practican) de ejecutivo reforzado, incidencia muy reducida del Congreso en el presupuesto y Estado unitario, el riesgo y la apuesta es inmensa; el desafío es incalculable, porque las elecciones tienen un marcado carácter carismático, escondiendo los debates genuinamente de ideas. Es cierto que todos los sistemas presentan algunas notas similares, pero sólo en el régimen presidencialista es tan marcada la necesidad de obtener el cargo, porque casi todo lo demás cuenta muy poco (en términos de poder).

7. Otra idea crucial (Godoy y Valenzuela) es que dada su naturaleza de todo o nada que el régimen presidencialista evidencia, el poder acumulado y el período fijo del cargo, el régimen presidencialista se mueve estimulando una coalición gestada para la elección del Presidente, pero luego tiende a abandonarlo marcadamente en los últimos años para estimular el surgimiento de una nueva propuesta que en ocasiones traiciona al gobierno que se ha defendido, sin responsabilidad alguna. Las coaliciones son de mentira o manipuladoras, porque, además, la segunda vuelta no soluciona los problemas.

8. Una de las razones –contingentes– para revisar el régimen presidencialista es la dificultad estructural para forjar coaliciones de gobierno que aseguren gobiernos estables con capacidad y eficacia; gobierno que siempre es cooperativo y de equipos. Sobre todo en contextos de pluripartidismo. El régimen presidencialista está pensado bajo la lógica de la separación de poderes, donde el Congreso –que

recaba igual legitimidad popular que el Presidente— no tiene responsabilidad política en la formación ni eficacia del gobierno (en suma, en la gobernabilidad), aun cuando posee funciones legislativas (atenuadas) y de control, lo que genera un obstáculo importante a las coaliciones, acarreando complejas dificultades al ejecutivo cuando éste debe obtener el apoyo del Congreso para su agenda y la legislación, lugar donde por definición se hayan quienes desafiando al Presidente intentarán el cargo.

El régimen presidencialista es por esencia una estructura donde gobierna un líder con sus hombres de confianza, los que por definición no dependen del Congreso. En un contexto donde el sistema expresa el pluripartidismo, con un régimen electoral proporcional, es muy probable que exista una compleja y variopinta integración parlamentaria. Una alternativa para obtener gobernabilidad (seguida por Chile desde 1943) es reducir o atenuar al Congreso por la vía de darle cada vez más atribuciones formales al Presidente, lo que incrementa la idea del todo o nada y no logra generar gobiernos fuertes. En este contexto, es muy interesante abrir formas de cooperación institucional de las coaliciones políticas que asegure gobiernos con agenda, atenúe el conflicto Congreso-Presidente y ofrezca gobernabilidad.

9. Un aspecto muy sintomático —tal vez muy contingente al caso chileno— en esto de las consecuencias adversas de la falta de cooperación institucional en el gobierno presidencial entre Congreso y Presidente y la ausencia de coaliciones, lo ofrece el gobierno de Sebastián Piñera. Con un régimen semipresidencial ello no se habría producido. En aquel gobierno, se debilitó a la elite política de la derecha al llevarla a cargos de gobierno, renunciando al Congreso. El gobierno atrajo a líderes como Matthei, Longueira, Chadwick y Allamand (aunque éste sobrevivió por sus propios medios) como imperativo de sobrevivencia. Consumió a los mejores líderes políticos forjados durante dos décadas en un sector político. Ello puede ser entendido como ejemplo de las necesidades que evidencian los Presidentes formalmente poderosos pero débiles en la conducción del gobierno. ¿Tiene sentido ese despilfarro? Independientemente de lo que opinemos de cada uno de ellos, una perversión del sistema presidencial es esta imposibilidad de cooperar, de transitar y utilizar los talentos en pos de conducir y gobernar. De otro modo, debieron haberse quedado en el Congreso sin poder cumplir su rol de fiscalizadores. La falta de flexibilidad del régimen presidencialista atenta contra la calidad de la política, en estas cuestiones.

1. Introducción de algunos aspectos del régimen parlamentario

Cuando Charles de Gaulle impulsó la introducción de algunas instituciones del régimen presidencialista al régimen parlamentario en Francia (como el fortalecimiento del poder presidencial) no sólo lo hizo –como han creído algunos historiadores adversos– para abrir espacio a su liderazgo carismático incuestionable después de la guerra mundial, sino porque pensaba seriamente que el parlamentarismo de la Cuarta República, tipo asambleísta, era incorregible si no se introducían modificaciones institucionales que se tradujeran en cambios en las prácticas, los partidos y las formas de hacer política a través de las coaliciones (la cultura). De Gaulle introdujo la autoridad presidencial para corregir las deficiencias que advertía en el parlamentarismo de partidos asambleístas. Esto tiende a olvidarse cuando se piensa en el sistema chileno. Aquí no intentamos corregir los defectos del parlamentarismo. En nuestro país las propuestas de cambio (como las que aquí discutimos) pretenden introducir algunas instituciones del parlamentarismo en el gobierno presidencial para corregir algunas de las deficiencias de este último, para lograr determinados objetivos, y no para debilitar al presidencialismo. El objetivo central es fortalecer el régimen presidencial –la función ejecutiva del gobierno, si se quiere– mas no al Presidente de la República. Subyace a todo ello, como veremos, una visión crítica de nuestra historia institucional, la que para subsanar las deficiencias concretas del régimen presidencialista se ha dejado seducir por la idea autoritaria de fortalecer formalmente los poderes del Presidente en desmedro de los restantes poderes (muy particularmente el Congreso), lo que ocasiona, tomando en cuenta el régimen presidencialista, problemas mayores. El objetivo de introducir elementos del parlamentarismo al régimen presidencialista es relevante, puesto que hay pocos ejemplos interesantes en otros países y valiosos que seguir o que nos orienten, ya que hay muy pocos sistemas en los que se han introducido, en verdad, instituciones parlamentarias dentro de un régimen presidencialista con objetivos bien precisos (por ejemplo Perú). Ello nos obliga a ser cuidadosos.

2. La introducción de un Ejecutivo dual

Uno de los aspectos cruciales para fortalecer el régimen presidencialista e incorporar algunas figuras parlamentarias al régimen presidencialista es la del ejecutivo dual. Es decir, la función ejecutiva ya no se radicará exclusivamente en el

Presidente de la República (y sus colaboradores), de modo que este último no será más Jefe de Estado (en adelante JE) y Jefe de Gobierno (en adelante JG) a la vez, sino que la regla nueva admitiría separar esas funciones y encarnarlas en órganos y personas distintas, que con facultades diversas (aunque relacionadas) “tendrán” que coexistir. A su vez, el Congreso debiera asumir no solamente funciones de obstrucción o control (y legislativas) del Presidente sino que una tarea o función central al sistema: cooperar en la gestión y las políticas públicas, con responsabilidad institucional y política. Este nuevo rol debiera expresarse en la estructura del JG y de los ministros. Un ejemplo de ello es el rol que ha comenzado a cumplir (aunque sin verdaderos poderes) el ministro del Interior en el ejecutivo, lo que creo es un signo de una mirada más sofisticada (en ocasiones se la llama “Jefe de Gobierno”) y da cuenta de las dificultades reales que los Presidentes encuentran para conducir y dirigir el Estado y el gobierno, exclusivamente con el apoyo de los hombres (y mujeres) de su confianza, pero sin liderazgo ciudadano ni oficio, como un todo, y del papel real de los partidos en el Congreso (Bachelet trajo a la Carolina Tohá, Piñera a todos los líderes de la derecha en el Congreso, Andrés Chadwick, Pablo Longueira, Andrés Allamand, Evelyn Matthei, y en momentos difíciles la actual Presidenta ha debido recurrir a un ex parlamentario con oficio, Jorge Burgos). La tendencia del Presidente a recluirse en su confortable función de Jefe de Estado incrementa la necesidad de esta dualidad ejecutiva y de liderazgo y representación de quien conduce el gobierno. Inevitablemente, entonces, una reforma así supone hacerse cargo a fondo de las competencias de cada uno por separado, de aquellas en las que deberán cooperar y las vías de salida para conflictos importantes.

Este sería, desde ya, un cambio significativo para la cultura y prácticas políticas nacionales. Su introducción debe justificarse en términos de qué ventaja tendría para el régimen presidencialista la introducción de un JG con poderes y responsabilidad política, y ello está relacionado con las críticas o debilidades que se advierten en el régimen presidencialista. La introducción de un JG tendría varios propósitos: atenuar una autoridad formal presidencial sin contrapesos y disminuir los riesgos que ello supone de cara a Presidentes clientelísticos, autoritarios, carismáticos y con tendencias plebiscitarias (tipo de Presidentes muy extendidos a lo largo de la historia de América Latina) o sencillamente débiles, que se apartan de la aprobación ciudadana. No es menor reducir el poder autoritario del Presidente de la República para fortalecer el

régimen presidencial. Se procuraría (por esta vía) comprometer al Congreso y los líderes de las mayorías en un programa electoralmente popular, sin que por ello la calidad y eficacia de la coalición ponga en riesgo el sistema democrático como un todo. Se busca, además, dar cabida a las coaliciones de partidos en la gestión y conducción del gobierno con responsabilidad política, y evitar los Presidentes con Congresos adversos, lugar hacia donde evoluciona naturalmente nuestro sistema de partidos. Hay que entender que se reduce el poder presidencial pero se fortalece la función o estructura ejecutiva, con responsabilidad y de cara a los electores. Esta es la clave: lo que se intenta hacer es que, conforme a lógicas de cooperación y deliberativas, la función ejecutiva de un paso hacia una forma compleja de ejecutivo dual pero de responsabilidad de la coalición de partidos mayoritaria en el Congreso, a fin de que pueda cooperar con responsabilidad política institucional. Un modelo así admitiría vías de solución a las crisis institucionales y políticas expeditas, al transformarse el Presidente en un factor de liderazgo y estabilidad, donde el electorado puede ser convocado a decidir las tensiones o el fracaso político.

3. De esta manera las competencias resultan decisivas

La introducción de un Ejecutivo dual genera inevitablemente la necesidad de repensar las atribuciones de este nuevo Ejecutivo dual y del rol del Congreso y los partidos. Un modelo de repartición de tareas y funciones podría ser el siguiente:

3.1. Los nombramientos de las autoridades ejecutivas. Este es el punto neurálgico del régimen de ejecutivo dual. Para un adecuado equilibrio entre ambas figuras y poderes, el Presidente debe seguir siendo elegido por el pueblo en votación directa, lo que le daría un rol clave en la mantención de los equilibrios y un poder frente al JG, ya que éste último sería elegido por el Congreso o la Cámara política (a proposición del Presidente y podría destituirlo) y no directamente por el electorado. El Presidente, además, tendrá –es muy posible– un rol de arbitrador entre las Cámaras políticas y la ciudadanía. El JG debe ser aprobado o elegido por el Congreso (la reunión de ambas Cámaras) o por la Cámara política que se determine. El punto en Chile es significativo: la interrogante es cuál de las Cámaras aprueba o elige al JG, pues si fuera solamente la de diputados se le restaría poder al Senado, pero no es muy viable una fórmula como ésa. Algunos han propuesto

que sea el Congreso. Lo importante son los mecanismos de control que existan entre ellos (JE y JG) y entre el ejecutivo y el legislativo (JG y Cámaras). El JG debería ser propuesto por el JE al Congreso o Cámara y aprobado por mayoría, debiendo ser uno de sus miembros, para permitir el control de la ciudadanía sobre él y la coalición, al menos a través de elecciones (algo que no se podría lograr si fuera elegido por el Presidente sin apego a las mayorías, resultando una proyección de la autoridad presidencial). El Presidente debiera tener la facultad de disolver la Cámara política o el Congreso, sólo una vez en su período, y así convocar a la ciudadanía a arbitrar cuando ello sea imposible de lograr desde la Presidencia. Por su parte, el JG debe ser expresión de las mayorías políticas (así como el conjunto de ministros). Si los Presidentes actuales han debido recurrir a figuras significativas del Parlamento para llevarlas al gobierno y fortalecer sus estructuras ejecutivas, liderazgo y capacidad de gestión, es debido a las falencias del régimen presidencialista y a la necesidad de gestionar políticamente el Estado de cara a una ciudadanía cada vez más activa (¿podrían haber ministros que no hayan sido elegidos en el Congreso?). Los mecanismos de control del Parlamento sobre el JG y los ministros debieran ser los clásicos del gobierno parlamentario, y viceversa: censura, confianza constructiva estilo español o alemán, y disolución (validada por el JE). Los ministros centrales del gabinete deben ser miembros de las Cámaras pero, tal vez, debe considerarse que otros puedan ser reclutados desde la sociedad civil.

Naturalmente, hay dos preguntas de fondo: ¿cómo se asegura la cooperación (y destrabar los conflictos) entre JE y JG? y ¿cómo se construyen incentivos para asegurar la lealtad política razonable de los partidos o la coalición mayoritaria del JG? Parte importante de la primera pregunta se relaciona con dos cosas: una, el sistema debe establecer una división del trabajo ejecutivo que es (o debe ser), en lo medular, lo más clara posible; dos, la potestad del JE de disolver la Cámara contribuye a alinear los estímulos de cooperación necesarios. La segunda parte de la pregunta tiene que ver, más bien, con los mecanismos del régimen parlamentario, los que sitúan a la ciudadanía en posición de decidir las controversias. ¿Son suficientes estos mecanismos? La idea central es que el electorado puede, en los dos casos, ser convocado a decidir y con ello atenuara la rotación y la frivolidad, aunque por cierto, nada puede evitar que el electorado se equivoque.

3.2. Distribución de las tareas y responsabilidades. Como dijimos, buena parte de la tarea de gobernar (función ejecutiva) supone grados esperables de confianza y apoyo entre JE y JG, pero el primero debe conservar clásicos roles o tareas que suponen un visión uniforme y coherente de Estado con las funciones de gobierno que le correspondan, y que seguirá siendo un poder significativo por encima de los partidos y sus líderes, algunos de los cuales formarán el gobierno. Es cierto que la división de funciones de un sistema de gobierno mixto ha estado muy marcada por la situación concreta francesa, donde la naturaleza de la posición continental francesa y su poderío en África y su rol en la OTAN marcan la asignación de roles o competencias exclusivas de carácter presidencial, ninguna de las cuales tiene en Chile la misma significación. En este entendido el JE –por ese hecho– debe conducir las relaciones internacionales (en el más amplio sentido de la palabra), dirigir y ser el jefe superior de las fuerzas armadas y la defensa (aunque no administrativamente), tener la facultad de indultar, la división política y administrativa del Estado, encabezar todas las cuestiones protocolares y simbólicas del Estado, dictar los estados de excepción constitucional, poner en marcha los plebiscitos y el impulso de reforma constitucional, donde la iniciativa debiera ser exclusiva.

3.3. Las zonas de cooperación entre JE y JG. Todos conocemos el funcionamiento del sistema francés y sabemos del espacio donde en situación de “normalidad” esa cooperación debe producirse política y jurídicamente (Consejo de Ministros). Cuando los JE comparten la visión política del JG (sea de partido o de coalición) el Consejo de Ministros tiene un rol menos significativo, e incluso el JG puede actuar por delegación. En cambio, en momentos de diferencias y de “cohabitación” (como, por ejemplo, la que hubo entre Mitterrand y Chirac, cohabitación que a los franceses, me parece, no les gusta), el Consejo de Ministros es el lugar –de cara a la ciudadanía– donde se expresarán esas diferencias. Ahora bien, cómo evitar que este conflicto resulte imposible. La alternativa parece ser que el Presidente ejerza su rol más allá de los partidos y convoque a elecciones. Pero aun así, qué sucedería si la mayoría parlamentaria se mantiene. En ese caso, creo que cada uno tiene que actuar dentro de sus atribuciones generales (una elección es una señal poderosa incluso para el Presidente acerca de cuál es la orientación o la opinión de la ciudadanía, colocándose un Presidente lejos de esa voluntad si persiste) y la prudencia política tendrá un rol decisivo.

3.4. Las zonas de cooperación entre el JG y el Congreso. En esta materia me parece que las técnicas del parlamentarismo racionalizado son prudentes, porque acumulan la información de varios sistemas y diversos países. Es importante que el voto de censura (o el rechazo al voto de confianza) suponga de disolución de la o (las) Cámara (s) política (s), ello, como dijo Loewenstein, como gatillo al percutor, de modo de evitar las jugarretas y deslealtades. El voto de confianza podría significar alguna laxitud, en términos que sería necesario sustituir al JG. Me parece que deben evitarse todas las fórmulas que transitan hacia parlamentos asambleístas o bajo el control férreo de los partidos (como en Italia) y procurar modalidades con fortalezas del JG (como en Alemania, España o Inglaterra). De hecho, el voto de censura constructivo (programa, nuevo JG y gabinete) ha dado buenos resultados.

3.5. Es importante que el JE –dada su posición y rol– conserve las facultades de nombramiento de Estado en varias esferas, entre las cuales están el Tribunal Constitucional, la Contraloría General de la República, el Poder Judicial, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, embajadores, etc. El Presidente debería conservar todas las atribuciones relacionadas con los nombramientos de altas autoridades del Estado. Y en la lógica del régimen, el JG debiera nombrar a las autoridades del gobierno central o del desconcentrado, de las empresas públicas y servicios públicos, que corresponda. En el primer caso, los actos debieran tener la firma del JE y JG, y en el segundo, la firma del JG con el ministro respectivo.

Desde esta perspectiva, el JG, con la firma de todos o algunos de los ministros, deben poder ejercer la potestad reglamentaria de ejecución y de nombramiento (donde ello procede). Asimismo debiera tener iniciativa de ley (la facultad debiera estar radicada en el JG), en todas aquellas materias vinculadas al gobierno (aunque con la firma del Presidente), sobre todo en la Ley de Presupuestos. Pero el JE debiera concurrir en todas aquellas materias que se vinculan con su área de asuntos reservados.



Propuesta inicial sobre régimen político

Patricio Zapata

Se me ha pedido que entregue mi opinión sobre cuál debiera ser el sistema de gobierno a consagrar en una eventual nueva Constitución chilena.

Permítaseme introducir mi respuesta con citas de tres destacados políticos chilenos: un derechista, un izquierdista y un demócratacristiano.

Lamento profundamente la capitis deminutio de nuestra Cámara Alta. Yo creo que un régimen democrático tiene que fundarse necesariamente en un razonable equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, de modo que no se produzca la dictadura del uno ni del otro.

Francisco Bulnes Sanfuentes, diputado (Partido Conservador) por San Fernando y Santa Cruz, de 1945 a 1953; senador (Partido Conservador) por O'Higgins y Colchagua, de 1953 a 1969; senador (Partido Nacional) por Ñuble, Concepción y Arauco, de 1969 a 1973 (el escrito es de 1986).

El proyecto de reforma implica en el fondo otorgar absolutas facultades al poder Ejecutivo. Prácticamente el Parlamento abdica de sus derechos en favor del Presidente de la República. A nuestro juicio si se aplican las facultades tal cual se proponen, la única razón de existir de este Parlamento, de este Senado, será venir a tomar té y mandar nuestros discursos a *El Mercurio*.

Carlos Altamirano Orrego, diputado (Partido Socialista) por Valdivia, de 1961 a 1965, y senador (Partido Socialista) por Santiago, de 1965 a 1973 (el escrito es de 1970).

Todo su contenido (de la Constitución de 1980) revela una confianza ilimitada en los mecanismos de concentración del poder, y una desconfianza

igualmente ilimitada en el pueblo, en el Parlamento, en los partidos políticos, en los organismos de base y hasta en los municipios. No desconocemos la necesidad de una autoridad vigorosa para gobernar. Otra cosa es el cesarismo autocrático. El problema de fondo es que ninguna institucionalidad ni ley alguna pueden funcionar con normalidad si no representan la voluntad mayoritaria de la nación, libre y auténticamente expresada.

Eduardo Frei Montalva, senador (Falange Nacional) por Atacama y Coquimbo, de 1949 a 1957, y senador (Democracia Cristiana) por Santiago, de 1957 a 1964, y de mayo de 1973 a septiembre de 1973 (dicho en 1980).

Las citas anteriores coinciden en reivindicar el valor democrático del Parlamento. Las tres critican, por lo mismo, el presidencialismo exacerbado. Bulnes, Altamirano y Frei hablan, por supuesto, desde visiones políticas muy distintas. Convergen, sin embargo, en el rescate y valorización de las asambleas representativas. Esa circunstancia, me parece, demuestra que la apuesta por un Congreso Nacional fuerte constituye uno de los elementos centrales de la tradición republicana y democrática de nuestra patria.

Al mismo tiempo, en todo caso, cabe reconocer que la idea de una Presidencia de la República que no sólo es figura sino que también gobierna, es un elemento muy característico de los últimos 90 años de nuestra tradición política y constitucional.

Dicho lo anterior: ¿será necesario elegir entre un Parlamento fuerte, por una parte, y un Presidente que gobierna, por la otra? Este texto responde negativamente a esa disyuntiva. Podemos tener ambos. A continuación, mis razones.

1. Desde dónde analizar el problema

El constitucionalismo es una tradición intelectual compleja y dinámica. Desde siempre ha perseguido no uno sino varios propósitos. En su origen era, a la vez, a) bandera revolucionaria de una burguesía que quería sustituir la legitimidad del antiguo régimen por la legitimidad de la soberanía popular, y b) el argumento racional de esa misma burguesía a la que le interesaba distribuir el poder estatal de manera limitada y equilibrada. No puede sorprender que haya constitucionalistas que enfatizan una dimensión más que otra. Y así como hay algunos que priorizan

derechamente aquella perspectiva del constitucionalismo que dice relación con la limitación del poder estatal y el aseguramiento de las libertades negativas, hay otros que rescatan especialmente el compromiso con el autogobierno.

Yo no creo que uno deba, necesariamente, elegir entre el reclamo democrático-plebeyo y la preocupación liberal. Por lo mismo, me parece que nuestra aproximación al problema constitucional chileno debiera poner atención a los déficit democráticos, que los hay, y, al mismo tiempo, debiera mirar con recelo las soluciones de corte iliberal, que también existen.

2. El diagnóstico

El problema constitucional chileno es primero, y principalmente, un problema de régimen político; y si es –también– un problema de sistema de gobierno, que lo es, ello es así en la medida que el tipo peculiar de sistema presidencial que tenemos (hinchado tanto en lo funcional como en lo territorial) impacta negativamente sobre la calidad de nuestro régimen democrático.

Pienso, en efecto, que nuestro sistema constitucional, que gracias al proceso político post 1988 devino en legítimo, y ha sido calificando, por lo mismo, en aquello que Robert Dahl llama “poliarquía” o David Held llama “paradigma pluralista”, no alcanza, sin embargo, a satisfacer los requerimientos de ideales democráticos más exigentes. Que son, por lo demás, aquellos estándares que demandan, crecientemente, nuestros tiempos y nuestras sociedades.

El juicio crítico al orden constitucional actual, *desde* la democracia, no necesita apelar a una pretendida mejor democracia antes de 1973. Le basta con observar lo que ha sido el proceso democratizador planetario de las últimas décadas y lo que son las necesidades y requerimientos de nuestra propia sociedad.

Es frente a *esas exigencias* que el texto constitucional hoy vigente se muestra crecientemente más desfasado e insuficiente. Cada vez son más evidentes las limitaciones de un modelo que, estructuralmente, fue pensado y diseñado por personas que no tenían auténticas convicciones democráticas. Los muchos esfuerzos posteriores a 1988 por ir reparando y corrigiendo esta falla estructural no han llegado todavía a restablecer en plenitud la idea del gobierno de las mayorías, el principio de la igualdad política, el valor de la deliberación republicana y el reconocimiento a espacios de participación ciudadana directa.

Por eso, afirmo que el corazón de nuestro problema constitucional estriba en el déficit democrático de la Constitución. Y ese es un problema de régimen político antes que de sistema de gobierno.

Por *régimen político* entiendo la forma en que se relacionan el pueblo y el ejercicio del poder político soberano. Dependiendo del tipo de relación estaremos ante “democracia”, “autoritarismo” o “totalitarismo”. Enfrentados a esa tríada, no tengo dudas de que Chile vive hoy en democracia. El problema, sin embargo, es que hay democracias y democracias. No es lo mismo la democracia entendida como elitismo competitivo que democracia concebida como pluralismo, o la democracia vivida como autogobierno efectivamente deliberativo. Es en este terreno, en el terreno de las democracias, donde se sitúa el nudo de nuestro problema constitucional. Por lo mismo, si ha de intentar enfrentar con posibilidades de éxito sus problemas institucionales, Chile necesita más y mejor democracia.

Por *sistema de gobierno*, en cambio, entiendo el conjunto de reglas institucionales que definen las condiciones bajo las cuales un determinado individuo podrá detentar la conducción política de los asuntos gubernativos y administrativos.

El sistema presidencial concede, típicamente, la jefatura del gobierno a una persona que a) ha sido elegida en forma directa por el pueblo, b) por un período fijo de tiempo, c) se desempeña simultáneamente como Jefe de Estado y d) que no necesita, para ejercer o conservar dichas dos jefaturas, de la confianza del Parlamento.

El sistema parlamentario, paradigmáticamente, reconoce como Jefe de Gobierno a la persona que logra concitar la adhesión de una mayoría del Parlamento; quien retendrá, por lo demás, dicha condición mientras mantenga –precisamente– la confianza de tal mayoría. En estas fórmulas, la Jefatura de Estado, que no ejerce potestades propiamente político-gubernativas, está encomendada a otra autoridad (ya sea un monarca vitalicio y hereditario, como en España o el Reino Unido, o a un Presidente elegido por vías indirectas, como en Italia o la República Federal Alemana).

Los sistemas semipresidenciales o semiparlamentarios serían aquellos que, entregando la Jefatura del Gobierno al líder partidista que concite la confianza del Parlamento, retienen, sin embargo, la institución de un Jefe de Estado elegido por votación popular e investido de una esfera más o menos acotada de competencias político-gubernativas (por ejemplo, defensa, relaciones exteriores, arbitraje institucional, etc.).

Tengo clarísimo que mis socios en este ejercicio de reflexión constitucional no necesitan que se les explique una clasificación que dominan perfectamente. Si me he animado, sin embargo, a recordar estas simples definiciones es porque el hecho de revisarlas una vez más nos permite afinar la puntería respecto de cuáles son los problemas centrales que están implicados en la adopción de uno u otro *sistema de gobierno*.

La discusión sobre sistema de gobierno intenta responder a la pregunta: ¿qué tipo de relación entre mayorías parlamentarias y jefatura de gobierno asegura, o promueve, mayores niveles de eficiencia y estabilidad?

Los partidarios del parlamentarismo siempre han tenido buenos argumentos para sostener que, *ceteris paribus*, un sistema que vincula flexiblemente mayorías políticas y gestión gubernativa proveerá, en general y en principio, de mayor eficiencia y mayor estabilidad que un sistema que garantiza períodos fijos a gobiernos que no necesitan la confianza de las mayorías.

Los partidarios más entusiastas del parlamentarismo, por supuesto, van mucho más allá y postulan correlaciones fuertes, verdaderas relaciones causales, entre dicho sistema y los márgenes de libertad, justicia y progreso de que gozarían los países. En la medida que las comparaciones en esta dirección pasan por alto los muchísimos otros factores, institucionales y no institucionales, que explican la suerte de los países, me parece que ese gigantesco *ceteris non paribus* torna injustas las generalizaciones que contrastan, por ejemplo, al presidencialismo latinoamericano con el parlamentarismo nórdico o inglés¹.

Vuelvo a la idea inicial. Pienso que el foco principal debe estar puesto en el déficit democrático y, en segundo lugar, en los problemas de coordinación gubernativa.

Yo entiendo, por supuesto, que alguien pueda pensar que lo que ha ocurrido con los Presidentes Piñera (en 2011-2012) y Bachelet (en 2014-2015), en términos que una muy baja popularidad presidencial en las encuestas ha tenido varios efectos negativos (potenciado el *discolaje*, dificultado objetivamente la adopción de políticas públicas coherentes, tornado difícil abordar grandes

¹ No conviene olvidar, por lo demás, que por cada presidencialismo latinoamericano que, entre 1945 y 1975, desembocó en revoluciones y Pinochets, hay otros tantos parlamentarismos europeos que, entre 1920 y 1940, terminaron en guerras civiles y Mussolinis/Hitlers. La única conclusión razonable, obviamente, es que cuando un continente está en el medio de una confrontación total, todos los sistemas de gobierno, presidenciales o parlamentarios, van a cruzir.

cuestiones de Estado y, finalmente, generado serios problemas de eficiencia y coordinación), debe llevar a mirar con ojos críticos la rigidez del presidencialismo. Puedo comprender, por lo mismo, y visto lo anterior, a quienes temen que en manos de un Presidente insensato, o de ideas extremas o populistas, el sistema presidencial chileno, tal cual es, pueda llegar a constituirse en un elemento que facilite el abuso o el autoritarismo.

No obstante reconocer que las preocupaciones anteriores son legítimas, me parece que ellas no se hacen cargo de la magnitud y profundidad del problema que aflige a nuestras instituciones. Ni el divorcio entre ciudadanía y clase política ni las profundas desigualdades políticas hoy existentes se resolverán si tomamos algunas de las prerrogativas de la Presidencia y se las traspasamos a un Jefe de Gobierno que dependa de la confianza de la Cámara. No me cabe duda de que una solución como esa podría atender a algunas de las razonables preocupaciones de elite. No creo, sin embargo, que ella ataque el corazón del problema constitucional.

Mi preferencia, en cambio, supone poner el acento en la necesidad de restaurar el valor del ejercicio de los derechos políticos, concebidos, nuevamente, como deberes cívicos. Para que vuelva a tener sentido el sufragio es indispensable que los que ganen las elecciones puedan gobernar sin que el 75 por ciento de lo importante requiera del voto favorable de los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio.

Hay que darle al Parlamento facultades suficientes que le permitan constituirse en el espacio donde realmente se toman decisiones y no en el decorado, feo más encima, de una obra escrita, producida, dirigida, coreografiada y actuada por otros.

La ley tiene que volver a ser la expresión de la voluntad soberana. Es cierto que hay varias maneras de hacer la ley. Las puede hacer un órgano administrativo. Las puede hacer un comité de expertos. Las puede hacer un tribunal. El que las haga, realmente, una asamblea plural, democráticamente elegida y fuertemente responsiva a la ciudadanía, hace una enorme diferencia. Hace toda la diferencia. Invito, en este punto, a volver a leer *The Dignity of Legislation* de Jeremy Waldron (Waldron 1999).

De lo que se trata, entonces, es de devolverle a la ley su función expresiva de la voluntad del pueblo. De restituir a la discusión de la ley la condición de momento privilegiado para la deliberación cívica (puede que, en los hechos, ello

nunca haya sido una realidad efectiva, pero es un ideal normativo de la tradición republicana en el que vale la pena insistir).

El Parlamento es el espacio institucional en que las pretensiones de liberalismo y democracia se pueden conjugar. Así lo entendía Hans Kelsen.

Para los liberales del “miedo”, tipo Judith Shklar, el Parlamento tendrá sentido, principalmente, como instrumento del gobierno limitado. Entendiendo el papel de “freno al abuso” que pueden y deben jugar las asambleas legislativas, pienso, empero, que el Parlamento no puede ser visto sólo como un dique. Tiene que ser, también, un cauce.

Los radicalmente iliberales, tanto los de izquierda como los de derecha, no le asignan ningún valor al Parlamento. Unos, los demócratas robespierranos, creen poder sustituirlo por algún tipo de asambleísmo de base o democracia plebiscitaria. Otros, los autoritarios del orden, siempre preferirán un Führer (no nos olvidemos que Schmitt despreciaba los Parlamentos, pues ese sería, en su opinión, el lugar en que se expresa la diversidad que impide la unidad nacional y donde las clases discutidoras eluden tomar las decisiones difíciles).

En este contexto de fortalecimiento de un Parlamento más representativo, el principio de reserva legal recuperaría su sentido originario. Estaríamos dando vida a la idea según la cual existen ciertos asuntos que, por incidir en la situación de nuestros derechos fundamentales, no pueden sino ser discutidos y resueltos en un foro donde todos estemos representados y donde los debates de significación moral se lleven adelante en lógica de “fuego lento”, sin atajos ni decretazos.

3. Ideas

Comienzo anticipando mi conclusión: parece conveniente introducir un conjunto de modificaciones al presidencialismo chileno que, preservando su esencia y conservando sus activos fundamentales, propenda, sin embargo, y simultáneamente, al fortalecimiento de la institución representativa clásica (Congreso Nacional), a una profunda descentralización política y a la incidencia ciudadana directa en las decisiones políticas fundamentales.

Esta propuesta supone, entonces, preservar la esencia del presidencialismo chileno. Por lo mismo, tanto la Jefatura de Estado como la Jefatura de Gobierno seguirán entregadas al ciudadano que triunfe en elección directa y sufragio universal.

4. ¿Qué sería un Congreso Nacional más robusto?

Parto de la base de que la ya aprobada reforma electoral que reintroduce en Chile la fórmula proporcional moderada mejorará la representatividad del Congreso Nacional. También contribuirán al fortalecimiento institucional del Congreso el conjunto de reformas legales que se han aprobado al alero, y bajo el impulso, de las recomendaciones del Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción.

Lo que sigue es un conjunto importante de reformas. No me parece correcto, por lo mismo, compararlo con las tímidas medidas adoptadas en favor del Congreso en 2005. Lo que sigue no es un incremento formal o leve del poder del Congreso.

4.1. Un Congreso Nacional Bicameral con Cámaras sujetas a principios de representación claramente diferenciadas

Los diputados son elegidos por cuatro años en simultáneo con el Presidente.

Una Cámara de Diputados elegida en base a 33 distritos plurinominales que elegirían un mínimo de tres y un máximo de ocho parlamentarios, adicionándose un distrito uninominal para la representación de los chilenos que residen en el extranjero. En total, un diputado por cada 100.000 personas (175 aprox.).

Tendríamos distritos más chicos que con la reforma recién aprobada, manteniendo el mismo proporcionalismo moderado.

Un Senado de la República elegido a nivel nacional, en colegio electoral único, por sistema proporcional y voto de lista. Para tener representación en el Senado las listas, o candidaturas independientes en su caso, deben obtener más del 10 por ciento de los votos válidamente emitidos. Total: 30 miembros, elegidos por parcialidades; 15 en cada elección. Los senadores duran ocho años.

Eventualmente, el Senado podría ser Cámara revisora sólo para algunos asuntos (por ejemplo, aquellos que irrogan gasto, los que inciden en la división territorial del país y aquellos que suscitan un debate constitucional).

4.2. Un Congreso Nacional dotado de más recursos

Considerando el último lustro, la partida respectiva ha contemplado gastos totales autorizados del orden de entre 110 a 120 mil millones de pesos anuales.

Un programa de fortalecimiento en serio, que considere mejorar la Biblioteca del Congreso Nacional, crear una potente Oficina de Análisis y Evaluación Presupuestaria, establecer un sello editorial propio del Congreso Nacional y proveer de asesoría profesional de primer nivel a todos los parlamentarios, supone aumentar dicho presupuesto en al menos un 35 por ciento real.

4.3. Un Congreso Nacional con sede en el edificio tradicional ubicado en la capital. Lo simbólico también importa.

El nuevo Congreso tiene que reconectarse con la tradición republicana y abandonar el mamarracho babilónico concebido por Pinochet. A los regionalistas les diría que la verdadera igualdad territorial se juega en la descentralización política y no en obligar a la clase política a viajar dos horas adicionales dentro del radio de la mega metrópolis que pronto será SAVARA (Santiago/Valparaíso/Rancagua).

4.4. Un Congreso Nacional que respecto del 95 por ciento de las decisiones legislativas adopta sus decisiones por mayoría simple

Por muchas razones, debe *suprimirse* la categoría de las leyes orgánicas constitucionales. Puede preservarse la institución de leyes de quórum calificado (mayoría absoluta en ejercicio) para las normas que establecen las bases fundamentales del sistema electoral, del Tribunal Constitucional y del Servicio Electoral. Y nada más.

4.4.1. El Congreso debiera ser quien calificara las urgencias. La otra alternativa es circunscribir la facultad presidencial de poner urgencia a un máximo simultáneo de dos proyectos en cada una de las Cámaras.

4.4.2. Los embajadores debieran ser ratificados por la mayoría del Senado.

4.4.3. Los Ministros de la Corte Suprema, el Contralor General de la República y Fiscal Nacional deben ser ratificados por la mayoría del Senado.

4.4.4. Todos los Ministros del Tribunal Constitucional debieran ser nombrados por el Congreso Nacional: seis por la Cámara de Diputados y seis por el Senado. Se eligen de a tres, en una sola votación, y por nueve años.

4.4.5. Mantendría la iniciativa exclusiva presidencial, pero sólo en relación a los proyectos que directamente irroguen un mayor gasto público o modifiquen a la baja la recaudación tributaria.

- 4.4.6. Mantendría el veto presidencial, pero sólo como veto total.
- 4.4.7. Permitiría la reelección indefinida de diputados y senadores. El Pueblo decide, no la Constitución.
- 4.4.8. Si un parlamentario muere, su partido designa al sucesor. Si un parlamentario renuncia, lo expulsan de su partido o se sale de su partido, se convoca a elecciones complementarias para que el pueblo elija uno nuevo o reelija al incumbente.
- 4.4.9. Limitaría la posibilidad de control preventivo facultativo ante el Tribunal Constitucional. Los requerimientos sólo pueden presentarse luego de haberse aprobado en general el proyecto en el segundo trámite. Ningún parlamentario podrá patrocinar más de tres requerimientos durante una legislatura (a menos que se trate de cuestiones que se repitan). El Presidente sólo podrá presentar requerimientos para impugnar proyectos en que se vulnera su iniciativa exclusiva, se infringen los quórum en las pocas materias que lo requieren, o se pasan a llevar, en general, las esferas competenciales que la Carta Fundamental asigna a cada órgano del Estado. En el caso del control preventivo, y producido un empate en el Tribunal Constitucional, se entiende que el proyecto impugnado está conforme a la Carta Fundamental.
- 4.4.10. Establecería el referéndum revocatorio para que dentro de los 6 meses de publicada una ley nueva un número suficiente de ciudadanos, por ejemplo trescientos mil, puedan forzar una votación popular en que se decida si abrogar o no la ley aprobada por el Parlamento.
- 4.4.11. Urge, en paralelo a las reformas al presidencialismo explicadas más arriba, avanzar hacia un sistema de descentralización efectiva, en el cual Gobiernos Regionales, encabezados por ciudadanos elegidos en votación directa, dispongan de un haz relevante de atribuciones y de recursos suficientes.



Otras propuestas sobre régimen político

Miriam Henríquez

1. Forma de gobierno: ¿presidencialista, semipresidencialismo o parlamentarismo?

Si se realiza un breve y simple diagnóstico del diseño y funcionamiento del régimen de gobierno previsto por la Constitución Política, es posible observar una serie de problemas que justificarían introducir cambios al régimen presidencialista reforzado o hiperpresidencialismo chileno, los que resumiré a continuación:

1.1. En nuestro régimen presidencialista, el Presidente de la República concentra en gran medida el poder del Estado por razón de su carácter de Jefe de Estado y también de Jefe de Gobierno. En contraste con el Congreso Nacional, quien –como expresó Gastón Gómez– “tiene un rol legislativo y fiscalizador pero no tiene la responsabilidad institucional de gobernar”. De esta manera, el Congreso Nacional aparece debilitado frente al Gobierno, generándose un régimen de hegemonía presidencial desequilibrado con rasgos más o menos autoritarios.

1.2. En un régimen presidencialista, si el Presidente de la República pierde apoyo electoral durante el mandato y/o si no cuenta con mayoría parlamentaria, se genera una crisis y una confrontación polarizada que puede derivar en crisis institucionales. El bloqueo institucional –o ingobernabilidad– no tiene solución en el sistema presidencialista.

1.3. En nuestro régimen presidencialista las funciones del Presidente de la República se encuentran reforzadas y son exacerbadas respecto de las funciones del Congreso Nacional. Así, a las facultades de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, se suman atribuciones de nombramiento de autoridades relevantes (jueces, embajadores, comandantes en jefe de las FF.AA., ministros del Banco Central, Contralor General de la República, integrantes del Tribunal Constitucional, Fiscal Nacional, etc.) y de control de la función legislativa (veto, iniciativa de ley,

iniciativa exclusiva de ley, urgencias, Ley de Presupuestos, dictación de decretos con fuerza de ley, etc.).

Dicho lo anterior, corresponde preguntarse: ¿es posible que un hiperpresidencialismo sea democrático? ¿Cómo pueden corregirse los problemas del régimen presidencialista reforzado como el chileno?

El debate en ciernes sobre régimen político y nueva Constitución se divide en las siguientes alternativas: a) mantener el tipo de gobierno presidencialista, despojándolo de los elementos que concentran el poder en el Presidente de la República, reequilibrándolo mediante el fortalecimiento del rol del Congreso Nacional como órgano representativo clásico (tal es la propuesta central de Patricia Zapata); b) reemplazar el régimen actual por un régimen parlamentario, o c) rescatar la figura del Presidente de la República, incorporando instituciones del régimen parlamentario o consagrando un régimen semipresidencial. En este último sentido se orienta la propuesta de Gastón Gómez, con la que de alguna manera coincido.

Estimo que el régimen político que se proyecte en la nueva Constitución debe introducir al actual sistema presidencialista instituciones que permitan que la tarea de gobernar sea compartida por el Presidente de la República y el Congreso Nacional, mediante la introducción de un ejecutivo dual y otras instituciones propias del régimen parlamentario.

Un ejecutivo dual implica la separación de la jefatura de Estado y de Gobierno, reduciendo el poder del Presidente de la República en favor del fortalecimiento del gobierno. Esta propuesta exige un diseño predefinido –y explicitado constitucionalmente– de las funciones del Jefe de Estado y del Jefe de Gobierno. A su vez, respecto de las atribuciones del Presidente de la República correspondería distinguir las que puede ejercer autónomamente de aquellas que requieren el refrendo ministerial.

Dentro de las atribuciones del Presidente de la República podrían destacarse: conducir las relaciones internacionales, dirigir las Fuerzas Armadas, encabezar los asuntos protocolares, dictar los estados de excepción constitucional y nombrar las autoridades relevantes con acuerdo del Senado por simple mayoría.

El Jefe de Gobierno, debiera estar dotado de atribuciones de gobierno y administrativas, por ejemplo ejercer la potestad reglamentaria, ejercer las atribuciones legislativas y constituyentes, proponer ministros de Estado para el nombramiento

por el Presidente de la República, etc. El Jefe de Gobierno debiera nombrar las autoridades del gobierno central y autoridades desconcentradas.

Asimismo, debieran regularse constitucionalmente las relaciones entre ambas jefaturas y las soluciones en caso de conflictos de competencias.

También debieran preverse constitucionalmente los mecanismos de control entre el ejecutivo y el legislativo. El Presidente tendría la facultad de disolver la Cámara de Diputados por una sola vez durante su mandato y convocar a elecciones anticipadas, a propia iniciativa o a petición del Jefe de Gobierno.

Las relaciones entre la Cámara de Diputados y el Jefe de Gobierno serán de colaboración, pudiendo la primera fiscalizar los actos del Gobierno y hacer efectiva la responsabilidad política mediante la censura constructiva. Por su parte, el Jefe de Gobierno podría disolver la Cámara de Diputados, previa validación del Presidente de la República.

2. ¿Período presidencial y de los parlamentarios? ¿Posibilidad de reelección? ¿Uni o bicameralismo?

Un ejecutivo dual requiere distinguir, por un lado, el Presidente de la República como Jefe de Estado, elegido directamente por la ciudadanía por mayoría absoluta, y un Jefe de Gobierno elegido por la Cámara de Diputados por mayoría simple, siendo uno de sus miembros. La elección del Jefe de Gobierno por la Cámara de Diputados se justifica en la representación de la ciudadanía (Cámara política) y por la coincidencia del momento electoral de los diputados y del Presidente de la República.

En el esquema propuesto, el periodo presidencial se mantiene en cuatro años, con la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez (ya que no existiría la concentración que se da en el actual hiperpresidencialismo monista), coincidiendo las elecciones del Presidente de la República y las elecciones parlamentarias de un Congreso bicameral que represente a la ciudadanía (Cámara de Diputados) y a las unidades territoriales con base a paridad en un Estado regional (Senado). Los diputados durarían cuatro años en sus funciones y los senadores ocho años, ambos con posibilidades de reelección indefinida.

Por su parte, debiera constitucionalizarse la habilitación para que los parlamentarios puedan ser nombrados ministros de Estado, es decir, eliminar las incompatibilidades entre el cargo de diputado o senador y ministro de Estado.

3. ¿Algún mecanismo de democracia directa o “participativo”? ¿Referéndum revocatorio?

Robustecer el régimen de democracia participativa con mecanismos de democracia semidirecta tales como la iniciativa popular de ley y referéndum revocatorio de ley.

4. Distribución de competencias entre las potestades administrativa y legislativa. Formación de la ley, catálogo de materias de ley y, por contraste, potestad reglamentaria autónoma.

El Presidente de la República tiene las siguientes potestades normativas: a) es colegislador, interviniendo decididamente en todas y cada una de las etapas de la formación de la ley; b) ejerce la función legislativa, previa delegación de facultades dictando decretos con fuerza de ley; c) conduce la política exterior y por tanto es quien negocia, firma, somete a la aprobación del Congreso Nacional y ratifica los tratados internacionales; y d) es titular de la potestad reglamentaria autónoma y de ejecución. Todo lo anterior es concordante con el presidencialismo reforzado que diseñó el constituyente de 1980. Sin embargo, tal concentración de facultades impone pensar una redistribución de las potestades normativas entre el Presidente de la República –o el Jefe de Gobierno– y el Congreso Nacional.

Con relación a la función legislativa, la nueva Constitución debiera radicar esta potestad en el Congreso Nacional y en el Jefe de Gobierno. Este último debiera contar con atribuciones para intervenir en la formación de la ley más acotadas que las que actualmente ejerce el Presidente de la República como colegislador. Las limitaciones corresponderían fundamentalmente a reducir las materias de iniciativa presidencial, circunscribir las oportunidades para decidir las urgencias y constreñir el alcance del veto sólo al veto total.

A propósito de la celebración de los tratados internacionales, correspondería equilibrar las competencias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional (Henríquez 2015, pp. 195-205). Actualmente, el Congreso sólo está facultado para aprobar o desechar el tratado internacional que el Presidente le someta a su aprobación y en la medida que el tratado verse sobre materias de ley. De conformidad con el Art. 54 N° 1 inc. 4, si el tratado es ajeno a las materias comprendidas en la reserva legal, el Presidente podrá “celebrarlo en el ejercicio de su potestad reglamentaria” y no será obligatorio someterlo a dicha aprobación.

Entonces, la incidencia del Congreso Nacional está reducida a la aprobación del tratado que versa sobre materias de ley, no pudiendo formular enmiendas, adiciones o correcciones, siendo su incidencia en los casos de reserva o denuncia sólo marginal (Henríquez 2007a, pp. 313-323).

Por otro lado, no parece justificado –salvo en la asimilación del tratado a la ley– que la Constitución distinga para la intervención del Congreso Nacional si el tratado regula o no materias del dominio legal. Dispuesto así el diseño constitucional, podría interpretarse que la exclusión del control parlamentario obedece más a una razón material que a la urgencia de su entrada en vigor o a la necesidad de una forma simplificada para su conclusión.

Relacionado con lo anterior, es inadecuado afirmar que los tratados los aprueba el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria cuando no tratan materias de ley, puesto que no es posible que un tratado, en sí mismo un acto bilateral, sea aprobado a través del ejercicio de una potestad unilateral de un órgano del Estado. En puridad el Presidente de la República “aprueba” el tratado mediante la dictación de un decreto supremo que, al no tratar sobre materia legal, es calificado por la Constitución como emanado de la potestad reglamentaria autónoma. Esta distinción es relevante a los fines del control de la infracción constitucional, pues, en definitiva, no se estará controlando el contenido del tratado sino el procedimiento de su celebración, uno de cuyas etapas se formaliza mediante la dictación de un decreto autónomo, siendo este el objeto controlado –por la Contraloría General de la República y no por el Tribunal Constitucional– y no el contenido del tratado (Henríquez 2016).

Se hace, además, imprescindible precisar:

4.1. El procedimiento de incorporación del tratado al derecho interno y el acto interno que debe cumplirse para considerar válidamente incorporado un tratado, esto es, la promulgación o la publicación del tratado.

4.2. Si el momento de la aprobación del Congreso es la única oportunidad para ejercer el control previo de constitucionalidad del tratado, toda vez que esta oportunidad excluye del control de constitucionalidad a aquellos tratados que no versan sobre materias de ley, los que quedan exentos del control por el Tribunal Constitucional.

4.3. La jerarquía que ocupan los tratados en el ordenamiento interno y si aquellos que versan sobre derechos humanos forman parte del parámetro de control de constitucionalidad.

Con respecto a la relación ley-reglamento autónomo, la Constitución actual plantea la duda –principalmente por la redacción de su Art. 63 N° 20– si consagra un modelo de dominio máximo legal o de dominio mínimo legal y cuál es la norma de clausura del ordenamiento jurídico, siendo imperioso que la nueva Constitución defina este asunto con precisión. En todo caso, si el objetivo planteado es fortalecer el rol del Congreso Nacional y reducir las atribuciones del Presidente de la República, el modelo a seguirse debiera ser del dominio mínimo legal, erigiéndose así la ley como norma de clausura del ordenamiento jurídico.

Resolver constitucionalmente la cuestión apuntada incide en la dilucidación de cuál de los criterios que enjuician la validez de una norma reglamentaria aplica el Tribunal Constitucional en la compleja relación ley-reglamento autónomo. ¿Jerarquía o competencia? Sin duda, si el dominio se considerara como máximo legal, existiría un ámbito reservado a la ley y otro reservado al reglamento autónomo, correspondiendo al órgano de justicia constitucional verificar si el Presidente de la República o el legislador lo excedió invadiendo el campo reservado al otro, aplicando el criterio de competencia. Si se considerara que la Constitución establece un dominio mínimo legal, la conclusión será en favor de la aplicación del criterio jerárquico entre la ley y el reglamento autónomo.

5. ¿Quórum diferenciado para las leyes?

El Congreso Nacional debiera aprobar las leyes por mayoría simple, suprimiendo las leyes de quórum supramayoritario, salvo excepciones tales como las normas que establecen las bases del sistema electoral que serían aprobadas por mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Justifican la propuesta anterior los siguientes argumentos:

5.1. La exigencia de mayorías cualificadas permite que una minoría haga triunfar su posición simplemente oponiéndose al cambio y votando la preservación del *statu quo*.

5.2. Este tipo de leyes produce una petrificación abusiva en el ordenamiento jurídico en beneficio de quienes, en un momento dado, gocen de la mayoría parlamentaria suficiente.

5.3. La ley orgánica constitucional priva al ordenamiento jurídico de una equilibrada y conveniente flexibilidad.

5.4. La regla de la mayoría tiene dos implicaciones importantes para los procesos de decisión: todos los votos tienen igual valor, de tal forma que todos los votantes son tratados como iguales, además, todas las opciones que se someten al procedimiento decisorio se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes. La exigencia de mayorías cualificadas ignora los dos rasgos recién señalados, puesto que da mayor valor a los votos de la minoría, de modo que los votantes no son tratados igualmente y se inclina a favor del *statu quo*, pues la posición minoritaria puede triunfar contra la mayoría de los votos (Henríquez 2007c, pp. 153-168).



Otras propuestas sobre régimen político

Sebastián Soto

1. Ideas previas

Creo que la forma de ejercer el poder en Chile ha sido y seguirá siendo eminentemente unipersonal. Por eso creo que nuestro régimen de Gobierno es el presidencialismo. No ignoro los defectos y críticas que desde hace mucho tiempo se esgrimen contra el presidencialismo y contra la concentración excesiva del poder en una sola autoridad. Sin embargo, me parece que en nuestro país un sistema de distribución del poder en el que el Presidente no tenga las atribuciones que la ciudadanía tradicionalmente le ha demandado, es un sistema ineficaz. La realidad y la política terminarán por desconocer y modificar.

Por otra parte, soy escéptico de las modelaciones teóricas que se alejan abruptamente de la tradición constitucional chilena. Creo que todas las modificaciones constitucionales en este ámbito tienen efectos que, al momento de aprobarse, no fueron ponderados. Un buen ejemplo de estos efectos no esperados es la modificación que se hizo el 2005 a la regla de reemplazo parlamentario. Muy pocos pensaron que esa modificación sería utilizada para llevar parlamentarios a cargos de ministros. Y, más allá si esa es una consecuencia buena o mala para nuestro régimen de gobierno, lo cierto es que el efecto colateral de la regla fue más importante que el efecto querido inicialmente. Por eso soy generalmente partidario de cambios paulatinos.

En la situación actual, me parece que lo más sensato y realista es intentar corregir los defectos de nuestro presidencialismo y no encaminarnos hacia un régimen semipresidencial.

2. Los defectos de las fórmulas semipresidenciales

Me parece que las fórmulas semipresidenciales que han estado sobre la mesa tienen defectos insalvables. El primero es que generan dentro del propio

Poder Ejecutivo una instancia de enfrentamiento y no necesariamente instancias de cooperación. Muchos han teorizado sobre la importancia de que existan instancias de cooperación en el ejercicio del poder. Intuyo que un Ejecutivo dividido, como sería común en estructuras multipartidistas como la nuestra, generará necesariamente una fuente de conflicto entre las atribuciones, liderazgo, figuración, etc. del Primer Ministro y las del Presidente. La estructura de nuestro Estado es, desde los orígenes republicanos, jerarquizada en torno a la persona del Presidente. Incorporar un nuevo polo de poder y atribuciones formales generará un conflicto de poderes permanente. Aunque el ejemplo puede no ser el mejor, intuyo que se replicará con mucha mayor fuerza y consecuencias algo similar a lo que ocurre hoy en las relaciones entre un ministro y su subsecretario cuando ambos tiene agendas fuertes. No hay en esos casos cooperación ni coordinación: sólo competencia, cuestión que dificulta la gobernabilidad y aumenta los costos de tomar decisiones al interior del Ejecutivo.

También soy crítico de la atribución de disolver las Cámaras. Me parece que esa atribución es fácilmente manipulable para favorecer al Presidente, quien buscará un conflicto que le sea beneficioso para provocar una elección en su favor. Creo además que esa atribución rompe con una idea que se ha extendido en nuestro constitucionalismo. Esta es reducir en lo posible las elecciones extraordinarias pues ellas generan ciclos electorales no previstos con todas sus consecuencias adicionales (por ejemplo, se reducen incentivos a alcanzar acuerdos para exacerbar diferencias, se extreman posiciones, etc.).

3. Fórmulas de mayor equilibrio de poderes

Lo anterior no quiere decir que no puedan efectuarse modificaciones para balancear de mejor forma la distribución del poder. Recientemente el Congreso Nacional convocó a un consejo de modernización de la labor legislativa del cual fui parte¹. En sus conclusiones se proponen variadas reformas que incidirán en el balance de poderes entre el Ejecutivo y el Congreso. Por ejemplo, una a la que atribuyo especial importancia no requiere modificación constitucional alguna. Dice relación con fortalecer los equipos asesores técnicos de los parlamentarios. Es evidente que si se crea una reglamentación especial para que estos equipos

¹ <http://consejomodernizacion.congreso.cl/>

técnicos se dediquen a labores legislativas y técnicas, el Congreso se fortalece y puede cooperar de mucha mejor forma en la elaboración de la política pública.

El referido consejo también propuso otras reformas en lo relativo a las urgencias y a la tramitación de los proyectos de ley que pueden balancear la preponderancia que hoy, se alega, tiene el Ejecutivo.

Asimismo, y para contrarrestar la iniciativa del Presidente de la República, en otra publicación propuse la creación de la iniciativa exclusiva parlamentaria, esto es, que todas aquellas materias que no fueran de iniciativa exclusiva de Presidencia, sean de iniciativa exclusiva de los parlamentarios, de forma que siempre el Presidente requerirá para sus proyectos e indicaciones el apoyo formal de uno o más parlamentarios (Soto Velasco 2015, pp. 269 y ss.). Este es un mecanismo de cooperación formal.



TABLA III
Listado de las propuestas sobre régimen político

III. Régimen político	
Forma de gobierno: ¿presidencialismo, semipresidencialismo o parlamentarismo?	
Gastón Gómez	<ul style="list-style-type: none"> • Semipresidencialismo, con un Presidente como Jefe de Estado y un Jefe de Gobierno. • Presidente elegido por votación directa, con un papel arbitrador entre las Cámaras políticas y la ciudadanía. Facultades: Relaciones exteriores, jefe superior de las FF.AA. y de la Defensa, cuestiones protocolares de Estado, decisión sobre los estados de excepción constitucional, y un papel influyente en la Ley de Presupuestos y en el gasto público. Tiene la facultad de disolver la Cámara o el Congreso una vez en su período. Y nombra miembros para Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, Fuerzas Armadas y embajadores. • Jefe de Gobierno, miembro del Congreso, elegido por el Congreso o sólo por la Cámara de Diputados, a propuesta del Presidente de la República. • Que exista voto de censura, de censura constructiva (ejemplos de Alemania, España o Inglaterra), y voto de confianza. El voto de censura debe conllevar la disolución de la Cámara. • Definir zonas de cooperación entre el Presidente y Jefe de Gobierno, y entre el Jefe de Gobierno y el Congreso.
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Presidencialismo con descentralización territorial, Congreso reforzado y con formas de participación ciudadana directa.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Parlamentarismo.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Moderar el régimen presidencial, que es constitucionalmente formidable. El Jefe de Estado y Gobierno, colegislador dominante, figura política hegemónica, titular de una Administración del Estado que crece año a año en órganos, funciones y presupuesto; daña la legitimidad política de los parlamentarios. • Este sistema fue así diseñado en 1980 y preservado como tal durante estas tres décadas y media. Aun con sus indiscutidas bondades, las prioridades del Chile de hoy aconsejan agregar un mejor balance al sistema. Por un lado, debe buscarse un mejor equilibrio entre el Presidente y el Congreso, y, por el otro, atribuir mayor solidaridad y responsabilidad al Congreso en la conducción del gobierno. • Se debe ir hacia un presidencialismo moderado o derechamente hacia una forma local de semipresidencialismo.

Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> De acuerdo con Patricio Zapata en el presidencialismo, pero con Congreso unicameral reforzado y con formas de participación ciudadana directa.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> De acuerdo con Gastón Gómez en forma semipresidencial.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> Introducir al presidencialismo actual instituciones para que la tarea de gobernar sea compartida por el Presidente de la República y el Congreso, mediante un Ejecutivo dual como el propuesto por Gastón Gómez, y otras instituciones propias del régimen parlamentario. Entre éstas, eliminar la incompatibilidad entre el cargo de diputado o senador, y el de ministro de Estado.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> Parlamentarismo, pero es más realista introducir al presidencialismo elementos del parlamentarismo. Por ejemplo, nombramiento de un “ministro coordinador” (lo que ya se puede hacer hoy). Está de acuerdo con la facultad del Presidente de la República de disolver la Cámara política. Dar más poder y financiamiento a la oposición.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> De acuerdo con Gastón Gómez en la forma semipresidencialista.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> Discrepa de Gastón Gómez por dos razones: 1. Crea una nueva fuente de conflicto al interior del Ejecutivo y no fortalece instancias de cooperación que son las relevantes, y 2. La facultad de disolver las Cámaras es fácilmente manipulable por el Ejecutivo. Para equilibrar los dos poderes se necesitan reglas que fortalezcan al Congreso y no instancias que debiliten al Ejecutivo.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> Está de acuerdo con un tránsito lento hacia el semipresidencialismo.
Relación de la forma de gobierno con el sistema electoral.	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> Sistema proporcional moderado.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> Sistema proporcional moderado. Voto obligatorio o requisito para obtener beneficios estatales directos.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> De mantenerse la forma presidencialista, debe aumentarse el carácter mayoritario del nuevo sistema electoral proporcional. Lo mismo si se una forma semipresidencialista.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> Sistema proporcional con voto obligatorio.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> Un sistema electoral proporcional como el actual podría conversar mejor con una forma semipresidencialista. Inversamente, es posible prever una relación compleja entre nuestro hiperpresidencialismo y el nuevo sistema electoral. La evidencia futura podría fortalecer la posición a favor del semipresidencialismo.

Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Voto obligatorio.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Voto obligatorio.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Voto obligatorio.
Período presidencial y parlamentario, y posibilidad de reelección.	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Periodos de cuatro años para el Presidente de la República y diputados (elecciones simultáneas). Senadores por ocho años. • Reelección indefinida de parlamentarios.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Período presidencial de 5 años con una sola reelección inmediata y sin posibilidad de postulación posterior. • Si se mantiene el bicameralismo: diputados y senadores por cinco años, elegidos conjuntamente en forma íntegra, hasta dos reelecciones sucesivas. Esta restricción rige igual si la repostulación es a la misma o a la otra Cámara.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Supuesto un régimen parlamentario, elección del Jefe de Estado por un período único de duración más bien larga. Elecciones generales cada cinco años, reelección indefinida de parlamentarios y designación ilimitada de Jefe de Gobierno y ministros de Estado.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Reelección indefinida de parlamentarios, para no debilitar aún más el Congreso.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Reelección indefinida de parlamentarios, y reelección inmediata de Presidente de la República por una sola vez. • Mantener actuales periodos parlamentarios en ambas Cámaras.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Periodo de cuatro años para el Presidente de la República con una reelección, y elección simultánea de diputados.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • El periodo presidencial se mantiene en cuatro años, con la posibilidad de reelección inmediata por una sola vez, coincidiendo las elecciones de Presidente de la República y las parlamentarias. • Los diputados, por tanto durarán, cuatro años y los senadores ocho, con posibilidad de reelección indefinida.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Reelección indefinida de parlamentarios.
¿Uni o bicameralismo?	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Bicameralismo, pero con Cámaras sujetas a principios de representación claramente diferenciados. La Cámara propiamente representativa es la de Diputados.

	<ul style="list-style-type: none"> • El Senado debería ratificar por mayoría a los ministros de la Corte Suprema, Contralor General de la República, al Fiscal Nacional del Ministerio Público, y a los embajadores. • Posibilidad de que el Senado sólo opere como Cámara revisora para algunos asuntos (por ejemplo, irrogación de gasto, división territorial del país y reforma constitucional).
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Unicameral, por regla general. Salvo que se avance en un sistema serio de descentralización territorial, en cuyo caso se justificaría una cámara de representación política y otra de representación territorial.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Bicameralismo, pero limitando las funciones legislativas del Senado.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata en bicameralismo. Con todo, la ratificación que hace el Senado funciona muy mal. Debe regularse por ley y señalarse su sentido en la Constitución.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata en bicameralismo, con atribuciones claramente diferenciadas entre las Cámaras. • El Senado debiese aumentar sus potestades de nombramiento de altos cargos, por ejemplo, embajadores.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Unicameral.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata en un bicameralismo sujeto a principios de representación claramente diferenciados, pero es necesario regular de mejor forma las atribuciones de ambas Cámaras con el objeto de definir sus roles con mayor claridad.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Bicameralismo. La Cámara de Diputados que represente a la ciudadanía. El Senado que represente a las unidades territoriales con base a paridad en un Estado regional.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo en el bicameralismo propuesto por Patricio Zapata.
La iniciativa exclusiva de ley, urgencias y veto.	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener la iniciativa exclusiva presidencial, pero sólo en proyectos que directamente irroguen un mayor gasto público o modifiquen a la baja la recaudación tributaria. • Que el Congreso sea quien califique las urgencias o, alternatively, limitar las urgencias presidenciales. • El veto presidencial debe ser sólo veto total.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar la iniciativa exclusiva.

Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • En un régimen parlamentario no es necesario radicar dicha responsabilidad en el Ejecutivo.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata en materia de urgencias.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener la iniciativa exclusiva presidencial, que ha sido decisiva para darle estabilidad económica al país. Ello tanto en una forma presidencialista moderada como en un semipresidencialismo (facultad del Presidente de la República). • Revisar el régimen de urgencias, que podría ser compartido entre el Presidente de la República y el Congreso.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata, con el siguiente matiz: La regla general sería que los parlamentarios puedan presentar proyectos de ley en cualquier materia, con excepción de aspectos presupuestarios y materia tributaria, con la contra-excepción de que, tratándose de iniciativas tributarias relacionadas con la base imponible y los hechos gravados, sí puedan hacerlo. • De acuerdo con Patricio Zapata en que se limiten las urgencias presidenciales y en que el veto presidencial sea sólo veto total.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que ha sido bien evaluada como herramienta de política fiscal. Con todo, es posible crear algunas reglas que permitan aumentar las atribuciones del Congreso en la tramitación de la Ley de Presupuestos. • Modificar el sistema de urgencias, pues hoy no tienen efectos reales. Es razonable que haya alguna participación del Congreso, pero también es necesario crear algún mecanismo que haga exigible el cumplimiento de las urgencias. • El veto parcial debe mantenerse al menos para la Ley de Presupuestos.
Quórum para las leyes.	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Suprimir la categoría de leyes orgánicas constitucionales y preservar las leyes de quórum calificado (mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio) para: sistema electoral, Tribunal Constitucional y Servicio Electoral.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar las leyes orgánicas constitucionales y entregar a la decisión constituyente las materias que queden entregadas a leyes de quórum calificado, entre ellas, la reforma constitucional.

Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo mayoría absoluta de los miembros en ejercicio de cada Cámara para determinados proyectos. En los demás casos, sólo mayoría de los presentes.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata, pero, por lo mismo, las normas que garantizan la independencia de los órganos de control o limitativos de los cuerpos electos, o que resuelven acerca de su configuración, competencia o validez de sus actos, como la Contraloría, Consejo para la Transparencia, Banco Central, Justicia Electoral, Servicio Electoral y otros; deben tener consagración constitucional.
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • Revisar la conveniencia de tener tantas materias reguladas por leyes orgánicas constitucionales, pero no eliminarlas totalmente, pues han forzado consensos en materias relevantes.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata en suprimir las leyes orgánicas constitucionales, y preservar las de quórum calificado para casos específicos de regulación de derechos fundamentales y respecto de órganos autónomos que tiene por objeto controlar poder político.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • El Congreso debiera aprobar las leyes por mayoría simple, suprimiendo las leyes de quórum supramayoritario, salvo contadas excepciones (como, por ejemplo, las bases del sistema electoral), que deben ser aprobadas por mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Considera que las leyes orgánicas constitucionales o con quórum supramayoritario deben mantenerse para algunas regulaciones como, por ejemplo, el sistema electoral o los órganos autónomos. • Respecto de dichos órganos, traslado a leyes orgánicas constituciones muchas de las materias que hoy están en la Constitución, sería un buen mecanismo para limitar el campo de la regulación constitucional y de competencia del Tribunal Constitucional.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Flexibilizar los quórum, pero, al mismo tiempo acortar los períodos de los cargos públicos como, por ejemplo, ministros de la Corte Suprema (para así desdramatizar los efectos de los nombramientos).

¿Mecanismos de democracia directa?	
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> Referéndum revocatorio durante los primeros seis meses desde la publicación de una ley, con un número “suficiente” de ciudadanos.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> Iniciativa popular de ley. Referéndum derogatorio de leyes. Referéndum revocatorio del mandato conferido a funcionarios electos popularmente, dentro del primer año de su ejercicio.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> No a estos mecanismos.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> Incorporar estos mecanismos como suplemento de la representación y antídoto al desprestigio de la democracia puramente representativa. De acuerdo con Patricio Zapata.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> Ampliar las hipótesis de referéndum y plebiscitos en el ámbito local.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> Participación directa de la ciudadanía: Iniciativa popular de ley. Referéndum abrogatorio de ley. Sistema de urgencia ciudadana de discusión parlamentaria
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> Iniciativa popular sujeta a requisitos de seriedad y con garantías de avanzar en su tramitación legislativa, para que no se transforme en un mecanismo meramente simbólico.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> Iniciativa popular de ley. Referéndum revocatorio de ley.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> De acuerdo con Patricio Zapata.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> Los mecanismos de democracia directa deben estar concentrados principalmente en los gobiernos locales, pues en ellos la participación es menos manipulable por populismos ideológicos al vincularse con asuntos de interés local.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> Referéndum constitucional, iniciativa popular de ley, referéndum derogatorio, y revocatoria de autoridades electas locales y regionales.



Cuestión IV

Régimen jurisdiccional

Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional

Arturo Fermandois

Este documento comenta algunos de los tópicos sugeridos por el CEP para la discusión de un modelo de régimen jurisdiccional en una posible nueva Constitución, o en una Constitución reformada.

Para fundar nuestra opinión ante ellas, cada tema será antecedido por un breve diagnóstico que refleja nuestra evaluación en la materia, responsabilidad exclusiva de este profesor.

De este modo, la idea es proveer al grupo de profesores convocados por el CEP de un primer documento marco que aborda fundamentalmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional con algunas reflexiones sobre la Contraloría.

Atendido el carácter sumario y no académico de este memorando, haremos afirmaciones que no irán acompañadas de todas las fuentes y respaldos que hubiésemos deseado, para evitar su excesiva extensión.

1. Una cuestión previa: el fortalecimiento del papel de la Corte Suprema

Una primera aproximación a un modelo de régimen jurisdiccional debe comenzar evaluando a la Corte Suprema y al Tribunal Constitucional.

Dos elementos han sido fundamentales estos últimos años para fortalecer positivamente el papel de la Corte Suprema y del Poder Judicial con respecto a los demás poderes y órganos del Estado:

1.1. Especialización de las salas¹

1.1.1. Ha contribuido a uniformar criterios jurisprudenciales.

¹ Proveniente de la ley N° 19.374, de 1995, que introdujo un nuevo artículo 95 del Código Orgánico de Tribunales, complementado con el primer auto acordado de 10 de marzo 1995 y los sucesivos, hasta el actualmente vigente de 3 de marzo de 2014.

- 1.1.2. Ha permitido reconocer a los ministros que las integran por sus criterios, trayectoria judicial, académica y profesional, lo que añade grados de seguridad jurídica a los actores, con independencia de la evaluación académica de su actuar.
- 1.1.3. Ha contribuido a un mejor escrutinio público de la Corte y de su gobierno, dotando de mayor claridad al Presidente de la República y al Congreso Nacional en el proceso de nombramiento de nuevos ministros.

1.2. Adopción de criterios de ponderación, de la mano del principio de proporcionalidad

- 1.2.1. Se constata un aumento de intensidad y sentido crítico en la revisión judicial sobre actos de la Administración. Nos parece que el proceso es coherente con la evolución del rol del juez en derecho comparado, de la mano del principio de proporcionalidad. Este se transforma en una herramienta que, usada dentro del marco constitucional y sin sustituir funciones legislativas ni de gobierno, permite un control más eficiente a la arbitrariedad del Ejecutivo, reduciendo los espacios de deferencia.
- 1.2.2. El fortalecimiento de la Corte Suprema, en este marco, es a nuestro juicio positivo y responde a las demandas modernas al llamado *judicial review*. La doctrina europea, por ejemplo, respalda el proceso que llevó al Reino Unido en 2009 a la sustitución de la Cámara de los Lores por una Corte Suprema, órgano aquel que ya venía abandonando el criterio de la deferencia por el del control estricto regido por una ponderación de proporcionalidad (Masterman 2001, p. 115). El proceso se consolida con la nueva Corte.
- 1.2.3. En Estados Unidos el rol crecientemente inquisitivo del máximo tribunal sobre la Administración es también respaldado. El influyente juez supremo y administrativista Stephen Breyer (Breyer 2008, pp. 38-55; Comella 1997). afirma, por ejemplo, que un control judicial deferente es enemigo del principio de la revisión judicial independiente.

2. Poder Judicial y órganos administrativos: remoción de la frontera de lo jurisdiccional

2.1. Diagnóstico en Chile

- 2.1.1. Se constata que la vida en sociedad se va haciendo más compleja y sofisticada, fruto del progreso del país y de las consiguientes nuevas y legítimas

demandas de sus ciudadanos al Estado en todos los ámbitos de la actividad humana, lo que determina una agenda legislativa y administrativa cada vez más intensa.

- 2.1.2. Se constata también un consiguiente aumento progresivo de órganos administrativos polifuncionales del tipo superintendencia, de naturaleza fundamentalmente fiscalizadora, pero dotados también de potestades *normativas* e incluso, y crecientemente, jurisdiccionales². A las once superintendencias actuales se suman dos proyectos de ley creando las correspondientes nuevas superintendencias, que se tramitan en el Congreso³.
- 2.1.3. Se constata también una tendencia hacia el fortalecimiento de órganos administrativos ya existentes, los que, sin corresponder a superintendencias, se ven vigorizados con propuestas de nuevas y más potentes facultades, como es el caso del SERNAC, según proyecto de ley iniciado por Mensaje presidencial de fecha 2 de junio de 2014.⁴
- 2.1.4. Por último, se constata la llegada a Chile de nuevos órganos administrativos que siguen el modelo extranjero de la agencia independiente. Se trata de un esquema de agencia regulatoria dotada de cierta autonomía en relación con la Administración central, con pérdida o reducción del control o supervigilancia por el Presidente de la República. Los modelos han sido distintos, desde las mismas superintendencias que –por excepción– ven reducida, en algún grado, la tutela plena tradicional del Presidente de la República a otros órganos autónomos que están dotados de una dirección colegiada (por ejemplo, el Consejo para la Transparencia).
- 2.1.5. Pese a la explosiva creación o fortalecimiento de reguladores administrativos, la Constitución es escueta o silente en este ámbito; así, el único órgano con reconocimiento constitucional expreso es el Consejo Nacional de Televisión. No obstante, estos órganos gozan de crecientes potestades regulatorias (emisión de circulares y otras normas obligatorias de aplicación general), fiscalizadoras y jurisdiccionales.

² Existen en Chile once superintendencias: Bancos e Instituciones Financieras (1925), Seguridad Social (1953), Valores y Seguros (1980), Electricidad y Combustibles (1985), Servicios Sanitarios (1990), Salud (2005), Casinos (2005), Pensiones (2008), Medio Ambiente (2012), Educación Escolar (2012), Insolvencia y Reemprendimiento (2013).

³ Educación Superior (Boletín N° 8041-04) y Telecomunicaciones (Boletín N° 8034-15).

⁴ Boletín N° 9369-03.

2.1.6. En lo funcional, el deslinde entre lo administrativo-sancionatorio y lo jurisdiccional –otrora nítido– se ha venido desplazando y complejizándose. El tradicional ámbito administrativo que autorizaba la intervención del órgano del Estado para proceder a una simple constatación de la infracción legal y aplicación de una multa, se hace menos nítido y se extiende conceptualmente a terrenos propios de la jurisdicción. Lo anterior lo estimo por las siguientes circunstancias:

2.1.6.1. La complejidad creciente de las normas regulatorias administrativas: las normas administrativas actuales –en un Estado proactivo y en una sociedad compleja– ya no regulan con simples parámetros objetivos, como el clásico ejemplo del límite de velocidad vehicular. Hoy se agregan conceptos más complejos, como se hace en materia de consumidores con la “publicidad falsa o engañosa” (proyecto SERNAC, Art. 34), “correcto funcionamiento” (en el CNTV) y otros.

2.1.6.2. La dificultad de identificar una simple infracción sin algún grado de calificación jurídica de las conductas y hechos: como consecuencia de la complejidad de las normas, el funcionario administrativo ya no está llamado a la simple constatación de infracciones patentes y objetivas, sino que debe aventurarse en calificar jurídicamente las conductas.

2.1.6.3. Los altos montos y reprochabilidad jurídica de las sanciones que aplican los órganos administrativos. En cuanto a los montos, las leyes y reglamentos autorizan multas de alta cuantía, alejados de la esfera tradicional del ámbito administrativo. Bajo el criterio jurisprudencial del *quebranto del orden jurídico* (por oposición a infracciones menores, propio de lo administrativo), las actuaciones administrativas suelen ingresar a terreno jurisdiccional, terreno vedado según la Constitución al Presidente de la República. En efecto, si se atiende a la valoración pública creciente y evidente de la protección de los derechos de los administrados y los bienes jurídicos hoy tutelados en leyes sectoriales, el conocimiento de sus violaciones cae en el concepto doctrinario de jurisdicción.

2.1.7. La Administración del Estado, así potenciada, va abriendo crecientes espacios de actividad administrativo-jurisdiccional, que

levantan objetivos constitucionales en cuanto a su relación con la Corte Suprema y el Poder Judicial.

2.2. Objetivos constitucionales frente al fortalecimiento de la Administración del Estado. Papel de la Corte Suprema

Frente al diagnóstico anterior, este profesor estima que un proceso de reforma constitucional debiese considerar los siguientes objetivos:

2.2.1. Profundizar la independencia objetiva e imparcialidad subjetiva de los órganos administrativos que ejercen jurisdicción.

Este objetivo se deriva del derecho constitucional al justo y racional procedimiento y del derecho al juez natural. Las facultades jurisdiccionales, conforme al actual texto constitucional, no pueden ser atribuidas a un órgano perteneciente a la Administración del Estado sin colisionar –en diversas intensidades– con el Art. 76 de la Constitución, que prohíbe al Presidente de la República “ejercer funciones judiciales”. Empero, como se describió, se observan en el ordenamiento jurídico chileno numerosos órganos administrativos ejerciendo facultades jurisdiccionales⁵, en el convencimiento que se trata de meras facultades administrativo-sancionatorias⁶. El Tribunal Constitucional, sin invalidar aún proyectos de ley por esta causa, ha emitido diversas prevenciones, advertencias y acogido crecientes votos de minoría⁷. Luego, es prioritario para el rol de la Corte Suprema constar con instrumentos para identificar mejor las atribuciones de naturaleza jurisdiccional y las meramente administrativas; de ello dependerá el respeto a la exigencia del Art. 76 de la Constitución y la intensidad en la aplicación de las garantías del justo y racional procedimiento (Art. 19 N° 3 inc. 6).

⁵ En la materia se registran advertencias de la doctrina internacional (Sunstein en Estados Unidos, y García de Enterría en España) y disidencias en el Tribunal Constitucional, que van conformando una molestia creciente con la idea de potenciar jurisdiccionalmente a la Administración del Estado. En este sentido, se constata además que el derecho constitucional moderno prefiere la creación de jurisdicciones especializadas (como en el caso de los Tribunales Tributarios y Aduaneros y de los Tribunales Ambientales), dotando a estas magistraturas de suficiente independencia orgánica e imparcialidad para satisfacer el derecho constitucional al juez natural.

⁶ Alegación normalmente fundada en criterios meramente orgánicos (de ubicación del órgano) y no sustantivos.

⁷ STC Roles N° 248-96, N° 499-06, N° 616-07, N° 2111-11, N° 2041-11.

Para ello, la Constitución debiese emitir algún criterio que permita deducir de mejor forma la frontera entre lo administrativo-sancionatorio y lo jurisdiccional. Y hecho eso, debiese agregar una exigencia sustantiva al legislador al configurar estos órganos, visualizándose para ello dos opciones:

- 2.2.1.1. Radicar estos órganos o las funciones jurisdiccionales directamente en el Poder Judicial.
 - 2.2.1.2. Radicar estos órganos o sus atribuciones jurisdiccionales en órganos administrativos que respondan al modelo de agencia regulatoria independiente, preferentemente con dirección colegiada y profesional, con influencia reducida, acotada y decreciente del Presidente de la República.
- 2.2.2. Asegurar constitucionalmente el respeto a las garantías de un justo y racional procedimiento en el seno de la Administración del Estado.
- 2.2.3. Encuadrar constitucionalmente la existencia, función genérica y límites de las superintendencias y otros órganos análogos más relevantes de la Administración del Estado. Hoy la Carta Fundamental sólo menciona a los ministros, los ministerios y los órganos territoriales (municipalidades, gobernaciones, gobierno regional).

En este ejercicio, la Carta debería resolver aspectos como:

- 2.2.3.1. El rango de las potestades normativas de estos órganos y su eventual subordinación a la ley. Hoy se observa un descuido del legislador en orden a supeditar jerárquicamente esta competencia a la ley. Hay casos en que se mezcla una interpretación legal con el ejercicio de un poder de regulación. Hay dudas sobre la constitucionalidad de tal potestad. Lo central es resolver si dicha potestad participa o no de la que se ha confiado al Presidente de la República. ¿Podría, por ejemplo, el Presidente por vía de decreto supremo dejar sin efecto una circular de una superintendencia?
- 2.2.3.2. La intervención de los Tribunales Superiores de Justicia y especialmente de la Corte Suprema al conocer de recursos o acciones deducidos contra las decisiones o normas emanadas de los órganos administrativos reguladores, administrativo sancionatorios o reguladores. Este punto se desarrolla a continuación.

2.2.4. Precisar la naturaleza de la revisión judicial de la Corte Suprema sobre las normas y decisiones emanadas de los órganos administrativos más relevantes.

3. Corte Suprema y tribunales especializados

En esta materia, constatamos:

3.1. El aumento de los tribunales especializados, constitutivos de una tendencia legislativa clara⁸.

3.2. La subordinación de estos tribunales a la superintendencia de la Corte Suprema, especialmente por vía de recursos contenidos en sus propias leyes orgánicas.

3.3. La falta de una definición precisa de la naturaleza procesal-constitucional de la revisión judicial que practica la Corte sobre lo resuelto por tribunales especializados. Normalmente se conduce mediante la llamada “reclamación” (caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia). Sin embargo, las leyes no precisan cuál será el criterio de revisión de parte de los tribunales al respecto. ¿Tiene naturaleza de casación o de apelación? ¿Cabe la revisión de los hechos, del mérito teórico, o se trata de un control estricto de derecho?

3.4. La respuesta a estas preguntas es relevante desde la perspectiva del diseño institucional. El legislador dispuso altas exigencias de especialización para los miembros de estas judicaturas especializadas, incluso con profesionales ajenos al derecho. Luego, y a diferencia de lo que ocurre con los órganos administrativo-jurisdiccionales, es deseable que lo establecido en lo técnico por los tribunales especializados –dotados de mayor independencia que los anteriores– sólo sea casable por la Corte, esto es, anulable en cuanto envuelva una infracción de derecho.

3.5. Si la reclamación es una apelación, para ser consecuente con el diseño legislativo debió haberse dotado al Poder Judicial de mayores recursos y de un apoyo especializado, por ejemplo, en materias económicas, de aguas, de protección al consumidor, etc.

⁸ Por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (DFL N° 1 del año 2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211 de 1973), los Tribunales Tributarios y Aduaneros (ley N° 20.322), los Tribunales Ambientales (ley N° 20.600).

3.6. Pero si la reclamación tiene una función más bien de casación, como unificador de jurisprudencia, control de abusos procesales que cometan los reguladores, o afectación a derechos fundamentales de las partes, entonces el recurso de casación se armonizará mejor con la revisión judicial que se desprende del Art. 38 de la Constitución.

Es tarea de una reforma constitucional, entonces, abordar lo siguiente:

3.7. Asegurar la debida independencia de los tribunales especializados, sea que se les ubique dentro o fuera del Poder Judicial.

3.8. Asegurar el sometimiento de los tribunales especializados a la superintendencia de la Corte Suprema.

3.9. Configurar un sistema en que la revisión de lo fallado por los tribunales especializados se conduzca mediante recursos o reclamaciones con naturaleza de casación, esto es, infracciones de derecho que influyan en lo dispositivo de la sentencia o que representen quebrantos al debido proceso.

4. Corte Suprema y Tribunal Constitucional

En este punto, y ante las posibles reformas constitucionales que le atañen, nuestro diagnóstico es el siguiente:

4.1. En cuanto al control preventivo del Tribunal Constitucional e inaplicabilidad

4.1.1. Existe un cierto y variable cuestionamiento a ciertas atribuciones del Tribunal Constitucional. El programa de la Nueva Mayoría plantea, como uno de sus ejes en la materia, la supresión del control preventivo de leyes (proyectos) por parte del Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 1 y 3).

4.1.2. El planteamiento anterior no es compartido por un sector significativo de la academia y de las fuerzas parlamentarias, que ven como esencial de un Estado de Derecho la existencia de algún mecanismo de resolución de las controversias que surgen en el seno del Congreso con motivo del ejercicio de su potestad de legislar y antes de la promulgación de la ley, como asimismo que resuelva las diferencias entre el Congreso mismo con el Presidente de la República. Se recuerda, al respecto, que un mecanismo análogo fue

incorporado ya en 1970 a la Constitución de 1925 con ocasión de la creación del Tribunal Constitucional⁹.

- 4.1.3. La defensa del control preventivo de constitucionalidad, sin embargo, reconoce dos intensidades. Pareciera existir un creciente consenso en que una de las variantes del control preventivo, el forzoso (Art. 93 N° 1), que recae sobre proyectos de leyes interpretativas de la Constitución, orgánicas constitucionales y tratados internacionales que recaigan en dichas materias, no está produciendo beneficios nítidos en la supremacía constitucional. Por el contrario, el control preventivo eventual (o facultativo) del Tribunal Constitucional en manos de un minoría de las Cámaras (Art. 93 N° 3) tiene defensores transversales y quienes lo estiman esencial para la supremacía constitucional.
- 4.1.4. En paralelo, y a casi 10 años de la reforma de 2005, que trasladó la acción de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional (ley N° 20.050), ya existen trabajos estadísticos con recopilación de la jurisprudencia del Tribunal conociendo de este control. Las obras de los profesores Gómez Bernales (Gómez 2013) y Núñez Poblete (Núñez 2012, pp. 15-64), interpretadas en sus datos por este profesor que suscribe, sugieren:
 - 4.1.4.1. Que del total de recursos de inaplicabilidad acogidos por el Tribunal Constitucional, a contar de 2005 (2006) y hasta 2013, aproximadamente un tercio de ellos no ha producido efectos en la respectiva gestión pendiente ante la justicia ordinaria, ineficacia que se explica por razones procesales diversas, abandono, desidia de los abogados, etc.
 - 4.1.4.2. Que en aproximadamente otro tercio de las sentencias estimatorias de inaplicabilidad (recursos acogidos por el Tribunal Constitucional), la justicia ordinaria, y especialmente la Corte Suprema, aplican criterios que en apariencia pueden no armonizar con el sentido y efectos finales que buscó el requirente al recurrir al Tribunal Constitucional y obtener su respaldo para la inaplicación de la norma decisiva inconstitucional. Ello se debe normalmente

⁹ Art. 78 b), Constitución de 1925: “El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones: a) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”.

a criterios divergentes del máximo tribunal con el Tribunal Constitucional en cuanto a cuál es la norma decisiva para resolver la gestión pendiente en que incide la inaplicabilidad, o bien a una interpretación que reduce el efecto práctico que posiblemente el recurrente tuvo en mente al apersonarse a esa magistratura. Como ejemplo puede citarse el recurso de protección rechazado pese a la inaplicabilidad del Art. 595 del Código Orgánico de Tribunales por el Tribunal Constitucional (2009)¹⁰.

- 4.1.4.3. Que, en consecuencia, según los datos de Gómez Bernales, sólo un tercio de los recursos acogidos en el Tribunal Constitucional producen efectos precisos y aparentemente simétricos con su intención en la gestión pendiente que debe fallar la Corte Suprema¹¹.
- 4.1.4.4. Que, en efecto, según Núñez Poblete, la Corte Suprema ha dado origen a la doctrina de la llamada “inaplicabilidad de la inaplicabilidad”, privando crecientemente de efectos a la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional, por la vía de: a) desestimar el precepto declarado inaplicable como el decisivo para resolver el asunto (Art. 93 inc. 11), o bien jugando con el factor de la retroactividad (obligando al recurrente a un imposible procesal).
- 4.1.4.5. Por consiguiente, los datos anteriores son relevantes para la decisión que corresponda adoptar sobre el control preventivo del Tribunal Constitucional. Ella se conecta directamente con la Corte Suprema y la evaluación que se haga del funcionamiento del control represivo. En efecto, como se observa, este último es un resorte jurisdiccional que pende del criterio del máximo tribunal. Luego, si el objetivo jurídico-constitucional a tutelar es la supremacía constitucional, entonces los instrumentos para ello en materia de ley son tanto el control preventivo y el control represivo. La supresión de uno debiese exigir la fortaleza –y no debilidad– del otro. Hoy el control represivo –como se ha visto– se ejerce por vía de inaplicabilidad (control concreto, Art. 93 N° 6) y la acción de inconstitucionalidad, que lleva a la derogación del precepto legal (Art. 93 N° 7).

¹⁰ SCS Rol N° 6626-2006, “Sergio Toloza Rodríguez con juez de Familia de Osorno”.

¹¹ 48 sentencias, de un total de 162 inaplicabilidades acogidas.

En síntesis, nuestra evaluación en la materia es que, si el funcionamiento del control represivo de constitucionalidad de las leyes vigentes no demuestra vigor –como lo exhibe por ejemplo en Estados Unidos por vía del recurso *certiorari* en manos de la Corte Suprema–, la eliminación o debilitamiento del control preventivo eventual del Tribunal Constitucional es injustificada y envuelve un deterioro del Estado de derecho y de la democracia constitucional. El bien jurídico a tutelar es, en definitiva, la supremacía constitucional.

4.2. En cuanto a un posible amparo judicial de derechos

En esta materia es útil tener presente:

- 4.2.1. Que si bien son sólo dos los elementos concretos del programa de la Nueva Mayoría en torno al Tribunal Constitucional y la Corte Suprema (remoción de la Corte Suprema en designación de ministros del Tribunal Constitucional y la exigencia de instancias de coordinación entre ambos), hay una idea que emerge en foros y círculos académicos cercanos a la coalición gobernante. Se trata de la creación de un posible control pleno constitucional radicado en el Tribunal Constitucional, mediante una acción de amparo de derechos constitucionales.
- 4.2.2. Algunos sistemas constitucionales activos en garantizar derechos sociales suelen recurrir a una acción de amparo general radicada en el Tribunal Constitucional, apta para revisar lo fallado por la justicia ordinaria. Un ejemplo es España (Art. 53.2 Constitución de España y Arts. 43 y 44 de la ley del Tribunal Constitucional), donde el Tribunal Constitucional conoce de la vulneración de derechos fundamentales, y muy especialmente cuando se trata de procesos judiciales¹². Estadísticas arrojan que en un 82 por ciento de las causas de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que por tal vía se puede exigir un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español respecto

¹² Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, Art. 41.2: “El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. De esta forma, el rol de la Corte Suprema, no sólo en materia constitucional sino que también institucional, ha sido relegado por el Tribunal Constitucional, que es definido como el “intérprete supremo de la Constitución”.

4.2.3. Hasta hoy, la idea de un amparo general de derechos en el Tribunal Constitucional parece no tomar fuerza en la agenda de la academia ni de la política judicial. Efectivamente, de implementarse, se desbalancearía el control de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional en un sistema en que la justicia ordinaria y la Corte Suprema aportan bienes relevantes: razonable independencia y tradición de razonamiento en derecho. No obstante, nuestra opinión sobre este punto estará directamente asociada al futuro de la inaplicabilidad y de las posibles correcciones y potenciamentos que puedan introducirse. En efecto, si se consolida la actual tendencia de la Corte Suprema en cuanto a la débil aplicación del fallo de inaplicabilidad, y si se mantiene la tendencia de creación de múltiples órganos administrativos, regionales y especializados con facultades propiamente jurisdiccionales, estos serán dos factores determinantes para pensar un sistema en que el Tribunal Constitucional fortalezca su aún pendiente rol de supremo intérprete de la Constitución, que respaldamos (siempre con las reformas orgánicas que a su vez sugerimos para esta magistratura).

5. Actos jurisdiccionales del Contralor General de la República

En esta materia, nuestras reflexiones son las siguientes:

5.1. Algunos de los documentos del programa de la Nueva Mayoría han propuesto la eliminación del control preventivo de legalidad que ejerce el Contralor sobre los actos de la Administración (Art. 98). Sólo se conservarían sus facultades de control de legalidad y fiscalización del ingreso e inversión de los fondos fiscales, con un control judicial represivo en manos de tribunales administrativos¹³.

5.2. La reforma anterior parece inconveniente, en el marco de lo que se dirá más adelante. El control preventivo de legalidad o toma de razón por este

¹³ Documento “Segundo Informe Final Comisión Programática ‘Nueva Constitución’ del Comando de la Candidata Presidencial doña Michelle Bachelet Jeria”, p. 16.

órgano constitucionalmente autónomo ha construido, en la Administración del Estado y por décadas, una cultura valiosa de apego a la legalidad y de inhibición de desbordes. Aún con sus tareas pendientes, este control ha sido una contribución encomiable al Estado de Derecho en Chile, primero en Latinoamérica según los rankings internacionales.

5.3. No obstante lo dicho, este profesor estima que una reforma constitucional debiese abordar, en torno a la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, los siguientes objetivos:

- 5.3.1. Dotar de una fuente constitucional a la facultad de dictaminar del Contralor General, hoy anclada en el Art. 6 de la ley N° 10.336, remisión que parece anticuada e insuficiente.
- 5.3.2. Hacer expresamente impugnables los dictámenes del Contralor ante la justicia ordinaria, precisando que cuando se contienen declaraciones de voluntad y dispone instrucciones, adquieren el carácter de actos administrativos.
- 5.3.3. En este sentido, una reforma constitucional y su complemento legal debiese recoger la doctrina de la Corte Suprema en la materia, pero ampliándola y haciendo de la impugnabilidad judicial de los dictámenes una regla general y no excepcional. La Corte ha delimitado su aplicación¹⁴, restringiendo la aptitud del recurso de protección a aquellos que son actos administrativos terminales (constitutivos de decisiones) o de trámite (pueden dar lugar a actos administrativos posteriores), excluyendo las “circulares” (no serían creadores de derecho y sólo tendrían por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal)¹⁵.
- 5.3.4. Los actos del Contralor emitidos en ejercicio de la toma de razón, en tanto, deben mantenerse como sustraídos de la revisión judicial, como es la doctrina vigente de la Corte y del Senado en sus resoluciones de contiendas de competencia en su momento trabadas.

¹⁴ SCS Rol N° 10.499-2011.

¹⁵ En cuanto a la toma de razón, no puede ser impugnada ante el Poder Judicial. Así lo ha resuelto el Senado resolviendo contiendas de competencia suscitadas entre las Cortes de Apelaciones y la Contraloría General de la República, fundado en las facultades constitucionales de control de legalidad de dicho órgano (Arts. 98 y 99 de la Constitución).

6. El recurso de protección

6.1. Aspectos procesales del recurso de protección

- 6.1.1. Tenemos una evaluación muy positiva de la forma en que la Constitución de 1980 diseñó el recurso o acción de protección, tanto en cuanto a su rango normativo como a su flexibilidad, jerarquía del tribunal que conoce, amplia dimensión protectora de derechos fundamentales, personas o entidades respecto de las que procede, ámbito de medidas para el restablecimiento del imperio del derecho, etc.
- 6.1.2. No parece conveniente, entonces, que una reforma constitucional altere la norma matriz del recurso de protección (Art. 20), sin perjuicio de lo que se dirá en materia de derechos sociales.
- 6.1.3. Tampoco parece prudente introducir innovaciones por vía legal al recurso, porque con ello se arriesga deteriorar su flexibilidad y riqueza jurisprudencial, que es su mayor virtud.
- 6.1.4. El auto acordado, empero, debería adoptar algunas innovaciones tendientes a perfeccionarse en materias como el *emplazamiento* y la *legitimación activa*. En lo primero, una vez interpuesto y declarado admisible un recurso, la Corte debiese pedir informe al recurrido y, adicionalmente, a quienes aparezcan como beneficiarios o afectados por el acto que el recurrente desea dejar sin efecto. Con la llegada de la invalidación administrativa (Art. 53, ley N° 19.880) se ha hecho corriente que el beneficiado por un acto administrativo se entere de una sentencia de la Corte dejándolo sin efecto una vez que ésta se ha pronunciado. Ello porque el recurrente lo intenta sólo contra la autoridad a la que estima responsable de su emisión omitiendo a este indispensable tercero. En cuanto a su legitimación activa, el auto acordado podría precisar con mejor detalle a quiénes se entenderá legitimados en casos de pluralidad de recurrentes.

6.2. Los DESC y el recurso de protección

En este punto, nos parece que:

- 6.2.1. El uso de la fórmula llamada *propietarización de los derechos* como mecanismo para obtener la protección de derechos sociales inicialmente no

cubiertos por el Art. 20 de la Carta, no puede reprocharse. Nos parece éste un ejercicio legítimo y que ha sido usado con prudencia por las cortes.

6.2.2. No obstante, si el avance a un Estado más involucrado en garantizar derechos sociales exige agregar éstos al Art. 20, ello nos parece perfectamente procedente, en cuanto tanto la ley franquee procedimientos, medios y prestaciones que permitan al juez, sin quiebre de la legalidad, concurrir al amparo solicitado.

6.2.3. Aun cuando autores de diversas tendencias se oponen –con buenos argumentos– a constitucionalizar la garantía de derechos sociales, dejándolos al libre flujo legislativo (minimalismo), a este profesor no le parece impropio imponer mandatos sociales genéricos al Estado o garantías sociales precisas en la Carta Fundamental, cuidando de entregar los instrumentos de política pública necesarios para que el juez otorgue la debida protección.

6.3. Autos acordados

La reforma de 2005 agregó acertadamente a los autos acordados entre las normas o actos susceptibles de control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (Art. 93 N° 2). Los autos acordados integraban una de las “lagunas” normativas de control de constitucionalidad en el articulado original de la Carta de 1980.

Este control no ha funcionado adecuadamente. La Corte Suprema ha venido mostrando una tendencia a emitir normas formalmente distintas al auto acordado, denominándolas “actas” o “resoluciones”, pero todas en ejercicio de su superintendencia económica. Con este proceder, se ha sustraído del control del Tribunal Constitucional justo en el momento en que la Corte profundiza su regulación orgánica, en algunos casos recayendo inobjetablemente sobre materias de ley. Luego, el N° 2 del Art. 93 debiese incluir todas las normas emanadas de la Corte en ejercicio de su respectiva superintendencia.

7. Opinión frente a otras reformas que se han propuesto al Poder Judicial

7.1. Nombramiento de ministros de la Corte Suprema

Este es un tema suficientemente relevante como para una minuta completa e independiente. Por ahora cabe consignar que la candidatura presidencial

de la Alianza propuso en 2013 algunos cambios que parecen despertar apoyo transversal. Ellos persiguen tanto aumentar el escrutinio público al proceso como evitar dilaciones que afecten la dignidad de la investidura judicial del candidato sometido a aprobación del Senado.

Se propone que las quinas preparadas por la Corte estén dotadas de un fundamento en torno a los méritos de los ministros incluidos, fundamento que también tendrá que exhibir la propuesta individual del Presidente de la República al Senado. A la Cámara alta se le fijaría un plazo de 30 días para pronunciarse, transcurrido el cual se entendería aprobada la propuesta del Presidente.

7.2. Autonomía financiera del Poder Judicial

Nos parece que toda nueva reforma constitucional debiese aumentar la autonomía financiera del Poder Judicial como un instrumento indispensable de su independencia. No hemos tenido acceso a estudios que propongan instrumentos en la materia, pero quienes proponen esta medida suelen exigir, como contrapartida, el aumento en medidas de rendición pública de cuentas por parte del Poder Judicial.

7.3. Consejo Nacional de la Magistratura

La Presidenta de la República propuso en 2013, en uno de los documentos de su entonces candidatura, modificaciones al gobierno del Poder Judicial. Sugiere éste sea entregado a un “órgano integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos y con cual se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial”¹⁶.

No conocemos detalles de la propuesta y resulta entonces imposible emitir una opinión precisa sobre esta poderosa innovación.

No obstante, en términos generales, a este profesor no le parece justificada esta clase de innovación constitucional, ajena a la tradición republicana reciente de Chile. En especial, estimamos riesgoso para la independencia constitucional del Poder Judicial la creación de órganos superiores que,

¹⁶ “Programa candidata Michelle Bachelet”, documento consolidado, p. 22.

bajo la pretensión de gobernar el Poder Judicial, puedan crear en su interior esferas de influencia política por parte del Presidente de la República o del Congreso Nacional. Ello colisionaría con el mandato del Art. 76 de la Carta Fundamental.



Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional

Pablo Ruiz-Tagle

Las ideas que se someten a consideración en este documento no son exhaustivas, ni enteramente sistemáticas, y tienen por objeto servir a la discusión. En este documento se han ordenado las propuestas en torno al Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y la Justicia Electoral. Se acompaña un cuadro con las acciones constitucionales para el análisis de esta cuestión tan sensible a la protección de los derechos fundamentales. A continuación se exponen algunas propuestas.

1. Tribunal Constitucional

Entre las principales críticas que se han hecho al Tribunal Constitucional (en adelante denominado indistintamente TC) se repiten las siguientes: que carece de suficiente representatividad, que sus decisiones a pesar de que inciden en cuestiones muy relevantes de carácter político no están sujetos a control y que su funcionamiento y el sistema de sus competencias es excesivo, particularmente en el ámbito de las atribuciones de control que ejerce de oficio. También se critica su falta de coordinación con las potestades constitucionales de otros órganos constitucionales como es la Corte Suprema y la Contraloría General de la República. Teniendo presente estas cuestiones es que se proponen las siguientes medidas que, en ningún caso, solucionan enteramente estos problemas pero que pueden dar una nueva cara al TC y augurar un nuevo periodo en el ejercicio de sus atribuciones que sea más pro democrático, como lo fue en el periodo de inicio de la transición democrática bajo la dirección de su Presidente don Eugenio Valenzuela. Se propone en definitiva lo siguiente:

1.1. Un aumento sustancial del número de sus integrantes

Se propone nombrar 11 nuevos integrantes del TC de acuerdo con el sistema actual de nombramientos, para que junto con los 10 integrantes actuales el TC quede conformado por 21 integrantes. Es decir, se propone que sean nombrados tres miembros por el Presidente de la República, tres por la Corte Suprema y cinco por el Congreso Nacional, con la intervención en el nombramiento de tres de ellos por parte del Senado y dos por la Cámara de Diputados. De esta manera se espera que el TC quede conformado por un pleno de 21 integrantes que se renovarían parcialmente y que funcionarían en cuatro salas de cinco integrantes cada una.

Con esta propuesta se eliminan los abogados integrantes del TC y se mantienen los quórums de funcionamiento en cada sala, debiendo modificarse el quórum de funcionamiento del pleno a un mínimo de 11 integrantes. Esta nueva integración del TC puede generar una renovación y una mayor representatividad de sus integrantes que expresen el nuevo desarrollo del derecho constitucional en nuestro país y es, también, una oportunidad para que las nuevas generaciones se integren y participen de los sistemas de control constitucional que por cierto incluye el control de convencionalidad. El TC se iguala a la Corte Suprema en el número de sus integrantes y puede aumentar su eficiencia y legitimidad y representatividad de sus decisiones. Es una oportunidad para que el TC se transforme en un actor pro democrático y que inicie un giro a favor de una renovación constitucional y su reforma sustancial.

1.2. Incorporación al sistema de responsabilidad política

El TC tiene poder político y como consecuencia de ello en un régimen republicano sus integrantes deben ser responsables y susceptibles de ser acusados constitucionalmente del mismo modo que las autoridades superiores del Estado en los términos que disponen los Arts. 52 N° 2 y 53 de la Constitución.

1.3. Reordenación de sus competencias

Es sabido que el TC tiene competencias exorbitantes, particularmente en el orden de sus atribuciones de oficio. Se propone que todas sus atribuciones sean ejercidas a requerimiento de parte y con el requisito de que se haya planteado una

cuestión constitucionalidad en forma previa a la entrada en conocimiento del TC. También se propone que el ejercicio de las atribuciones del TC sea ejercida por simple mayoría de sus integrantes. Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal sea independiente de la inaplicabilidad y que se conozca en pleno. Se propone eliminar el número 10 del Art. 93 sobre declaración de inconstitucionalidad de una organización o movimiento político, que en caso de mantenerse en la Constitución Política requiere revisión profunda y quizá le correspondería al Tribunal Electoral, hoy denominado Tribunal Calificador de Elecciones. En definitiva, se propone revisar todas las atribuciones del TC para hacerlas compatibles con un sistema que funcione a petición de parte, que pueden ser el Presidente de la República, los parlamentarios, otros órganos constitucionales o judiciales que tengan un conflicto de control constitucional y por cierto también los ciudadanos con un número determinado de firmas para las materias que no son relacionadas con la inaplicabilidad. Para analizar la propuesta de la reordenación de potestades del TC es también conveniente revisar las propuestas hechas por Patricio Zapata en este punto.

1.4. Coordinación sistemática con los demás órganos de control constitucional

El TC puede llegar a ser el intérprete final de la Constitución Política pero requiere coordinar el ejercicio de sus potestades con las que ejercen otros órganos constitucionales, tales como la Corte Suprema o la Contraloría General de la República. En relación con la Corte Suprema, y en general los tribunales ordinarios, es necesario definir el rol de intérprete final de la Constitución que corresponde al TC. No puede un tribunal ordinario o la Corte Suprema dictar una decisión que sea contraria a lo que previamente ha decidido el TC en el mismo asunto. Particularmente la resolución de los casos de inaplicabilidad deben obligar a la jurisdicción ordinaria en las resoluciones que en definitiva dicte el TC. Por su parte, en lo que se refiere a la Contraloría, quizá este órgano es el que requiere una modificación más profunda, porque debe gobernarse por un consejo de varios integrantes semejante al consejo del Banco Central, pero es necesario eliminar las funciones de control jurídico de la Contraloría y entregarlas a tribunales de lo contencioso administrativo, que en definitiva deben tener como última instancia

las salas “administrativas” del TC. La Contraloría debe abandonar sus tareas de control jurídico legal y constitucional y limitarse a sus tareas presupuestarias y de fiscalización, de auditoría contable y de control de las cuentas públicas, como son las funciones de las contralorías en los demás países de América.

2. Poder Judicial

Actualmente el Poder Judicial se encuentra regulado en el capítulo VI de la Constitución Política vigente, Arts. 76 al 82. Esta regulación da cuenta de una estructura jerarquizada que pone en la cima de la organización a la Corte Suprema y debajo de ella a las Cortes de Apelaciones y los juzgados de letras, sin perjuicio de las jurisdicciones especiales. Esto determina también, en la práctica, una jerarquía entre los jueces correspondientes, quedando supeditados los inferiores a los superiores no sólo en términos jurisprudenciales, sino también disciplinarios y directivos.

Este estrecho vínculo y relación jerárquica antes apuntada se expresa en las potestades de los tribunales superiores, especialmente de la Corte Suprema, en los nombramientos, calificaciones y promociones de los jueces inferiores y en los medios de control disciplinario, jurisdiccionales y administrativos que poseen, lo que puede afectar decisivamente la independencia interna de los jueces. Así, los jueces inferiores dictan sus sentencias no sólo vinculados al derecho, sino también a los criterios y opiniones de sus superiores como debiera ser en un sistema judicial democrático, lo que a algunos les ha parecido que puede afectar la independencia judicial personal de cada juez. En este punto pienso que el sometimiento de los tribunales inferiores a los superiores es una garantía de igualdad de los ciudadanos y una demostración del carácter nacional de la judicatura que no puede obviarse en un país de derecho civil o continental.

A lo anterior debe añadirse, en segundo término, la intervención política que establece la Constitución en el nombramiento de todos los jueces, participando en ésta no sólo el Presidente de la República, sino también el Senado en el caso de la Corte Suprema. Esta intervención se justifica por la posición que ocupan los jueces en el sistema institucional. Algunos han propuesto rediseñar el sistema judicial, centrando la actividad de la Corte Suprema en lo estrictamente jurisdiccional, y traspasar las otras potestades de naturaleza distinta a otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial, lo que no me parece conveniente.

Por último, en los últimos años hemos asistido, probablemente gatillado por la inexistencia de tribunales administrativos especializados, a una proliferación legislativa de tribunales especiales destinados a resolver temas o áreas sensibles de la política pública. Esto constituye una evidente ruptura a la igualdad de los ciudadanos en relación al tratamiento judicial de sus conflictos jurídicos, a una estratificación judicial y a una ruptura y cuestionamiento de la unidad jurisdiccional, principio este último que permite dar coherencia y consistencia a nuestro ordenamiento jurídico.

También se ha generado una sensación de impunidad o denegación de justicia porque los delitos menores quedan sin juicio ni sanción, porque los fiscales archivan las causas que no tienen notoriedad pública y porque el sistema judicial está copado con las causas de mayor complejidad, respecto de las cuales muchas veces los tribunales no tienen las capacidades de enfrentarlas adecuadamente.

2.1. La reafirmación del papel de la Corte Suprema

En primer lugar, el modelo de Corte Suprema y su regulación debieran ser objeto de reforma, para asegurar que este tribunal cumpla adecuadamente su función de uniformar criterios jurisprudenciales, permitiendo con ello niveles razonables de predictibilidad y uniformidad en las decisiones judiciales. Junto con este rol de ser un tribunal de casación de la Corte Suprema, se hace necesario fortalecer su rol como tribunal supremo de amparo de derechos fundamentales. La Corte Suprema tiene obstáculos para cumplir cabalmente esa función de garante del principio de legalidad y, desde luego, su diseño institucional y las funciones que la Constitución y la ley le confieren claramente pueden conspirar en contra de dicho cometido. En este sentido es necesario reforzar el carácter de corte de casación que tendrá la Corte Suprema, reforzando su acción en la revisión, como instancia de apelación, de decisiones adoptadas por las Cortes de Apelaciones u otros tribunales especiales en primera instancia. En ningún caso el reforzamiento de este rol supone, como han propuesto algunos, suprimir o reducir las potestades directivas, correccionales y económicas que ejerce actualmente, que puede y debe seguirlas ejerciendo con la asesoría de la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

La tarea de resguardar la supremacía constitucional está encargada al Tribunal Constitucional y a todos los tribunales y órganos constitucionales por lo

que se requiere de una revisión profunda del sistema de acciones constitucionales que se ordene en procedimientos más simples y comprensibles al ciudadano común y un criterio que distinga las acciones que protegen al individuo, de las acciones que protejan bienes o derechos de orden patrimonial. En el documento anexo que se acompaña con esta presentación se aprecia la dispersión que existe en materia de acciones constitucionales que es necesario revisar y que en los términos definidos por la obra de Mirjan Damaska (Damaska 2000), también da cuenta de la relación entre estructura y funciones que han de considerarse en todo diseño del control y de la jurisdicción a nivel constitucional (ver documento anexo con acciones constitucionales).

2.2. El Consejo Nacional de la Magistratura no contribuye a una Corte Suprema independiente

Se ha propuesto desde antes de 1990 la creación de un nuevo órgano público autónomo e independiente, pero situado dentro del Poder Judicial, encargado del ejercicio de las facultades no jurisdiccionales, o de Gobierno y Administración, que desempeñan actualmente los tribunales superiores, en particular la Corte Suprema, de forma de separar lo estrictamente jurisdiccional de lo político, administrativo y disciplinario. Este nuevo órgano tendrá así como misión esencial velar por la independencia de la función jurisdiccional y definir las políticas y directrices generales en materia de gestión, presupuesto, nombramiento, capacitación y sistema disciplinario aplicable a los jueces. En este sentido se propone atribuir a este Consejo una relación de tutela o supervigilancia sobre la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial. Este organismo debiera estar integrado en su órgano colegial superior pluralmente, con miembros designados por los poderes públicos democráticos, los jueces de distinta jerarquía y escalafón, y académicos de las facultades de derecho del país. Este Consejo deberá establecer los medios objetivos de nombramientos y promociones, propios de una carrera judicial, que aseguren la independencia e imparcialidad de los jueces, de forma de no condicionar de forma alguna el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

La Corte Suprema puede y debe seguir ejerciendo el rol que algunos quieren asignar al Consejo Nacional de la Magistratura y que las experiencias de instalar estos Consejos en Argentina, España y otros países ha implicado una desvalorización de la independencia orgánica constitucional y un deterioro de la justicia.

2.3. Vincular a todos los tribunales especiales al Poder Judicial

Con el objeto de dar coherencia al sistema judicial y evitar la desigualdad, es imprescindible reconocer un principio general de unidad del Poder Judicial, al que se encuentren vinculados todos los tribunales de la república, incluidos los tribunales especiales, con exclusión de los tribunales de justicia electorales, de Cuentas y del Tribunal Constitucional. Los tribunales especiales serán considerados una excepción muy calificada dentro del ordenamiento jurídico, los que se someterán por cierto a las mismas normas de organización y funcionamiento de los tribunales ordinarios de justicia. En particular, los tribunales de justicia militar, conservando el carácter de tribunales especiales, deben quedar integrados al Poder Judicial, e incluso el Ministerio Público militar gozar de la independencia y autonomía que posee el Ministerio Público en la investigación del delito y en la persecución penal y quedar todos sometidos al control, supervigilancia y supervisión de la Corte Suprema y, a través de este control, al control administrativo en que asesora la Corporación Administrativa del Poder Judicial al Poder Judicial.

La carrera funcionaria debe extenderse a todos los tribunales de la República y el sistema de calificaciones ser aplicado con más rigor, estableciendo reglas objetivas de ascenso en periodos de dos a cuatro años, con la consecuencia de tener que salir del Poder Judicial. Del mismo modo se considera que debe mantenerse por ser valioso el aporte de los abogados integrantes y de los abogados externos al Poder Judicial que integran las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema respectivamente. En todo caso, los abogados integrantes y los abogados externos pueden sólo cumplir tareas docentes y deberán instalar oficinas unipersonales al momento que cumplen sus tareas en el Poder Judicial y por los próximos cinco años al ejercicio de esta función.

2.4. Reconocimiento e instalación de una jurisdicción administrativa en Chile

Un problema de larga data en nuestro ordenamiento jurídico es la falta de reconocimiento y regulación de los asuntos administrativos en el sistema judicial, y que fue una promesa incumplida de la Constitución de 1925. Ello ha dado lugar a una renuncia del Poder Judicial a conocer de estos asuntos en alguna época y luego a una incorporación de estos conflictos a su ámbito de competencia, sacrificando la necesaria especialidad y la adecuada tutela, tanto de las competencias

del Estado como de los derechos de los administrados. Esto último atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial establecida en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos y también en nuestra actual Constitución, ya que los ciudadanos o administrados no pueden acceder directamente ante un tribunal de justicia administrativo para amparar sus derechos e intereses y controlar la legalidad de la actuación administrativa.

En este contexto proponemos que se establezca expresamente dentro del ámbito de atribuciones de los tribunales de justicia los asuntos administrativos, asignando el conocimiento de éstos a tribunales especiales, dentro del Poder Judicial, sometidos a las mismas reglas organizativas de los tribunales ordinarios. Los Tribunales de Cuentas que actualmente existen en el ámbito de la Contraloría General de la República podrían ser los primeros tribunales que se integren para formar la nueva justicia administrativa chilena reunidos en torno a los Tribunales de Audiencia que se proponen crear para Chile, tal como se describe en la sección siguiente.

2.5. La propuesta de Juan Colombo de crear un Tribunal de Audiencia en Chile

El profesor y ex Presidente del Tribunal Constitucional Juan Colombo ha reflexionado sobre las formas institucionales de reducir la sensación de impunidad o denegación de justicia por el hecho de que los delitos menores quedan sin juicio ni sanción porque los fiscales archivan las causas que no tienen notoriedad pública y porque el sistema judicial está copado con las causas de mayor complejidad, respecto de las cuales muchas veces los tribunales no tienen las capacidades de enfrentarlas adecuadamente. Su propuesta de mejora de estos problemas que aquejan a la justicia en Chile consiste en proponer la instalación de un Tribunal de Audiencia en Chile, semejante al Tribunal español denominado Audiencia Nacional de España. Esta propuesta requiere de reforma constitucional porque equivale a la instalación de los jueces de garantía en el ámbito de la justicia penal chilena y para ordenar su funcionamiento sin generar conflictos o dudas con la Corte Suprema. La Audiencia Nacional de España se encuentra regulada en el Capítulo II, Título IV, Libro I, Arts. 62 a 69 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Audiencia Nacional tiene competencias en tres jurisdicciones:

2.5.1. Penal: los juzgados centrales de instrucción pueden instalarse en Chile en estas materias especiales, tal como ya sucede en las áreas de libre competencia o

aduanas, o entregarse sus funciones de instrucción a unidades especiales del Ministerio Público, y se pueden encargar de investigar también los delitos de terrorismo, contra la Corona (en Chile el Estado, por ejemplo, en los casos de la Ley de Seguridad del Estado), el narcotráfico a gran escala, los delitos económicos que causen grave perjuicio a la economía nacional, los cometidos por españoles en el extranjero, así como de las extradiciones y euro órdenes. La Sala de lo Penal se encarga de enjuiciar los delitos anteriores y de revisar las decisiones adoptadas por los juzgados centrales como sala de apelación (ver Art. 65 Ley Orgánica del Poder Judicial española). En este orden se incluyen también el juzgado central de lo penal para el enjuiciamiento de los delitos con penas más leves, el juzgado central de menores para enjuiciar delitos de terrorismo cometidos por jóvenes entre 14 y 18 años, así como el juzgado central de vigilancia penitenciaria, encargado del control jurisdiccional de los presos cuyos delitos sean competencia de la Audiencia Nacional.

2.5.2. Contencioso-administrativo: los juzgados de lo contencioso-administrativo y la Sala de lo Contencioso-administrativo conocen de los recursos que se interponen contra los actos y disposiciones de la Administración Pública (ver Art. 66 Ley Orgánica del Poder Judicial española).

2.5.3. Social (laboral): La Sala de lo Social se encarga, fundamentalmente, de las impugnaciones de convenios colectivos de ámbito territorial superior a una comunidad autónoma o que vayan a surtir efecto en el ámbito territorial superior al de una Comunidad (ver Art. 67 Ley Orgánica del Poder Judicial española).

La Audiencia Nacional de España está integrada por seis juzgados centrales de instrucción penal, tres Salas: Penal, Contencioso-administrativo y Social, y además están adscritos a la Audiencia Nacional doce juzgados centrales de lo contencioso, un juzgado central de lo penal y un Juzgado de Menores. El Presidente de la Audiencia Nacional tiene la consideración de Presidente de Sala del Tribunal Supremo y es el Presidente nato de todas sus Salas. Entre sus atribuciones está convocar y presidir las deliberaciones de la Sala de Gobierno, fijar el orden del día de dicha Sala, someter cuantas propuestas considera oportunas, autorizar los acuerdos, velar por el cumplimiento de las medidas adoptadas por el órgano gubernativo, despachar los informes pedidos por el Consejo General del Poder Judicial y, en definitiva, ejercer todos los poderes dirigidos al buen orden del Tribunal (ver Art. 63.2 Ley Orgánica del Poder Judicial española).

3. Justicia Electoral

En la Constitución de 1925 se buscó sustraer al Congreso de la Justicia Electoral y luego a partir de 1990 se le ha ampliado la intervención a las elecciones en las organizaciones de la sociedad civil, por lo que corresponde que su organización sea permanente, letrada y especializada, separada del Poder Judicial. La Justicia Electoral está compuesta de un Tribunal Supremo Electoral y de Tribunales Electorales Regionales. El Tribunal Supremo Electoral, junto a su competencia originaria, debe ser tribunal de alzada en este campo y sus ministros deben ser nombrados por el Presidente de la República con la conformidad del Senado.

Esta nueva Justicia Electoral debe vincular su acción con un SERVEL autónomo que controla en el orden administrativo los procesos electorales y la participación ciudadana. La nueva Justicia Electoral debe tener competencia para resolver los contenciosos electorales de procesos en elecciones primarias y elecciones internas de partidos políticos, y para revisar las resoluciones adoptadas por las jurisdicciones disciplinarias de los órganos internos de dichos partidos.



Anexo
Síntesis de acciones constitucionales que protegen derechos fundamentales

Acción	Causales de procedencia	Legitimario Activo	Legitimario Pasivo	Tribunal Competente	Plazo	Tramitación
Nullidad de Derecho Público (Art. 7)	Procede en contra de todo acto en contravención al Art. 7°.	El afectado en sus derechos.	Administración del Estado.	Tribunal civil.	Existe controversia. La jurisprudencia ha estimado que la acción de nulidad es imprescriptible, pero la acción patrimonial prescribe de acuerdo a las normas generales (4 años).	A falta de procedimiento especial, se tramita mediante juicio ordinario.
Reclamación de nacionalidad (Art. 12)	Procede contra actos o resoluciones de autoridad administrativa que priven o desconozcan la nacionalidad chilena.	La persona afectada, por sí o por cualquiera a su nombre.	Acto o resolución que prive o desconozca la nacionalidad, incluso contra el desconocimiento de una causal de adquisición de nacionalidad.	Corte Suprema.	30 días.	La Corte Suprema conoce como jurado y en Tribunal pleno. La doctrina agrega que se aprecia en conciencia lo que implica sana crítica.
Indemnización por error judicial (Art. 19 N° 7 letra i y Auto Acordado de la Corte Suprema de 10 de junio de 1996)	Procede en aquellos casos en que se declare que el sometimiento a proceso o condena lo haya sido por una resolución que la Corte Suprema declare injustamente errónea o arbitraria.	Afectado.	El Estado.	Tribunal civil (previa declaración de la Corte Suprema).	Corte Suprema: 6 meses, contados desde ejecutoriada la sentencia o el auto de sobrecimiento (4 años). Tribunal Civil: regla general (4 años).	Corte Suprema: de la solicitud se conferirá traslado al Fisco, con su respuesta o sin ella, se enviarán los autos al Fiscal de la Corte Suprema para su dictamen, evacuada la vista fiscal, se ordenará dar cuenta de la solicitud en la Sala Penal de la Corte. Tribunales Ordinarios: juicio sumario.
Amparo económico (Art. 19 N° 21, ley N° 18.971)	Procede contra infracciones al Art. 19 N° 21 ("el derecho a desarrollar cualquier actividad económica...").	Cualquiera. No se requiere interés actual.	Quien haya cometido la infracción.	Corte de Apelaciones.	6 meses desde producida la infracción.	Desformalizada. Ley prevé mismas formalidades y procedimiento del recurso de amparo. El fallo es apelable ante la Corte Suprema.

Tabla elaborada por los ayudantes Javiera Morales y Diego Pérez – Derechos reservados Pablo Ruiz-Tagle © Santiago, Chile 2011.

Propuestas constitucionales

Reclamación por expropiación (Art. 19 N° 24 y D.L. N° 2.186)	Procede para reclamar de la legalidad del acto expropiatorio.	El expropiado.	Entidad expropiante.	Tribunal civil.	30 días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del acto expropiatorio.	Juicio sumario.
Protección (Art. 20 y Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992)	Procede contra toda acción u omisión ilegal o arbitraria que prive, perturbe o amenace el legítimo ejercicio de ciertos derechos constitucionales. No procede en contra de resoluciones judiciales o administrativas.	Quien haya sufrido la privación, perturbación o amenaza (por sí o por cualquiera a su nombre).	Quien haya vulnerado las garantías constitucionales.	Corte de Apelaciones.	30 días, desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión. Excepcionalmente, no tiene plazo para actos permanentes.	Hay examen de admisibilidad. Una vez acogido a tramitación, la Corte ordena que el recurrente emita informe. Se puede decretar orden de no innovar. Tribunal puede decretar toda diligencia que estime necesaria. Recurso se trae "en relación". Plazo de 5 días para fallar. El fallo es apelable ante la Corte Suprema
Amparo (Art. 21, Auto Acordado de la Corte Suprema (19 de diciembre de 1932), Art. 95, Art. 63 N° 2 b) Código Orgánico de Tribunales)	Procede contra toda detención, arresto o privación de libertad, que se haya verificado con infracción a lo dispuesto por la Constitución o las leyes.	Toda persona en favor de algún individuo que se hallare arrestado, detenido o preso.	Cualquiera.	Corte de Apelaciones.	No tiene.	Desformalizada. Corte puede ordenar que el individuo sea traído a su presencia. Puede adoptar las providencias que estime convenientes para restablecer el imperio del derecho. Fallo apelable ante la Corte Suprema.
Requerimiento de Inaplicabilidad (Art. 93 N° 6, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Arts. 79 y ss.)	Procede contra preceptos legales cuya aplicación a un caso concreto se siga ante un tribunal (a "cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial") se estime como contraria a la Constitución.	Cualquiera de las partes o de oficio por el juez que conoce el asunto.	La(s) parte(s) de la gestión pendiente que no haya(n) presentado el recurso, la Cámara de Diputados, el Senado y el Presidente de la República pueden presentar observaciones.	Tribunal Constitucional	En tanto exista "gestión pendiente".	Examen de admisibilidad: debe haber gestión pendiente, en la que la aplicación del precepto impugnado pueda resultar decisiva, y que la impugnación sea fundada. Declarado admisible, 20 días para presentar antecedentes. Recurso lo conoce el pleno. La sentencia que declare la inaplicabilidad sólo producirá efectos en la gestión judicial pendiente.

Tabla elaborada por los ayudantes, Javier Morales y Diego Pérez – Derechos reservados Pablo Ruiz-Tagle © Santiago, Chile 2011.

<p>Requerimiento de Inconstitucionalidad de precepto declarado inaplicable (Art. 93 N° 7, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Arts. 93 y ss.)</p>	<p>Procede contra preceptos legales que hayan sido declarados inaplicables.</p>	<p>Cualquiera, existe acción pública. Tribunal puede declararla de oficio.</p>	<p>La Cámara de Diputados, Senado y el Presidente de la República pueden presentar observaciones.</p>	<p>Tribunal Constitucional.</p>	<p>No tiene.</p>	<p>Requerimiento debe fundarse razonablemente. Hay control de admisibilidad. Declarada la admisibilidad, debe ponerse en conocimiento de la Cámara de Diputados, del Senado y del Presidente de la República, quienes tienen 20 días para formular observaciones. Terminada la tramitación, plazo de 20 días para dictar sentencia. La acción la conoce el pleno.</p>
---	---	--	---	---------------------------------	------------------	---

¹La presente tabla de acciones constitucionales no es una recopilación exhaustiva de todos los mecanismos de protección de los derechos fundamentales. El criterio de selección subyacente es que la Constitución sea la fuente directa de la cual emana la acción. Por tanto, es imprescindible tener presente que existen muchos otros mecanismos de protección de derechos contemplados en diversas disposiciones del ordenamiento jurídico, entre otros, el amparo ante el juez de garantía (Art. 95 del Código Procesal Penal), el procedimiento de tutela de derechos fundamentales en materia laboral (Art. 485 y ss. del Código del Trabajo), diferentes procedimientos administrativos ante la Contraloría General de la República, diferentes superintendencias y órganos de la Administración del Estado, procedimientos relativos a Justicia Electoral, procedimiento contemplado por la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley N° 20.285) ante el Consejo para la Transparencia, etc.

Otras propuestas sobre régimen jurisdiccional

Miriam Henríquez

1. Ideas previas

En relación con el diagnóstico y propuestas adelantados por los profesores Pablo Ruiz-Tagle y Arturo Ferandois sobre régimen jurisdiccional, expondré a continuación algunas ideas sobre la cuestión que nos convoca. Previo a ello, señalaré las coincidencias con los profesores Ruiz-Tagle y Ferandois.

Concurro con el profesor Ruiz-Tagle en: a) aumentar el número de ministros del Tribunal Constitucional y establecer un número impar de integrantes con el objetivo de asegurar una mayor eficiencia del órgano, eliminar la figura del abogado suplente y despejar la tensión que genera la elección del Presidente por razón de su voto dirimente; b) que los integrantes del Tribunal Constitucional sean responsables políticamente y susceptibles de ser acusados constitucionalmente; c) que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal sea independiente de la exigencia de la previa declaración de inaplicabilidad; y d) explicitar en la Constitución el carácter obligatorio y vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional para los demás poderes públicos, fundamentalmente para la Corte Suprema.

Concurro con el profesor Ferandois en: a) resolver el rango de las potestades normativas de los órganos administrativos cuyas potestades no están fijadas constitucionalmente, con el objeto de despejar las dudas sobre su constitucionalidad y sujetarlos a controles normativos de constitucionalidad y legalidad; y b) que las sentencias de los tribunales especializados, tales como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los Tribunales Tributarios y Aduaneros, sólo sean casables por la Corte Suprema cuando envuelvan una infracción de Derecho para resguardar la especialización de la decisión.

2. Control de la supremacía constitucional por un órgano jurisdiccional

Estimo que la supremacía constitucional no puede ser un mero postulado normativo o intrasistemático, sino que requiere del respaldo de una práctica social e institucional que así permita reconocerla. Tal práctica, a mi juicio, se verifica a través de las instituciones de reforma constitucional y garantía jurisdiccional¹.

La garantía jurisdiccional de la Constitución es el conjunto de procedimientos para la tutela de sus normas, ya sea frente a otras normas jurídicas, ya sea incluso frente a conductas que las vulneren o desconozcan. La garantía se relaciona con la existencia de procedimientos que permitan desaplicar o anular las normas inferiores que resulten contradictorias con la norma constitucional.

En relación con la garantía jurisdiccional de la Constitución, estimo que, en una nueva Constitución, *el órgano con atribuciones para ejercer el control de constitucionalidad de las normas jurídicas infraconstitucionales y postconstitucionales es el Tribunal Constitucional.*

La eficacia directa de la Constitución y su carácter normativo permitirá que los tribunales de justicia declaren la derogación tácita de los preceptos preconstitucionales que devengan en contradictorios con la norma constitucional posterior (inconstitucionalidad sobrevenida) (Henríquez 2013b, pp. 115-131).

3. ¿Control preventivo? ¿En qué circunstancias? Control de constitucionalidad de los tratados internacionales

Estimo que si el Tribunal Constitucional mantuviera facultades de control previo de constitucionalidad, él mismo debiera tener un alcance sólo facultativo

¹ Complementando, Prieto Sanchís expone lo siguiente en relación con el concepto de supremacía: a) es relacional, en el sentido de que una norma es inferior o superior siempre en relación con otra; b) en caso de conflicto entre las normas, la norma inferior debe reputarse inválida; c) su existencia no es un mero postulado normativo o intrasistemático, sino que requiere del respaldo de una práctica social e institucional que así permita reconocerlo. Dicha práctica se verifica a través de las instituciones de reforma y garantía (Prieto Sanchís 2013, pp. 160-161).

y de los aspectos procedimentales de los proyectos de ley (sin distinción de su tipo) y de la reforma constitucional (Henríquez 2011, pp. 461-477).

Esto por cuanto el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad –como control de aplicación del precepto legal– no permite el control de las infracciones constitucionales (vicios de forma)². Luego, la acción de inconstitucionalidad, desligada de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, permitiría el control de constitucionalidad de aquellos vicios de procedimiento que eventualmente no fueron detectados por el carácter facultativo del control previo propuesto.

En todo caso, establecería un control previo y obligatorio para todos los tratados internacionales, versen o no sobre materias de ley. El control previo y obligatorio de constitucionalidad de los tratados sería una vía para resguardar la reforma secundaria de la Constitución y para evitar el conflicto entre las normas del tratado y las normas constitucionales, eludiendo los efectos negativos que podría acarrear el control represivo de constitucionalidad para la estabilidad de los compromisos internacionales y la seriedad del Estado en el ámbito internacional (Henríquez 2007b, pp. 119-126).

² A mi juicio, la “infracción constitucional” o vicio de forma se produce cuando la incompatibilidad es formal, es decir, cuando no se han cumplido debidamente las normas procedimentales o existen vicios de competencia.

La infracción constitucional por una norma ocurriría, por ejemplo, cuando: a) un órgano regula una materia que le está vedada por la Constitución, invadiendo la materia reservada a otra fuente del derecho; y b) un órgano sigue un procedimiento distinto del establecido por la norma constitucional. Siguiendo esta definición y tipología, constituirían casos concretos de infracciones constitucionales por preceptos legales aquellos en que: a) una ley ordinaria regula una materia que la Constitución reservó a la ley orgánica constitucional; b) un reglamento autónomo regula materias de ley; c) un decreto con fuerza de ley regula materias excepcionadas por la Constitución en el Art. 64; d) se aprueba una norma de ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales sin oír previamente a la Corte Suprema, según el Art. 77; o e) una cuestión de iniciativa exclusiva del Presidente de la República se ingresó a trámite por moción, etc.

Atención aparte merecen aquellos casos en que la Constitución Política reserva al legislador la limitación o regulación del ejercicio de los derechos en cuyo caso se torna compleja la diferenciación entre infracción y contradicción constitucional, atendido que tal reserva legal constituye, a juicio de algunos, parte del contenido protectivo del derecho.

Podría llamarse al primer grupo de casos “infracciones puras” y al segundo “infracciones - contradicciones”. Estimo que las infracciones constitucionales “puras” no son controlables vía acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad atendida la naturaleza de esta acción.

3. Relación entre las resoluciones del Tribunal Constitucional y las de la judicatura ordinaria

Sin perjuicio de las ventajas que podría significar un sistema de precedente constitucional vinculante en orden a la igualdad ante la ley, la certeza jurídica y la economía procedimental, no reconocería tal valor a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Por el contrario, en orden a fortalecer la función legislativa, mantendría su valor de jurisprudencia constitucional que implica que la repetición de criterios normativos contenidos en las sentencias del Tribunal Constitucional *puede* (no debe) ser observado por los jueces y los tribunales del Poder Judicial (Henríquez 2013c, pp. 3-15).

4. Acciones constitucionales protectoras de derechos fundamentales

Reitero mi posición de establecer una única acción constitucional que proteja todos los derechos constitucionales sin exclusión: amparo de derechos constitucionales.

Esta acción de naturaleza cautelar, con un procedimiento breve y sumario, con competencia de los tribunales de primera instancia del Poder Judicial, cuya apelación sea conocida por las Cortes de Apelaciones del país, excluyendo el rol de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional como órganos de amparo de derechos fundamentales.



TABLA IV
Listado de las propuestas sobre régimen jurisdiccional

IV. Régimen jurisdiccional	
Tribunales de la República: sus órganos, tribunales especiales, la cuestión del contencioso-administrativo y bases del proceso.	
Arturo Fernandois	<ul style="list-style-type: none"> • La frontera entre lo administrativo-sancionatorio, por una parte, y lo jurisdiccional, por la otra, se ha venido desplazando y complejizándose. La Constitución debe definir esa nueva frontera, a fin de reforzar la independencia de los órganos administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales. • Para lo anterior dos opciones: radicar dichos órganos o sus funciones jurisdiccionales en el Poder Judicial, o bien, radicarlos en un modelo de agencia regulatoria independiente, preferentemente con dirección colegiada y profesional, con influencia reducida, acotada y decreciente del Presidente de la República. • La garantía de un justo y racional procedimiento debe extenderse al seno de la Administración. Debe precisarse el papel de la Corte Suprema sobre las decisiones de la jurisdicción administrativa. • Sobre tribunales especiales, debe asegurarse su debida independencia, sea que estén dentro o fuera del Poder Judicial, sometién-dolos a la superintendencia de la Corte Suprema para que ésta pueda revisar lo que resuelven mediante alguna forma de casación.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Reforzar la Corte Suprema para que cumpla adecuadamente su tarea de uniformar criterios jurisprudenciales como tribunal de casación, de apelación de decisiones de las Cortes de Apelaciones y de los tribunales especiales, y de tribunal supremo de amparo de derechos constitucionales. • Vincular todos los tribunales especiales al Poder Judicial, salvo el Tribunal Electoral, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional. La Justicia Militar, como tribunal especial, debe integrarse al Poder Judicial. • Consagrar una jurisdicción administrativa, como tribunales especiales del Poder Judicial. En este caso, el Tribunal de Cuentas podría ser el primero en conformar dicha jurisdicción.
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Consagrar una jurisdicción administrativa, incluyendo que la acción y la omisión (bajo ciertos supuestos) administrativos deben poder ser objeto de una completa revisión judicial.

Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Duda si vale la pena consagrar nuevamente una jurisdicción administrativa, pero no duda en que es necesario asegurar los recursos jurisdiccionales.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en que, consagrada la jurisdicción administrativa integrada al Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas pase a integrar dicha jurisdicción. • Asimismo, de acuerdo en la creación de los Tribunales contencioso administrativo. • De acuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en que la Justicia Militar esté integrada al Poder Judicial. Restringir su competencia.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Consagrar una jurisdicción administrativa, sin perjuicio de los tribunales administrativos económicos especiales (Tributarios, Aduaneros y de Defensa de la Libre Competencia). • De acuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en que, consagrada la jurisdicción administrativa integrada al Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas pase a integrar dicha jurisdicción. La Contraloría General de la República sería ministerio público de cuentas.
<p>Gobierno judicial, nombramiento de los jueces, ¿Consejo Nacional de la Magistratura?</p>	
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Nombramiento de los ministros de la Corte Suprema a partir de quinas preparadas por la Corte, y propuesta del Presidente de la República al Senado. Las quinas deben incluir las razones de mérito de los ministros incluidos en ellas. El Senado debe pronunciarse en 30 días. • Aumentar la autonomía financiera del Poder Judicial y, correlativamente, su obligación de rendir cuenta por esa mayor autonomía. • No a un Consejo Nacional de la Magistratura, por la posibilidad de poner en riesgo la independencia constitucional del Poder Judicial.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • No debe limitarse la competencia de la Corte Suprema a lo estrictamente jurisdiccional, traspasando sus facultades a otros órganos vinculados a la judicatura. No deben, por tanto, suprimirse ni reducirse sus potestades directivas, correccionales y económicas, que debe seguir ejerciendo con la asesoría de la Corporación Administrativa del Poder Judicial. • La carrera funcionaria debe extenderse a todos los tribunales de la República y que el sistema de calificaciones más riguroso. • Mantener en las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema el sistema de abogados integrantes y de abogados externos, con requisitos de incompatibilidad. • No a un Consejo Nacional de la Magistratura.

<p>Rodrigo Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sacar al gobierno judicial de la Corte Suprema, modificando las competencias, composición y procedimientos de la Corte Suprema. • Eliminar la exigencia de aprobación por 2/3 de los senadores para el nombramiento de ministros de la Corte Suprema. • Reforzar la independencia judicial.
<p>Jorge Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Duda si vale la pena un Consejo Nacional de la Magistratura, pero no en que es necesario modificar el sistema de nombramientos del Poder Judicial. La participación del Senado debe regularse para tratar de alterar prácticas viciosas imperantes, para que sea un escrutinio abierto y transparente, con derecho a participación.
<p>Jaime Gajardo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Crear un órgano de gobierno y administración superior del Poder Judicial, similar a lo que se ha planteado como Consejo Nacional de la Magistratura.
<p>José Francisco García</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Corte Suprema sólo como un tribunal de casación que conoce discrecionalmente mediante <i>certiorari</i> y cuyas sentencias tienen efecto de precedente. • Para el gobierno judicial sirve de modelo la experiencia norteamericana, en que la evaluación, definición de políticas de largo plazo y disciplina, quedan entregadas a comisiones <i>ad hoc</i> de integración múltiple (jueces, ex jueces, abogados, expertos, etc.). • No al Consejo Nacional de la Magistratura. La evidencia demuestra que no cumplen las promesas de independencia, apoliticidad, carácter técnico y eficacia/eficiencia, con que se le justifica. • El sistema de nombramiento de los ministros para la Corte Suprema carece de estándares suficientes de transparencia y escrutinio público. De acuerdo con Rodrigo Correa en que una manera de fomentar mayor escrutinio es bajando el quórum de aprobación en el Senado. El modelo de <i>hearings</i> norteamericano es particularmente interesante.
<p>Sebastián Soto</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El sistema de nombramiento de los jueces de la Corte Suprema debe mantenerse, en lo sustancial, como está hoy. El quórum supramayoritario que se exige permite una integración diversa y consensuada. • No a un Consejo Nacional de la Magistratura, pero debe introducirse mayor transparencia al sistema de nombramiento de los jueces, tanto en su fase judicial como en la fase al interior del Poder Ejecutivo.
<p>Francisco Zúñiga</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo Nacional de la Magistratura, situado en el Poder Judicial y no corporativizado.

Control de la supremacía constitucional por un órgano jurisdiccional.	
<p>Arturo Fermandois</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el Tribunal Constitucional, para mantener la supremacía constitucional, salvo en su competencia preventiva forzosa, pero sí en su competencia preventiva eventual y represiva, las que deberían ser reforzadas. • El control preventivo no es una invención de la Constitución de 1980, existe en democracias respetadas y en Chile ha funcionado bien y con deferencia al legislador democrático. • La inaplicabilidad no está funcionando adecuadamente (la evidencia existente lo demuestra) y debería ser fortalecida. Uno de los problemas dice relación con que el Tribunal Constitucional dice realizar un control concreto, pero en realidad es uno abstracto. • El control que hace el Tribunal Constitucional debería incluir todas las normas emanadas de la Corte Suprema en ejercicio de su superintendencia y no sólo de los autos acordados.
<p>Pablo Ruiz-Tagle</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el Tribunal Constitucional aumentado sus integrantes desde los 10 actuales a 21, a fin de agregar tres por el Presidente de la República, tres por la Corte Suprema y cinco por el Congreso (tres por el Senado y dos por la Cámara). • Su funcionamiento en cuatro salas, salvo la declaración de inconstitucionalidad que debe verse en Pleno. Quórum de funcionamiento del pleno: 11 miembros y sus decisiones por simple mayoría. Sus ministros deberían ser acusables constitucionalmente. • Eliminar los abogados integrantes del Tribunal Constitucional. • Reordenar su competencia: todas las atribuciones deben ejercerse a requerimiento de parte y con el requisito de haberse planteado previamente una cuestión de constitucionalidad. • Declaración de inconstitucionalidad debe ser independiente de la inaplicabilidad. • Eliminar el Art. 93 N° 10 de la Constitución, materia que debería ser competencia de la Justicia Electoral. • Definir en la Constitución que el papel de intérprete final de ella le corresponde al Tribunal Constitucional.
<p>Jaime Bassa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar el Tribunal Constitucional. • Perfeccionar la protección en sede judicial del ejercicio de los derechos y del control represivo de constitucionalidad. • Implementar una oficina parlamentaria de control preventivo de constitucionalidad formal, de integración mixta: cuatro parlamentarios de las comisiones de Constitución, tres funcionarios de las Cámaras y de la Biblioteca del Congreso Nacional, un abogado designado por el Presidente de la República y uno por la Corte Suprema; es decir, nueve en total.

<p>Rodrigo Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar el control preventivo de fondo por un tribunal. • Posibilidad de control preventivo formal por un tribunal (Constitucional o Supremo). • Entregar la inaplicabilidad a la Corte Suprema.
<p>Jorge Correa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En desacuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en aumentar el número de ministros. • Muchas correcciones al Tribunal Constitucional se pueden introducir en su ley orgánica, antes que en la Constitución. • No hay que suprimir la inaplicabilidad. • Suprimir el control preventivo obligatorio. • Limitar control preventivo facultativo a vicios de forma en sentido amplio, aunque para ello se debe definir hasta dónde llega el procedimiento o forma. • Modificar el sistema de nombramientos e integración del Tribunal Constitucional. La designación autónoma de los tres poderes sólo ha funcionado medianamente bien en la Corte Suprema.
<p>Jaime Gajardo</p>	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con que exista un órgano de justicia constitucional encargado, principalmente, de un control represivo concreto. Esto implica reformular el Tribunal Constitucional. • De acuerdo con que exista un control preventivo lo más formal posible, limitado al procedimiento. En este sentido, de acuerdo con Patricio Zapata en que se limite sólo al modo de producción de la norma, es decir, un control de aspectos formales, por ejemplo: vulneración de la iniciativa exclusiva, violación de quórum legislativos y violación de los ámbitos de competencia de los órganos del Estado. • Introducir una “garantía de tipo deliberativa” respecto del órgano que ejerza el control preventivo de constitucionalidad, similar al mecanismo contemplado en la Constitución de Canadá. • De acuerdo con Patricio Zapata en que produciéndose un empate en el Tribunal Constitucional ejerciendo control preventivo, se debe entender que el proyecto impugnado no vulnera la Constitución. • De acuerdo con Francisco Zúñiga en que hay que tomar una definición sobre el control de convencionalidad (más allá de la jerarquía de los tratados).
<p>José Francisco García</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La evidencia disponible demuestra que el control preventivo obligatorio no ha cumplido un papel efectivo, debe ser eliminado. Además, pierde sentido con la eliminación de las leyes orgánicas constitucionales. • Limitar el control preventivo eventual a vicios de forma, regulando la oportunidad de presentación del requerimiento.

	<ul style="list-style-type: none"> • El ámbito de competencia del Tribunal Constitucional debe ser revisado a fin de examinar duplicidades de control que existen con otros órganos, por lo que son innecesarias. • Los ministros del Tribunal Constitucional deben reflejar un número impar, y debe exigirse la aprobación del Senado a los nombramientos presidenciales. Además, como para el nombramiento de los ministros de Corte Suprema, el sistema de nombramiento para el Tribunal Constitucional debe aumentar sus estándares suficientes de transparencia y escrutinio público.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • El parámetro del control de constitucionalidad sólo debe ser la Constitución. El llamado “bloque constitucional de los derechos” no integra la Constitución material y, por tanto, no es parámetro de control de constitucionalidad. • De acuerdo en eliminar el control preventivo obligatorio. • Control facultativo de los proyectos de ley y del proyecto de reforma constitucional, pero sólo en lo procedimental. En caso de que fuera también de fondo, los órganos legitimados debieran ser el Presidente de la República y las Cámaras (pero no una minoría). • Control preventivo obligatorio para todos los tratados internacionales, sin distinción, a fin de evitar el control represivo de los tratados. • Desligar el recurso de inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo en eliminar el control preventivo obligatorio. • De acuerdo en un control preventivo facultativo limitado a la forma, es decir, el control del cumplimiento de las reglas del proceso legislativo. • Estudiar el control facultativo de fondo para evitar que la última palabra la tenga el Tribunal Constitucional. Podría haber siempre un reenvío al legislador para que intente adecuar el proyecto a los estándares constitucionales.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Patricio Zapata.
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none"> • Limitar el control preventivo facultativo: ningún parlamentario puede patrocinar más de tres requerimientos durante una legislatura. • El Presidente de la República sólo podrá presentar requerimientos en los siguientes casos específicos: vulneración de su iniciativa exclusiva, violación de quórum legislativos y violación de los ámbitos de competencia de los órganos del Estado.

	<ul style="list-style-type: none"> • Producido un empate en el Tribunal Constitucional ejerciendo control preventivo, se debe entender que el proyecto impugnado no vulnera la Constitución. • Todos los ministros del Tribunal Constitucional deberían ser nombrados por el Congreso: seis por la Cámara y seis por el Senado. Se elegirían de a tres, en una sola votación y por nueve años.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Control de la supremacía constitucional por el Tribunal Constitucional, modificando su composición y ámbito de competencia. • Es necesario tomar una definición sobre el control de convencionalidad (más allá de la jerarquía de los tratados).
Acciones cautelares.	
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • En cuanto a la posibilidad de una acción de amparo de derechos constitucionales radicada en el Tribunal Constitucional, debe esperarse a las reformas que puedan introducirse al recurso de inaplicabilidad y a la jurisdicción que ejerce la Administración. Si la primera no se mejora y los segundos siguen creciendo poco controlados, se podría considerar dicha acción. • No a la posibilidad de alterar radicalmente la norma matriz del recurso de protección, pero sí perfeccionarlo, como, por ejemplo, el emplazamiento de terceros potencialmente afectados y la legitimación activa en caso de pluralidad de recurrentes. • La fórmula de la “propietarización” de los derechos como vía para la protección de los DESC inicialmente no cubiertos en la Constitución, no es reprochable. • Dicho lo anterior, se podrían garantizar los DESC por la vía de mandatos sociales genéricos al Estado o de garantías sociales precisas en la Constitución, cuidando de entregar los instrumentos de política pública necesarios para que el juez otorgue la debida protección.
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión profunda del sistema de acciones constitucionales que ordene en procedimientos más simples y comprensibles, con criterio que distinga las acciones que protegen al individuo de las que protegen bienes o derechos patrimoniales.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • La acción de inaplicabilidad tiene mucha potencia, que no se ha actualizado en la práctica, práctica que es difícil de cambiar. • El recurso de protección es, en los hechos, más un contencioso de legalidad que una acción cautelar de derechos constitucionales. En ese sentido, ha llenado un vacío, pero no es justicia constitucional.

Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo Pablo Ruiz-Tagle en el sentido de una revisión profunda del sistema de acciones cautelares y de distinguir entre aquellas que protegen al individuo (o al colectivo), y las que protegen bienes o derechos patrimoniales.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • Recurso de protección debe ser evaluado a la luz de la decisión de fondo que se tome respecto de la jurisdicción administrativa (en el caso de que se abandone la especialización actual). • Los DESC no deben ser justiciables. Deben, en cambio, ser realizados y protegidos a través de mandatos al Estado legislador y administrador como objetivos sociales.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer una única acción constitucional que proteja todos los derechos constitucionales sin exclusión: amparo de derechos constitucionales. • Sería una acción de naturaleza cautelar, con un procedimiento breve y sumario, con competencia de los tribunales de primera instancia del Poder Judicial, cuya apelación sea conocida por las Cortes de Apelaciones.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo Pablo Ruiz-Tagle en el sentido de una revisión profunda del sistema de acciones cautelares y de distinguir entre aquellas que protegen al individuo y las que protegen bienes o derechos patrimoniales.
Ministerio Público y prosecución criminal.	
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Crear un Tribunal de Audiencia, semejante a la Audiencia Nacional española, siguiendo una propuesta hecha por el profesor Juan Colombo C.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Duda sobre el Tribunal de Audiencia propuesto por Pablo Ruiz-Tagle, y sobre la forma en que se relacionaría con el actual sistema penal.
Contraloría General de la República.	
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener y reforzar la Contraloría General de la República. • Mantener su control preventivo y de fiscalización del ingreso e inversión de los fondos fiscales, con un control judicial represivo en manos de los tribunales administrativos. • Dotar de una fuente constitucional a la facultad de dictaminar del Contralor, hacer expresamente impugnables sus dictámenes ante el Poder Judicial. Además, hacer de la impugnabilidad judicial de los dictámenes una regla general. • Los actos en ejercicio de la toma de razón deben mantenerse sustraídos de la revisión judicial.

Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Dotar a la Contraloría General de la República de un órgano colegiado de gobierno para fiscalizar las cuentas del gobierno, de un modo semejante a las contralorías de los demás países americanos. • Eliminar sus funciones de control jurídico constitucional y legal, para entregárselas a los tribunales administrativos cuya última instancia debe ser la sala “administrativa” del Tribunal Constitucional.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en que la Contraloría General de la República sea un órgano colegiado. • Competencia para la revisión de cuentas y auditoría, con legitimación activa para iniciar el juicio de cuentas.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • Contraloría General de la República como un órgano que ejerce funciones de auditoría general sobre el sector público nacional y regional. • Control de juridicidad a los tribunales administrativos.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Pablo Ruiz-Tagle en que la Contraloría General de la República sea un órgano colegiado. • Fortalecer su papel presupuestario.
Justicia Electoral.	
Pablo Ruiz-Tagle	<ul style="list-style-type: none"> • Justicia Electoral separada del Poder Judicial. • Competencia sobre lo contencioso electoral, incluyendo elecciones primarias, elecciones internas de los partidos políticos, revisión de las resoluciones adoptadas por los órganos jurisdiccionales internos de estos últimos, y sobre las materias que el N° 10 del Art. 93 de la Constitución hoy entrega al Tribunal Constitucional. • Los miembros de la Justicia Electoral deberían ser nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Debe ser reforzada, pues debiera aumentar su trabajo si es que hay un control efectivo de SERVEL sobre los partidos.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con la propuesta de Pablo Ruiz-Tagle.



Cuestión V

Potestad constituyente

Propuesta inicial sobre potestad constituyente

Rodrigo Correa

1. Introducción

La siguiente propuesta está inspirada en la que propuso el programa de gobierno que Andrés Velasco presentó para las elecciones primarias presidenciales de 2013. Su objetivo es ofrecer un mecanismo que, por una parte, resulte propicio para reformar o sustituir la Constitución Política actualmente vigente y, por otra parte, defina desde ya el mecanismo de reforma de una eventual nueva Constitución.

Se propone adoptar el mecanismo respetando el ordenamiento constitucional actualmente vigente, lo que supone su aprobación por dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, además de la Presidenta de la República, para sustituir el Art. 127 inc. 2 de la Constitución Política. Esta opción está expuesta a la crítica de hacer políticamente inviable la propuesta. Ante tal crítica valen las siguientes consideraciones:

1.1. La dificultad de obtener los quórum necesarios es efectiva, pero en ello esta propuesta no difiere de la que hiciera el Gobierno el 13 de octubre de 2015.

1.2. A diferencia del proceso constituyente iniciado por el Gobierno, el que se propone tiene la ventaja de zanjar desde un comienzo el mecanismo de reforma de la futura Constitución. El procedimiento de reforma constitucional determina en buena medida la naturaleza de la Constitución. Su definición al comienzo del proceso tiene la virtud de despejar un factor de incertidumbre que dificulta abrir el camino al proceso constituyente.

1.3. Por otra parte, como el mecanismo propuesto opta por una Constitución semiflexible, permitiendo su reforma por dos mayorías absolutas consecutivas, elimina el temor de que el proceso constituyente sea aprovechado para incorporar en la Constitución opciones socioeconómicas (de signo opuesto a las actuales) que

limiten la posibilidad de que futuros gobiernos modifiquen dichas opciones. Este punto, junto con el anterior, debieran hacer que la aprobación de esta propuesta fuera más fácil que la del Gobierno.

1.4. La propuesta ofrece una cláusula adicional alternativa (inciso tercero de la propuesta, que sería el cuarto del Art. 127) que tiene por objeto facilitar su aprobación. Esta cláusula adicional tiene por objeto “blindar” determinadas disposiciones constitucionales actualmente vigentes, las que sólo podrían ser eliminadas o reformadas, o excluidas de una futura Constitución, con un quórum calificado de tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio. La propuesta no señala cuáles serían estas disposiciones, pues su determinación debiera ser el resultado de la negociación política encaminada a obtener la aprobación de la reforma propuesta.

Esta cláusula aumenta la probabilidad de aprobación del mecanismo propuesto. Lo hace, sin embargo, comprometiendo explícitamente la libertad del proceso constituyente. Es discutible que este compromiso sea perjudicial. Por una parte, es probablemente una ilusión que pueda existir un proceso constituyente exento de restricciones significativas. Por otra parte, no cabe descartar que la necesidad de acordar anticipadamente los puntos a “blindar” permita alcanzar acuerdos que hoy no parecen posibles.

1.5. No cabe descartar que, a pesar de todas las consideraciones anteriores, la aprobación del mecanismo propuesto no sea viable, o lo sea sólo al costo de comprometer a tal grado la libertad del proceso constituyente que este pierda toda significación política. En tal caso la propuesta habría fracasado.

La propuesta, según se anticipó, consiste en sustituir el procedimiento de reforma constitucional por uno que prescindiera de los actuales quórum de aprobación parlamentaria –tres quintos y dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio, dependiendo de cuál sea el capítulo constitucional que se modifique– y en su lugar permita la reforma por el voto conforme de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio. El proyecto de reforma quedaría luego en suspenso, debiendo obtener igual aprobación después de renovado el Congreso Nacional. Este mecanismo se asemeja al que rigió bajo la Constitución de 1925. Alternativamente, la propuesta permite aprobar inmediatamente una reforma constitucional, con el voto conforme de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio.

El procedimiento propuesto es adecuado tanto para cualquier reforma puntual de la Constitución como para su revisión integral. Es por tanto un mecanismo idóneo para dar una nueva Constitución. Por otra parte, nada impide que la vigencia del texto aprobado quede sujeto a condiciones especiales que el propio proyecto pudiera exigir, tales como su aprobación plebiscitaria.

Por último, el proyecto incorpora una cláusula (inciso segundo de la propuesta, que sería el tercero del Art. 127) para permitir dar a ciertas disposiciones constitucionales carácter semirrígido.

2. Texto de la propuesta

Artículo único. Sustitúyese el inciso segundo del artículo 127 de la Constitución Política de la República de Chile por los siguientes:

El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado el voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio de cada Cámara, tanto en primera votación como en segunda votación inmediatamente después de renovadas ambas Cámaras. A iniciativa del Presidente de la República o de cualquiera de sus Cámaras, el proyecto de reforma podrá ser aprobado, sin esperar a la renovación del Congreso, por las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Mediante el voto favorable de los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada Cámara, podrá establecerse que una determinada disposición constitucional sólo pueda ser materialmente modificada o derogada mediante ley de reforma constitucional aprobada por igual quórum.

Las disposiciones de los artículos... (negociar para obtener los dos tercios necesarios para aprobar esta reforma) sólo podrán ser materialmente modificadas o derogadas mediante el voto favorable de los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada Cámara.



Propuesta inicial sobre potestad constituyente*

Francisco Zúñiga

1. Introducción

En esta ocasión primero corresponde revisitar un tema abordado en el ciclo de *Diálogos Constitucionales* realizado hace un año en el CEP, pero ahora como *Propuestas Constitucionales*, y que dice relación con *iter* del poder constituyente enderezado a alumbrar una nueva Constitución. La necesidad de una nueva Constitución para nuestro país de algún modo ha servido de acicate al debate y las publicaciones de la disciplina, tanto sobre los contenidos que debiese tener esta nueva Carta y –quizá sorprendentemente– más sobre el procedimiento que debiese utilizarse para redactar su texto. Al respecto, me ha tocado ofrecer últimamente varios aportes desde mi especialidad.

Desde que en el programa del actual Gobierno se formularon unas bases de una nueva Carta, se ha instalado esta propuesta denominada “reforma estructural” (de una agenda reformista) como un asunto de primera importancia en el debate público. Así, es sumamente valioso que se nos desafíe a través de este ciclo a explicar nuestra postura desde el lenguaje profesional y académico; tarea que antes hemos acometido a invitación de la Universidad Diego Portales desde un lenguaje más llano para la ciudadanía, dialogando con ella.

Creo que, tal como se ha señalado previamente por algunos académicos –pero también como se ha pretendido por actores políticos– nos encontramos viviendo un “nuevo ciclo” (Hidalgo 2011, pp. 30 y ss.) en la historia política chilena. Pienso, además, que tal idea no es propia solamente de quienes nos identificamos con la izquierda y la centroizquierda; así, por ejemplo, las ideas que expondré a continuación fueron objeto de un sustancioso debate en el seno de la

* El presente texto es una versión revisada y actualizada de la contribución realizada al libro (Fuentes y Joignant 2015).

Agrupación de Constitucionalistas Socialistas (ACS); pero también fueron luego expuestas en el anterior ciclo de “Diálogos Constitucionales” organizado por el CEP, en el que participaron juristas constitucionalistas provenientes de diversas sensibilidades políticas y distintas universidades (véase Sierra 2015). Si bien en tal instancia no todos los participantes compartieron la necesidad de redactar una nueva Constitución, pienso que sí todos participamos siendo conscientes de que la idea se insertó con fuerza en el discurso público y hay que hacerse cargo de ella.

Como bien se sabe, la actual Presidenta de la República, siendo aún candidata, abogó por la necesidad de una nueva Constitución; así quedó plasmado tal proyecto en su programa de gobierno¹. De la lectura de tal documento y de lo señalado públicamente, es conocido que la voluntad política del Gobierno actual es abrir o promover un proceso constituyente que dé origen a una nueva Constitución para Chile. Tal nueva Carta sería originada, discutida, aprobada y promulgada en democracia.

Como he señalado, mucho se ha dicho en el debate público sobre el procedimiento que debería seguir el Poder Ejecutivo y la Nueva Mayoría en cuanto “plataforma” electoral gobernante para cumplir tal objetivo: unos han defendido la necesidad o conveniencia de ajustarse estrictamente al procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional vigente, mientras en el otro extremo otros han llamado a invocar el poder constituyente originario para que sea el pueblo quien directamente se otorgue una nueva Carta, sin consideración a las normas procedimentales y de competencia impuestas por la Constitución de 1980. En el intermedio, diversas opiniones han señalado otras opciones, como la de un plebiscito que sirva para abrir formalmente el proceso constituyente, definiendo mediante la consulta al pueblo la necesidad de una nueva Constitución y/o de una asamblea constituyente².

Este debate acerca del procedimiento de redacción de la nueva Constitución no escapa a los reduccionismos, maximalismos, afirmaciones realizadas desde un estilo hierático o posturas coriáceas. Al respecto, no dejan de llamar la atención las posiciones polares y erradas frente a la asamblea constituyente y el “plebiscito”. Se trata de posturas polares pues, mientras unos demonizan tales opciones, otros las fetichizan.

¹ “Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018”, s.e., 2013.

² Consultar (Atria 2014, pp. 39-47). También de Atria el trabajo inédito “Nueva Constitución y Poder Constituyente: ¿Qué es “institucional”?”. Además, (Zúñiga 2014b).

Frente a tal polaridad, pienso que hay que tener claro que la asamblea constituyente es un mecanismo o procedimiento más de la panoplia de mecanismos para ejercer el poder constituyente, sea el derivado o el originario. Hay que recordar que ni la asamblea constituyente ni el congreso constituyente ni el referéndum constituyente son sinónimos, de por sí, del poder constituyente originario. En la relación forma-fondo, y la supuesta primariedad (determinación de la primera sobre la segunda), sólo nos cabe insistir que un mecanismo (v. gr. asamblea constituyente) no determina la naturaleza del poder constituyente (originario o derivado), ni la profundidad o grado del momento constitucional. Al contrario de lo que se ha afirmado o recitado a coro, la asamblea constituyente opera como un órgano de representación, deliberación y decisión políticas, en la que sus integrantes en su mayoría –de seguro– formarían parte de la élite política, militando en partidos políticos que actuarían como mediadores (agregación, articulación y estructuración); en definitiva, no resultaría ajena a una lógica “parlamentaria”, sólo que con una función constituyente temporal que se agotaría con el alumbramiento de la nueva Constitución.

2. La cuestión de la legitimidad de la vieja y la nueva Constitución

Antes de entrar a exponer las posiciones que se han hecho públicas de parte del Gobierno y de la coalición que las soporta, parece central definir los términos de la debatida cuestión de la legitimidad de la actual Constitución y de la nueva Carta que sea el fruto de la convocatoria de la Presidenta Bachelet. Al respecto, hay que ser enfáticos en que el subyacente pacto político institucional a una nueva Constitución, que le confiere un plus de legitimidad, debe asentarse en la superación de la lógica del “falso consenso”, tan propia del antiguo ciclo reformista, para enfrentarse a una “hoja en blanco” a fin de pensar, deliberar, escribir una nueva Constitución desde un auténtico consenso y también desde el disenso; y al mismo tiempo debe conscientemente esquivar la “trampa del consenso” (Th. Darnstädt) impuesta desde reglas procedimentales (quórum reforzados ordinario y extraordinario) de reforma constitucional que habilitan el veto o bloqueo de una minoría calificada (Darnstädt 2005, pp. 237-240).

En este orden de ideas, se hace necesario superar la concepción defensiva o numantina de la Constitución vigente como soporte institucional de la paz y prosperidad del país en las últimas décadas, y como “seguro” (Ginsburg) de un

cierto sector de la sociedad política frente a otro. También se hace necesario superar una idea anticuada de consenso revestida de actitudes melifluas, condescendientes, bajo la apariencia de “realismo” estratégico frente a la “sombra de la dictadura” proyectada en la permanencia de Pinochet en la escena política como comandante en jefe del Ejército, o capturada ideológicamente por el “fin de la historia” (el capitalismo financiero global y su ideología) pregonada con fuerza a partir de 1989 que conlleva un cierto “gatopardismo” en la práctica política y sus resultados (Ginsburg 2014, pp. 1-36).

En definitiva, el actual debate constituyente y su momento se sitúan, como señalé, en un nuevo ciclo, que requiere renovar la política en su calidad, usos y ritos, superando el frenesí transaccional y “gatopardista” del ciclo anterior y, en gran medida, una renovación, parcial al menos, de las élites políticas.

Debo aclarar, sin embargo, que el juicio crítico a la “política de los acuerdos”, a la “democracia de los acuerdos” o al “frenesí transaccional” no se extiende a los acuerdos o consensos, dado que la construcción de consensos e identificación de disensos es propia de la política democrática, acoplada a los momentos de conflicto e integración (Duverger 1997), y necesaria como factor atemperador de todo el proceso político. La crítica es al tipo de acuerdos, cuyo parto es resultado de la “trampa del consenso” y del “falso consenso”, tipos de acuerdos que imprimen su sello a las numerosas reformas constitucionales introducidas a la Constitución de 1980 y que terminan reduciendo a un mínimo la “legitimidad de ejercicio” del estatuto del poder por obra de reformas constitucionales que se inician en 1989.

3. La voluntad constituyente impulsada por el Gobierno

3.1. Las definiciones conocidas antes del “itinerario constitucional”

Si bien existió hasta hace poco una “justificada” impaciencia ante la falta de definiciones del Gobierno sobre los plazos y procedimientos de la operación constituyente anunciada durante la campaña electoral, hay que ser razonables: para afrontar el debate sí se contó con algunas definiciones que, aunque elementales, resultaron y aún resultan útiles. En efecto, el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet señaló explícitamente que el procedimiento constituyente debe ser institucional, democrático y participativo:

La Nueva Constitución Política deberá elaborarse en un proceso: i) democrático; ii) institucional; y iii) participativo.

Proceso democrático: La Nueva Constitución debe generarse en un contexto en que se escuchen todos los puntos de vista, se hagan presentes todos los intereses legítimos y se respeten los derechos de todos los sectores.

Proceso institucional: El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios.

Proceso participativo: La ciudadanía debe participar activamente en la discusión y aprobación de la Nueva Constitución. Para tal efecto, el proceso constituyente supone, de entrada, aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición³.

Si bien tales definiciones elementales no permiten *ex ante* definir el procedimiento o forma, sí nos dan un marco básico. En atención a ellas me referiré a continuación a algunas fórmulas hipotéticas que servirían para abrir el proceso constituyente y que cumplirían con los lineamientos o caracteres descritos.

3.2. El recurso al Congreso Nacional

Durante el primer semestre de este año vio la luz, mediante la promulgación de la ley N° 20.840, una importante reforma política impulsada por el Gobierno y con la cual se cumplió una vieja demanda política de los sectores democráticos chilenos: se modificó la legislación electoral relativa a la generación de las Cámaras del Congreso, sustituyendo la anterior fórmula empírica binominal ideada por la dictadura por una fórmula proporcional corregida (D'Hondt). Tal reforma permite que en adelante se superen los “empates” forzados por el binominalismo y se refuerce el pluralismo político organizacional, y disminuyan las barreras a la competencia electoral efectiva (Zúñiga 2015).

³ “Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018,” op. cit., p. 35.

Ello lleva a la posibilidad de pensar el proceso de cambio constitucional integrando a él la elección general de 2017, con un Congreso Nacional probablemente reforzado en su legitimidad democrática, pues se encontrará por fin liberado de enclaves autoritario-institucionales heredados de la legislación electoral y de la Constitución del régimen autoritario. En otras palabras, a partir de las elecciones generales de 2017 el Congreso Nacional tendrá una legitimidad democrática distinta, expresándose entonces el pluralismo político organizacional con mayor nitidez (Zúñiga 2013).

Con todo, no puede dejar de reconocerse que el futuro inmediato de la agenda de reformas políticas, en actual o inminente trámite en el Congreso Nacional, aparece dominada por la necesidad de renovar el estatuto de la relación existente entre política y dinero. A raíz de casos que se encuentran en etapa de investigación criminal y administrativa, se ha instalado la percepción de una financiación ilegal de partidos y campañas electorales, que evidentemente mina la legitimidad de las instituciones y el prestigio de las élites.

Lógicamente la agenda de reformas políticas debe hacerse cargo de esta situación, como en parte ya comenzó a hacerlo el Gobierno mediante la convocatoria al Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, conocido como Comisión Engel⁴, y los proyectos de ley ya en trámite o cuya presentación se ha anunciado. Sin embargo, la preocupación por esta demanda ciudadana emergente tiene dos efectos inmediatos: ralentiza el proceso constituyente, al cambiar las prioridades, y da un nuevo aire al discurso de la asamblea constituyente, que deviene en opiácea, una suerte de maná salvífico, lugar o estadio de redención colectiva (o regeneración al menos) o solución inmediata de los serios problemas que presenta la organización republicana y su piso ético-político mínimo.

Engarzado con lo anterior, para superar el estado actual de crisis política, que afecta la legitimidad de las instituciones, se ha llegado a proponer una salida hacia adelante refundando las “relaciones entre economía y política” como sustrato del cambio de las “reglas del juego” (Garretón 2015).

⁴ El informe final de tal Consejo Asesor se encuentra disponible en <http://consejoanticorrupcion.cl/lanzamiento-final/>.

3.3. El recurso al “plebiscito” constitucional

En tal contexto, se observa en las posiciones de defensa de una asamblea constituyente, un retroceso relativo. Para desatar el proceso constituyente se plantea, por constitucionalistas progresistas y por algunos parlamentarios progresistas, la opción de convocar un “plebiscito constituyente” en que la ciudadanía sea consultada acerca de la necesidad de la asamblea constituyente como mecanismo partero de una nueva Constitución.

Por una parte, durante el primer semestre de este año una treintena de diputados que formaron la “Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente” –formada, en los hechos, por parlamentarios de los partidos Socialista, Comunista, Radical, Por la Democracia, Liberal y dos independientes– presentaron un proyecto de reforma constitucional que permite la convocatoria a un plebiscito en que sea el pueblo el que decida si se convoca o no a una asamblea constituyente (Boletín N° 10014-07, proyecto ingresado el 21 de abril de 2015)⁵. Si bien esa es la motivación expresada en el texto de su moción, lo cierto es que la reforma planteada es más general, pues no se circunscribe solamente al proceso constituyente, sino que, de aprobarse, importaría la atribución permanente del Presidente de la República de convocar plebiscitos a su voluntad. En efecto, eso se extrae del breve contenido del proyecto, que es del siguiente tenor:

Artículo único. Introdúzcanse las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

1. Modifícase el inciso final del Art. 15, insertando la frase “y las leyes” antes de su punto final.
2. Reemplázase el Art. 32 N° 4 por el siguiente: Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas Cámaras del Congreso Nacional.

⁵ El proyecto Boletín N° 10014-07 en cuestión se inició por moción de los diputados y diputadas Karol Cariola, Maya Fernández, Iván Fuentes, Cristina Girardi, Marcela Hernando, Giorgio Jackson, Yasna Provoste, Gaspar Rivas, Leonardo Soto y Camila Vallejo.

Como se ve, el proyecto busca introducir dos modificaciones a la Carta vigente: (a) en primer lugar, modificar el Art. 15, que actualmente prevé que podrá convocarse a votaciones populares y plebiscitos sólo en los casos previstos expresamente en la Constitución, agregando la posibilidad de que también pueda convocarse en casos previstos en “las leyes”; y (b) reemplazar el actual Art. 32 N° 4, que faculta al Presidente de la República para “Convocar a plebiscito en los casos del artículo 128” (es decir, para el caso en que una reforma constitucional aprobada por ambas Cámaras fuese vetada por el Ejecutivo) por el siguiente: “Convocar a plebiscito en los casos en que corresponda conforme a la Constitución y a las leyes. El Presidente podrá convocar en todo caso a plebiscito si cuenta para ello con el acuerdo de ambas Cámaras del Congreso Nacional”.

El proyecto en cuestión se encuentra sin mayor avance en su tramitación en la Cámara de Diputados, salvo en cuanto a la decisión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de refundirlo con el Boletín N° 7769-07, ingresado mediante moción de fecha 7 de julio de 2011, de “reforma constitucional para establecer el plebiscito en temas de interés nacional”. Este proyecto anterior tiene una finalidad distinta, más amplia aún en el alcance de los plebiscitos como instancias de consulta popular, al menos en su motivación⁶.

⁶ El proyecto de reforma constitucional Boletín N° 7769-07 tiene su origen en la moción de un grupo curiosamente más “transversal”, formado por los diputados y diputadas Sergio Aguiló, Cristina Girardi, Felipe Harboe, Tucapel Jiménez, Roberto León, Karla Rubilar, Marcelo Schilling, Alejandra Sepúlveda, Guillermo Teillier y Pablo Velásquez. Su texto es el siguiente:

Art. 1°.- Para agregar en siguiente Capítulo XVI nuevo en la Constitución Política de la República.

Capítulo XVI - Del Plebiscito

Art. 13.- Se podrá consultar a la ciudadanía, a través del plebiscito, por diversos temas de interés público, el que será convocado por el Presidente de la República, por las dos quintas partes de alguna de las ramas del Congreso Nacional, o por la solicitud al Servicio Electoral de un número no inferior de quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos.

El quórum de aprobación del plebiscito será la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. Una ley orgánica constitucional regulará el procedimiento y sus efectos vinculantes.

Se entenderá que existe interés nacional, especialmente, en los casos de amenaza, perturbación o privación de los derechos garantizados en los numerales 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 18, 19, 23 y 24 del Art. 19 de esta Constitución.

Art. 2°.- Para agregar en el Capítulo XV de la Constitución Política de la República el siguiente Art. 129 bis.

En cualquier caso, el proyecto de reforma constitucional de la “Bancada Transversal” tiene su origen en las ideas expuestas públicamente en un trabajo del jurista Fernando Atria que, entre varias ideas planteadas sobre el tema, ha ideado un plebiscito constituyente que se encontraría, según el autor, blindado frente a los controles de regularidad constitucional al ser convocado por el Presidente de la República con acuerdo de ambas Cámaras del Congreso Nacional (Atria 2014, pp. 40-47). En concreto, el profesor Atria postula modificar el N° 4 del Art. 32 de la Constitución, estableciendo la atribución presidencial para convocar al “plebiscito en el caso de reforma constitucional”. Ello se realizaría de esta forma por cuanto la reforma del capítulo IV de la Carta (del cual forma parte el señalado Art. 32) requiere sólo un quórum reforzado ordinario de tres quintas partes de diputados y senadores, frente a las dos terceras partes que requiere la reforma del capítulo XV, que trata de la “Reforma de la Constitución”.

Por mi parte, debo señalar que observo en la propuesta de un “plebiscito constitucional” –en cualquiera de las formas propuestas– algunos flancos críticos, y un cierto tufillo a “resquicio constitucional”. En primer lugar, la idea está imbuida de un vértigo propio de una “democracia plebiscitaria”. Tal como señalé en el informe que evacué a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados a solicitud de su Presidente:

Los proyectos de reforma constitucional que buscan ampliar la participación directa de la ciudadanía mediante la figura del erróneamente llamado plebiscito resultan, sin duda, valiosos en su intención. Sin embargo, tanto desde los conceptos del derecho público moderno –al utilizar de mala manera el concepto de plebiscito en lugar del de referéndum– como desde su técnica resultan proyectos peligrosos, pues desde la forma en que se redactaron

Art. 129 bis.- Sin perjuicio de lo anterior, también procederá el plebiscito respecto de materias propias de una reforma constitucional siempre que el proyecto hubiese sido rechazado con al menos el voto favorable de la mayoría de los miembros en ejercicio de alguna las Cámaras.

El plebiscito a que se refiere el inciso precedente podrá ser convocado por el Presidente de la República, por las dos quintas partes de alguna de las ramas del Congreso Nacional, o por la solicitud al Servicio Electoral de un número no inferior de quinientas mil firmas acreditadas de ciudadanos.

El quórum de aprobación del plebiscito será la mayoría absoluta de los votos válidamente emitidos. En caso de alcanzar el quórum precedente se entenderá aprobada la reforma constitucional.

pueden abrir la puerta a que en nuestro país se produzcan síntomas de una “democracia plebiscitaria”⁷.

En efecto, del tenor de los proyectos refundidos se ve que el mecanismo plebiscitario quedaría abierto no sólo a un proceso constituyente, sino eventualmente para gobernar cotidianamente bajo esta pulsión. De la democracia plebiscitaria (Rouquié 2011) es fácil pasar en ocasiones a cesarismos o autoritarismos ajenos al *mixtum* representativo-participativo del modelo democrático pluralista en el que se inspira el discurso de nueva Constitución. Ejemplos históricos de este peligro no escasean:

Esto se remonta al siglo XIX, por su uso por Luis Napoleón Bonaparte en la II República Francesa y que le permitió, siendo Presidente, restaurar el Imperio en 1851; por su parte, los regímenes de Hitler en Alemania, Mussolini en Italia, Dollfuss en Austria, Franco en España y Salazar en Portugal son ejemplos elocuentes de la utilización legitimista-carismática

⁷ Zúñiga U., Francisco, “Minuta: Proyectos de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín N° 10055-07, y para establecer el plebiscito en temas de interés nacional, Boletines N° 7769-07 y N° 10014-07”, p. 9. Puede ser útil recordar la distinción para el derecho público de los conceptos de referéndum y plebiscito. En los términos usados en el mismo documento citado (p. 10):

En razón de la materia objeto de la técnica de participación popular, se distingue entre referéndum constitucional, referéndum legal y referéndum financiero; en razón de su fundamento jurídico se distingue entre referéndum facultativo (cuando su iniciativa depende de una autoridad competente para ello, sean poderes públicos o una fracción del electorado que corresponda) y referéndum obligatorio (cuando es impuesto por la Constitución como requisito necesario para la validez de ciertos actos estatales); y en relación con su operatoria o eficacia jurídica puede ser referéndum consultivo (cuando el resultado de la consulta no tiene carácter vinculante para las autoridades concernidas) y referéndum de ratificación o sanción (cuando es preciso el empleo de esta técnica para la sanción de una reforma constitucional, ley o medida de la autoridad, sustituyendo el referéndum a la sanción).

Por su parte, el plebiscito es una voz latina (*plebiscitum*) que significa decreto del pueblo, es decir, un decreto emanado de los comicios de la plebe (*concilium plebis*), y que pasa a las Asambleas Medievales bajo la forma de decisiones de representantes “refiriendo” el asunto a sus mandantes y bajo reserva de aprobación (*at referendum*). En el derecho público moderno el plebiscito es la consulta directa y excepcional que se hace al pueblo acerca de una medida fundamental o cuestión vital del Estado, no afectando a la legislación (plebiscito nacional) o sobre su voluntad de independencia o anexión (plebiscito internacional”).

dirigida a la ratificación de las decisiones del caudillo (en sentido weberiano), del uso del plebiscito para afianzar el principio del caudillaje. En este contexto, se consolida la idea del plebiscito como un referéndum sin garantías de competitividad, legalidad y justiciabilidad, como ejemplarmente lo fue en nuestro país el plebiscito de 1980 ratificadorio de la decisión constituyente de la Junta de Gobierno que dio pie a una Constitución otorgada, autoritaria y neoliberal⁸.

Por otra parte, en relación específica al proceso constituyente, el “plebiscito constitucional” se verifica en el esquema de sufragio automático y voluntario, pudiendo una baja participación popular privar o cuestionar la legitimidad democrática del proceso constituyente.

Si bien la “Bancada Transversal de Diputados y Diputadas por una Asamblea Constituyente” ha rechazado expresamente la idea de transformar al país en una “democracia plebiscitaria” –señalando que el texto de su proyecto de reforma, de aprobarse, importaría que los nuevos plebiscitos podrían convocarse sólo en caso de estar de acuerdo en su realización el Presidente de la República y ambas Cámaras del Congreso Nacional– lo cierto es que su aprobación significaría abrir tal posibilidad, pues importaría debilitar el rol de contralor de los actos del poder ejecutivo del Congreso Nacional, permitiendo que la mayoría de las Cámaras se conviertan en cómplices de una política destinada a aplastar irregularmente a la minoría política.

Por su parte, hay que hacer una observación de racionalidad política: si el proceso constituyente coincide con un proceso político en que la acumulación de fuerzas permite reformar la Constitución para introducir el “plebiscito constitucional”, derechamente los impulsores de tal reforma en la Cámara baja del Congreso Nacional deberían convocar a la elección de una asamblea constituyente, abriendo el proceso al poder constituyente originario. El poder constituyente originario, como hemos sostenido en otros lugares, goza de una legalidad-legitimidad *in fieri*, y simplemente depende de un paralelogramo adecuado de fuerzas y de conflicto, no requiriendo de buscar una legitimidad inconsistente con la legalidad constitucional que fenece. Como ya he señalado previamente:

⁸ Zúñiga, “Minuta: Proyectos de reforma constitucional que otorga autonomía constitucional al Servicio Electoral, Boletín N° 10055-07, y para establecer el plebiscito en temas de interés nacional, Boletines N° 7769-07 y N° 10014-07”, p. 12.

[E]l ejercicio del poder constituyente originario a través de procedimientos democráticos tales como la asamblea constituyente, congreso constituyente y el referéndum constituyente, escapa a la “competencia de la competencia”, se somete a una “legalidad”, “legalidad constitucional” o juridicidad *in fieri*, contando incluso en ocasiones con eslabones en el orden constitucional que fenece o sus poderes constituidos, pero al estar fuera de las reglas de competencia de la Constitución, su ejercicio sólo se somete a los controles sociales y políticos imperantes, y no a los controles de juridicidad [...]. Luego, más allá del análisis del ordenamiento jurídico y su modo de producción normativa, del derecho anterior; la legalidad-constitucionalidad del ejercicio del poder constituyente originario (órganos e investidura, competencias, procedimientos y actos o decisiones estatales) se construye en el proceso mismo, y lo propio ocurre con sus controles (Zúñiga 2014, p. 123).

3.4. La nueva Constitución en el programa de gobierno de la Presidenta Bachelet

Como ya se anotó, el programa de gobierno ofrecido al electorado durante la última campaña electoral por la actual Presidenta de la República contiene varias ideas que, aunque se ha señalado su carácter elemental, determinan el contenido y las características del procedimiento que se seguirá en el proceso constituyente que se pretende impulsar. Así, se parte de la idea de que la actual Constitución, incluso con las múltiples modificaciones que ha sufrido, “está sustentada en una desconfianza a la soberanía popular; de allí las diversas limitaciones a la voluntad popular mediante los mecanismos institucionales de contrapesos fuertes a dicha voluntad, siendo el ejemplo más evidente el mecanismo de los quórums contramayoritarios para la aprobación y modificación de las leyes importantes”⁹. Por ello, continúa más adelante, “Chile debe reencontrarse con sus tradiciones republicanas y dar origen a la Nueva Constitución, en la que confluyan las tradiciones liberal, democrática y social, y que sea fruto de un auténtico consenso constitucional”¹⁰. Así, se ve que la idea central subyacente a la nueva Constitución es superar la vieja Constitución, estatuto del poder otorgado, autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, con nula legitimidad democrática de origen, al estar fundada en

⁹ “Chile de todos. Programa de Gobierno Michelle Bachelet 2014-2018”, p. 30.

¹⁰ Ídem.

un “fraude” plebiscitario (Fuentes 2013) y adicionalmente estar aquejada de una muy parcial e insatisfactoria legitimidad de ejercicio determinada por el “falso consenso” que atraviesa el ciclo reformador que se inicia en 1989.

El programa agrega que la nueva Constitución “deberá sustentarse en nuestras mejores tradiciones democráticas; en el desarrollo doctrinal y experiencias de las democracias modernas del mundo occidental; y en el conjunto de derechos, principios y normas plasmados en el derecho internacional de derechos humanos”¹¹. Por ello, el programa da a continuación especial importancia a las características y contenidos mínimos que debiese tener su catálogo de derechos fundamentales reconocidos, sujetos a los “principios y convenciones internacionales” y propendiendo a su “progresividad, expansividad y óptima realización posible”¹²; y luego, a los elementos que debiese tener el sistema político de un Chile que se constituya en un efectivo Estado Social y Democrático de Derecho.

En consonancia con la aspiración de contar con una Constitución cuyo contenido cumpla con todas esas características, y con la constatación de que el “reclamo por una nueva Carta Fundamental no es un prurito de especialistas ni la obsesión de élites sobre ideologizadas”, sino “un objetivo planteado desde larga data por sectores democráticos, y levantado actualmente por una gran cantidad de organizaciones políticas, sociales, juveniles, regionales, sindicales, de género y representativas de pueblos indígenas”¹³, es que el programa opta por un proceso constituyente que sea “democrático, institucional y participativo”¹⁴.

Si bien tales caracteres son muy brevemente desarrollados, sí aclaran cuestiones fundamentales: en cuanto democrático, en el proceso deben escucharse todos los puntos de vista, hacerse presentes todos los intereses legítimos y respetarse los derechos de todos los sectores; en cuanto participativo, debe buscarse que la ciudadanía participe activamente no sólo mediante la aprobación del texto, sino también en su discusión, lo cual supone “aprobar en el Parlamento aquellas reformas que permitan, precisamente, una deliberación que satisfaga esta condición”¹⁵, requisito que, como señalé más arriba, se cumplió mediante la reforma al sistema de generación de sus integrantes.

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 35.

¹⁵ Ídem.

De estas tres características, quizá la más polémica es aquella que opta por un proceso institucional. Para algunos, al parecer, ello implica la opción por parte de la Presidenta de la República de apegarse estrictamente a las normas que sobre reforma constitucional dispone el texto vigente de la Carta Magna. Sin embargo, si se atiende a lo señalado por el propio programa, se ve que la idea que se busca transmitir, si bien cercana, no es necesaria o exactamente esa¹⁶. Al respecto, recordemos, dice:

El logro de una Nueva Constitución exigirá de todas las autoridades instituidas una disposición a escuchar e interpretar la voluntad del pueblo. La Presidencia de la República y el Congreso Nacional deberán concordar criterios que permitan dar cauce constitucional y legal al proceso de cambio; y que permitan la expresión de la real voluntad popular en el sentido de los cambios¹⁷.

Así pues, como se ve, la intención del programa es generar una nueva Constitución que sea un acuerdo básico de convivencia democrático y legítimo de nuestra sociedad, en que todos sean escuchados: una Constitución democrática debe ser una suerte de gran contrato social que nos reúna a todos y, en tal sentido, se opta no por un proceso unilateral en que se busque aplastar adversarios,

¹⁶ Buscando interpretar lo señalado por el programa de gobierno de la Nueva Mayoría sobre el carácter institucional del proceso constituyente, Fernando Atria señala (en un texto inédito) que “la dimensión *institucional* de este procedimiento no puede implicar que esa nueva Constitución sea generada mediante el ejercicio de potestades ordinarias de reforma constitucional (las contenidas en el Art. 127 del texto constitucional), porque ello arrojaría como resultado (y esto después del 2005 no es sorpresivo) nada más que una reforma constitucional, tanto en términos jurídicos como en términos sustantivos [...]. El dilema [es] si mediante el ejercicio ordinario de las potestades de reforma constitucional, no hay solución al problema, porque ahí se aloja la neutralización; si es extra institucional, no hay solución al problema, porque es políticamente inviable [...]. Y la pregunta, naturalmente, es si hay algún procedimiento que no caiga en ninguna de estas dos descripciones. Es decir, que no sea ‘extra institucional’ (para que sea viable) pero tampoco sea ‘ejercicio de poderes regulares de reforma’ (para que pueda solucionar el problema) [...]. Yo creo que eso es lo que ocurre con el plebiscito constitucional [...]. Habiendo aclarado eso, ahora podemos decir: que una estrategia ‘extra institucional’ sea políticamente inviable hoy significa que la nueva Constitución *tendrá que tener un momento de validación institucional*, un momento en que el procedimiento de que se trate sea reconocido conforme a la institucionalidad vigente”. Atria, Fernando, “Nueva Constitución y poder constituyente: ¿qué es ‘institucional’?”, texto inédito en base a ponencias en seminario “Nueva Constitución: hacia un pacto nacido en democracia” (organizado por el Instituto Igualdad) y en el coloquio “Democracia y poder constituyente” (organizado por la Universidad Adolfo Ibáñez).

¹⁷ Ídem.

sino de abrir, entre Gobierno y Congreso Nacional, los canales para que toda la ciudadanía (y no sólo los partidos e intereses representados en el Parlamento) discuta y acuerde su Carta Fundamental. Por ello, no necesariamente se utilizará el mecanismo actualmente previsto en la Constitución; si éste es insuficiente para permitir tal discusión amplia y participativa, deberán reformarse o crearse los procedimientos que la hagan posible.

3.5. El “itinerario constitucional” fijado en octubre de 2015 por la Presidenta Bachelet

Ahora bien, las ideas plasmadas en el programa de gobierno relativas al procedimiento o “mecanismo” a utilizarse en la operación constituyente fueron recientemente aterrizadas –si bien no del todo concretadas– por la Presidenta de la República en su mensaje al país, transmitido en canal de radio y televisión, el 13 de octubre de 2015. Mediante ese mensaje marcó el hito inicial del proceso constituyente (aunque la Presidenta manifestó en la ocasión que “el proceso de elaboración de una nueva Constitución ya está en marcha. Partió del momento en que millones de chilenos y chilenas manifestaran en las urnas su voluntad de cambio”¹⁸), llenando con ello los evidentes vacíos que quedaban tras la sola lectura del programa de gobierno mediante una fórmula que introduce un mecanismo de participación y deliberación de la ciudadanía a través de lo que en una ocasión anterior la Presidenta denominó “diálogos, debates, consultas y cabildos”¹⁹. En concreto, fijó los siguientes pasos del proceso y las siguientes características elementales:

En primer lugar, iniciaremos en los próximos días una etapa de educación cívica y constitucional, para que todos tengamos la información necesaria para involucrarnos activamente. Este primer momento durará hasta marzo del próximo año.

¹⁸ “Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente”, 13 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.gob.cl/2015/10/13/discurso-de-la-presidenta-de-la-republica-al-anunciar-el-proceso-constituyente/>.

¹⁹ Presidenta Bachelet en cadena nacional: “No habrá desarrollo, democracia, paz social, si no reconstruimos la confianza en nuestra vida pública”, 28 de abril de 2015, disponible en <http://www.gob.cl/2015/04/28/presidenta-bachelet-en-cadena-nacional-no-habra-desarrollo-democracia-paz-social-si-no-reconstruimos-la-confianza-en-nuestra-vida-publica/>.

A partir de marzo del 2016, realizaremos un proceso ordenado de diálogos ciudadanos, donde todos puedan participar. Partiremos por las comunas, seguiremos por las provincias y regiones, para terminar con una síntesis a nivel nacional.

Y el resultado de estos diálogos serán las “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución”, que me serán entregadas en Octubre de 2016²⁰.

Respecto de esta primera etapa de discusión amplia de la cuestión constitucional, se establece como garantía general la formación de un Consejo. En palabras de la Presidenta:

Debemos estar seguros que este proceso participativo sea libre, transparente, sin distorsiones ni presiones de ningún tipo. Por eso nombraré en las próximas semanas un Consejo Ciudadano de Observadores que acompañe el proceso y dé garantías de transparencia y equidad.

Será un grupo de ciudadanos y ciudadanas de reconocido prestigio, que permita dar fe de la calidad del proceso²¹.

Terminada esta primera etapa comienza la tarea de construir desde las “Bases Ciudadanas” la nueva Constitución:

Luego transformaremos las Bases Ciudadanas en un proyecto de nueva Constitución, que recoja lo mejor de la tradición constitucional chilena y que esté acorde con las obligaciones jurídicas que Chile ha contraído con el mundo.

A inicios del segundo semestre del 2017, presentaremos ante el Congreso de la República este proyecto de una nueva Constitución²².

Ahora bien, autoimpuesto el plazo del segundo semestre de 2017 –y en la parte quizá más esperada del mensaje presidencial– la Jefa de Estado se hace cargo del problema de la “institucionalidad” del proceso, tomando nota y utilizando la mayor legitimidad de la que estará premunido el próximo Congreso Nacional, elegido en 2017:

²⁰ “Discurso de la Presidenta de la República al anunciar el proceso constituyente”.

²¹ Ídem.

²² Ídem.

Sin embargo, no basta con tener un proceso participativo y un proyecto para que la nueva Constitución sea realidad, pues la actual Constitución no contempla mecanismos para elaborar una nueva Carta Fundamental.

Por eso necesitamos darle un cauce institucional dentro de nuestra actual legislación, para que sea viable. Por eso, a fines de 2016 enviaremos al Congreso un proyecto de reforma de la actual Constitución para que, por dos tercios de sus miembros en ejercicio, establezca los procedimientos que hagan posible dictar una nueva Carta Fundamental.

En esta reforma, propondremos al actual Congreso que habilite al próximo para que sea él quien decida, de entre cuatro alternativas, el mecanismo de discusión del proyecto enviado por el Gobierno y las formas de aprobación de la nueva Constitución.

La primera alternativa es formar una Comisión Bicameral de senadores y diputados; la segunda, formar una Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; la tercera es la convocatoria a una Asamblea Constituyente. También propondremos una cuarta alternativa, en la que el Congreso pueda convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas.

La decisión del mecanismo recaerá en el nuevo Parlamento elegido en 2017, con el nuevo sistema electoral que aprobamos este año, con una nueva ley de partidos y una ley de financiamiento electoral. Es decir, dotado de mayor legitimidad, representatividad y transparencia.

Propondremos que esa decisión pueda tomarla el Congreso por una razonable mayoría de tres quintos.

Esta reforma constitucional es un paso necesario y de la mayor importancia. Ella abrirá, por fin, el camino que nos permita tener una Constitución verdaderamente de todos y para todos²³.

Ahora bien, la Presidenta reconoce que, no tratándose el ejercicio constituyente iniciado de una imposición –como lo fue la Carta vigente–, debe contarse con “aceptación transversal y amplia mayoría; y darse a través del diálogo franco con las fuerzas políticas representadas en el Parlamento”²⁴.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

La última etapa es la ratificación por parte de los ciudadanos del proyecto que emane del órgano encargado de la discusión del proyecto, determinado previamente por el Congreso Nacional: “Finalmente, este proyecto, una vez sancionado por dicha instancia, deberá ser sometido a un plebiscito vinculante, para su ratificación por parte de los ciudadanos”²⁵.

Como se puede apreciar, los caracteres esenciales del procedimiento constituyente fueron concretados por la Presidenta mediante este “itinerario” que fija etapas y plazos claros para el impulso del Ejecutivo y que despeja, por el momento, la duda sobre el “mecanismo” que se utilizará para discutir, redactar y someter a aprobación popular la nueva Constitución. En conciencia de que la entrada en vigencia de una nueva Carta Fundamental depende del apoyo y compromiso transversal y ampliamente mayoritario de la sociedad chilena, la Presidenta Bachelet confió en el próximo Congreso Nacional, cuyos miembros serán elegidos conforme al nuevo sistema electoral proporcional y que contará —o debiese al menos contar— con mayor legitimidad democrática, la discusión y resolución última de los elementos detallados del procedimiento.

4. La participación en el debate de las fuerzas políticas de la Nueva Mayoría

Hasta ahora hemos visto el estado de la cuestión constitucional hasta el momento. Avanzada ya, como hemos visto, la cuestión procedimental, pienso que es un ejercicio útil revisar las propuestas tanto procedimentales como de fondo que sobre la nueva Constitución han realizado, antes o después del anuncio de la Presidenta del pasado 13 de octubre, los partidos que forman el conglomerado que da sustento político al gobierno de la Presidenta Bachelet.

Al efecto, comenzaré revisando la propuesta procedimental del Partido por la Democracia (PPD), pues se refiere solamente a la cuestión procedimental; a continuación seguiré con las propuestas de las otras fuerzas que sí han hecho públicas a la ciudadanía sobre el contenido que, a su juicio, debiese tener la nueva Constitución.

²⁵ Ídem.

4.1. La propuesta procedimental del Partido por la Democracia

En un artículo publicado en el diario *La Tercera* el 14 de septiembre de 2015 y firmado por el constitucionalista Francisco Soto (Soto 2015), el PPD hizo pública la posición de su mesa sobre el procedimiento constituyente. En concreto, se manifiesta a favor de una fórmula concreta de asamblea constituyente, proponiendo el mecanismo institucional para su implementación: “Sobre el primer punto, el PPD propone una integración paritaria de la asamblea, estableciendo además cuotas de participación para los pueblos indígenas, jóvenes y adultos mayores” y reglas mínimas de funcionamiento relativas a “quórum de aprobación, plazos de discusión y para la aprobación de propuestas”, sin perjuicio de que “debería ser la propia asamblea la que se organice”.

En cuanto a lo segundo, “la iniciativa del PPD parte del supuesto de incorporar un nuevo capítulo a la Constitución de 1980, donde debería regular la asamblea constituyente. De esta forma se diferencia el procedimiento de reforma (actualmente establecido en el capítulo XV de la Constitución) del reemplazo constitucional (capítulo XVI)”. Respecto a los requisitos de tal reforma constitucional, Soto señala que:

Siguiendo este criterio de interpretación, para la aprobación del nuevo capítulo de reemplazo constitucional, la única reforma que se necesita es la modificación del Art. 32 N° 4, donde se señala que el Presidente de la República puede convocar a plebiscito en los casos del Art. 128, a lo que habría que agregar la nueva alternativa. El capítulo de Gobierno, donde se inserta el 32 N° 4, requiere para su modificación un quórum de 3/5. Por tanto, consideramos que el quórum requerido para la reforma del nuevo capítulo XVI supone 60% de los diputados y senadores en ejercicio (inciso 2°, Art. 127 (Soto 2015).

4.2. Las propuestas de la Democracia Cristiana

Por su parte, mediante un documento denominado “Lo que nos une. Ideas de la DC para una Nueva Constitución”²⁶, la Democracia Cristiana hizo públi-

²⁶ “Lo que nos une. Las ideas de la DC para una Nueva Constitución”, disponible en: <http://www.tuconstitucion.cl/file/Lo-que-nos-une-DC.pdf>.

cas sus ideas sobre el contenido que debería tener la nueva Carta Fundamental. Recuerda que, al menos en lo programático, la DC ha acordado hace tiempo la conveniencia de que el país se dote de un nuevo pacto constitucional, citando, al efecto, el acuerdo respectivo del V Congreso del PDC, de 2007, en que se manifestó:

El perfeccionamiento y la profundización de la democracia chilena requieren de mejores instituciones, mayor participación, descentralización del poder. Postulamos más y mejor democracia. En este contexto creemos necesario abordar un conjunto de cambios y reformas constitucionales que hacen indispensable una Nueva Constitución, todo esto en la idea de proceso. El procedimiento dependerá del proceso y la DC asume como tarea urgente y central, de socialización, sumatoria, articulación y logros²⁷.

A ello el documento ahora agrega que una “Constitución Política debe unir. La Constitución debe ser una Casa Común en la que podamos reunirnos todos aquellos que, siendo diferentes y pensando distinto sobre tantas cosas, compartimos, sin embargo, un mismo amor por nuestra Patria”²⁸, finalidad que la Constitución vigente “pese al conjunto numerosísimo de reformas de que ha sido objeto en los últimos 26 años, no ha logrado, sin embargo, llegar a constituirse en un instrumento que cumpla suficientemente con la descrita función unificadora”²⁹.

Respecto al proceso constituyente en sí, señala que:

Entendemos que la tesis de la necesidad del cambio constitucional despierta interrogantes y provoca inquietud en algunos. La existencia de tales aprehensiones no puede, sin embargo, transformarse en un pretexto para mantener intacto un *statu quo* que no ayuda a prestigiar el sistema político y sus instituciones [...]. Tenemos claro, en todo caso, que, precisamente porque los cambios políticos generan incertidumbre, quienes impulsamos tales reformas tenemos que hacerlo con máxima seriedad, gradualidad, cuando convenga y respeto por los derechos de las minorías, siempre³⁰.

²⁷ “Lo que nos une. Las ideas de la DC para una Nueva Constitución”, pp. 1-2.

²⁸ *Ibid.*, p. 1.

²⁹ *Ídem.*

³⁰ *Ibid.*, p. 2.

Ya sobre el fondo, en general, y en el entendido de que la nueva Constitución debe ser un pacto político amplio, la DC se opone “por lo mismo, a las Constituciones sectarias, esto es, a aquellas que toman partido por la agenda concreta de alguno de los bandos de la política contingente [...]. Por la razón anotada, no estaríamos de acuerdo en reemplazar una Constitución a la que se acusa, con bastante fundamento, de estar teñida con los colores del neoliberalismo conservador por una nueva Constitución que estuviera abanderizada, en cambio, con el programa específico del socialcristianismo o la socialdemocracia”³¹. No obstante,

Tampoco nos convence, sin embargo, en el otro extremo, la idea según la cual la Constitución deba ser completamente “neutra”. Varias son las razones. En más de algún sentido, las pretendidas neutralidades son tanto o más ideológicas que los compromisos explícitos. En nuestra visión, la posibilidad del pleno desarrollo de las personas, de todas las personas, exige de la Carta Fundamental no sólo el establecimiento de ciertas reglas procedimentales mínimas; sino que, además, el reconocimiento y garantía de algunas definiciones sustantivas esenciales³².

Complementando, señala el documento que:

Los Demócrata Cristianos pensamos que el pacto constitucional debe considerar, en simultáneo, las siguientes cuatro finalidades: organizar y limitar el poder estatal, garantizar efectivamente los derechos de las personas y las comunidades, asegurar instituciones políticas representativas, responsivas y responsables, y, por ende, más legitimadas, y abrir cauces eficaces a la participación política del Pueblo. La Nueva Constitución debe equilibrar armónicamente los cuatro propósitos descritos³³.

Resumiendo su postura, el documento señala que:

Si tuviéramos que resumir en una frase la esencia de nuestra propuesta constitucional, diríamos que ella busca que el Pueblo chileno se dote de un

³¹ *Ibíd.*, p. 3.

³² *Ibíd.*, pp. 3-4.

³³ *Ibíd.*, p. 4.

sistema institucional eficaz que, respecto de todas y todos los habitantes de nuestra Tierra, garantice y promueva de mejor manera las siguientes tres dimensiones: Dignidad, Democracia y Derecho³⁴.

Respecto al primer punto, la dignidad, señalan que

No creemos que sea necesario, ni conveniente, en todo caso, que la proclamación constitucional del valor de la Dignidad Humana vaya acompañada de mayores desarrollos o explicaciones doctrinarias. Ella debe estar redactada en términos tales que pueda ser suscrita lealmente por personas que adhieren, legítimamente, a distintos filosofías o visiones³⁵.

Sobre el punto, destacan que la nueva Constitución debe valorar positivamente la existencia en el país de “distintas realidades éticas”, por lo que “junto con afirmar la unidad indisoluble de la Nación chilena, debe efectuar un reconocimiento explícito de su carácter pluricultural, destacando especialmente la existencia, y aporte esencial a la chilenidad, de los pueblos Aimara, Quechua, Atacameño, Diaguita, Kolla, Rapa Nui, Mapuche, Yagán y Kawésqar”³⁶.

Respecto a derechos, la “Nueva Constitución los reconocerá y, sin distinción, les brindará garantía eficaz a todos ellos”³⁷, pese a lo cual, “no somos partidarios, en todo caso, de una Constitución con hiperinflación de derechos [...] porque, tomándonos muy en serio los derechos, no pensamos que todo y cualquier interés de grupo deba alcanzar dicho estatus”, pues de esa forma “se reduce ilegítimamente la esfera de asuntos que, por pertenecer a lo público del Pueblo, deben ser dejados a la deliberación democrática”³⁸.

Ahora bien, la “Nueva Constitución debe formular una adhesión explícita y enfática al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³⁹. Sobre el punto, señalan que “La Nueva Constitución debe proclamar solemnemente que ella sume como absolutamente vinculantes para todos los órganos del Estado las

³⁴ *Ibíd.*, p. 11.

³⁵ *Ibíd.*, p. 12.

³⁶ *Ídem.*

³⁷ *Ídem.*

³⁸ *Ibíd.*, pp. 12-13.

³⁹ *Ibíd.*, p. 13.

normas internacionales que comprometen a Chile, lo cual no sólo incluye a los tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes, sino que, también, al derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional”⁴⁰.

A continuación, la DC ofrece un desarrollo particular de los siguientes derechos:

- 4.2.1. Derecho a la vida de todas las personas, incluyendo el mandato a la ley para que proteja la vida del que está por nacer. Implica la abolición definitiva de la pena de muerte y la proscripción de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, la condena a los crímenes de lesa humanidad, genocidio y de guerra y a la práctica de la tortura, afirmando el carácter imprescriptible e inamnistiable de dichos crímenes, “declarando que su persecución y castigo es un asunto que interesa y concierne a la comunidad internacional en su conjunto”⁴¹.
- 4.2.2. Igualdad, no sólo como “la proscripción de todo tipo de diferencias arbitrarias”⁴², “sino que también como un mandato para que el Estado emprenda planes y políticas para erradicar las situaciones que permiten o facilitan la discriminación”⁴³. En particular, “la Nueva Constitución debe autorizar expresamente la adopción de políticas de acción afirmativa que promuevan eficazmente la igualdad de género”⁴⁴.
- 4.2.3. Libertad de expresión.
- 4.2.4. Derechos a la honra y a la vida privada.
- 4.2.5. Libertad religiosa, debiendo “valorarse que las distintas confesiones religiosas contribuyen al Bien Común, garantizándose siempre su libertad para realizar actos de difusión y culto. El Estado debe asumir su carácter laico, siendo vedado privilegiar la acción de una determinada confesión por sobre otra”⁴⁵.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 14.

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 15.

⁴⁵ Ídem.

- 4.2.6. Derecho de propiedad, con una “intrínseca función social”⁴⁶ que lo concilie con “los intereses generales de la Nación, la seguridad del país, la utilidad y salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”⁴⁷.
- 4.2.7. Legalidad y justicia del tributo y libertad para desarrollar actividades económicas. Con todo: “No nos parece conveniente, sin embargo, que sea la misma Constitución, en el capítulo de los Derechos Fundamentales, la que establezca las bases de un Orden Público Económico que concibe al Estado empresario, o a la regulación económica, como un peligro para las libertades”⁴⁸.
- 4.2.8. La definición del Estado chileno como uno Social y Democrático de Derecho, sin prejuizar ni determinar cuáles han de ser las prestaciones específicas a que tendrían derecho las personas ni confiera a los tribunales algún poder para configurarlas autónomamente.
- 4.2.9. Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Respecto a esta última, “la Nueva Constitución debe reconocer la libertad de enseñanza como un derecho de autonomía moral, y no económico, que abarca: a) la potestad de los padres, velando por el interés superior de los niños, de elegir el tipo de educación que tendrán sus hijos; b) la existencia de una pluralidad de proyectos educativos que, salvando los contenidos mínimos comunes que pueden exigirse en nombre del Bien Común, provean de opciones reales y de calidad a la ya consignada facultad de elegir de las familias; y c) la libertad de cátedra de todas y todos quienes ejercen la docencia”⁴⁹.
- 4.2.10. Derecho a la salud.
- 4.2.11. Derecho a la protección del trabajo, debiendo el Estado hacer “todo lo que esté a su alcance para que exista trabajo suficiente, con remuneraciones justas, con protección frente al despido injusto, con derecho al descanso y, en términos generales, en condiciones dignas”⁵⁰.
- 4.2.12. Derecho de los trabajadores a organizarse, incluyendo la libertad sindical (“tanto en cuanto libertad para afiliarse o no, y para elegir sindicato, como

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 16.

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 16-17.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 19.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 20.

en cuanto a libertad para que los trabajadores puedan conformar, sin trabas, sindicatos fuertes y que éstos puedan llevar adelante, sin entorpecimiento, sus tareas propias”⁵¹), valorándose explícitamente la negociación colectiva y el derecho a huelga. Con todo, la nueva Constitución “autorizará la colegiatura obligatoria para velar por la ética profesional”⁵².

4.2.13. Derecho universal a la seguridad social, que “sin perjuicio de la libertad del legislador para configurar en concreto el sistema previsional, comprometerá al Estado a garantizar a todas las personas, a través de la solidaridad, el acceso a pensiones mínimas de vejez e invalidez suficientes para una subsistencia digna, hayan hecho o no contribuciones o ahorros. Corresponderá a la ley establecer cobertura para las contingencias de maternidad, enfermedad y cesantía”⁵³.

4.2.14. Derecho fundamental de todas las personas a vivir en un medio ambiente adecuado y el derecho fundamental a la protección de la naturaleza.

4.2.15. Especial referencia al deber del Estado de velar por los derechos fundamentales de los inmigrantes, sin obstar a que se puedan definir requisitos para el ingreso y la residencia de extranjeros.

Cierra el documento su tratamiento sobre los derechos fundamentales, abordando su garantía jurisdiccional en los siguientes términos:

Pensamos que la Nueva Constitución debe establecer que el Recurso o Acción Constitucional de Protección es instrumento idóneo para reclamar, de urgencia y en modo de tutela, contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios que afecten a cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental, sin distinción ni doble estándar. Esto no significa, en modo alguno, que las personas puedan concurrir a las Cortes de Apelaciones para exigir, en forma abstracta, una declaración sobre cuáles son las prestaciones justas que les concedería directamente la Constitución⁵⁴.

Continúa señalando que la nueva Carta debe “articular armoniosamente una Democracia Representativa, con órganos de representación robustos, equi-

⁵¹ *Ibíd.*, pp. 20-21.

⁵² *Ibíd.*, p. 21.

⁵³ *Ídem.*

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 22.

librados, responsables, transparentes y eficaces, y la existencia, en simultáneo, de mecanismos que permitan participación directa de la ciudadanía”⁵⁵. Al respecto:

La Nueva Constitución debe asegurar a todos los ciudadanos el libre e igualitario ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano. Esto significa, entre otras cosas, garantizar el derecho de elegir y el derecho a ser elegido, el derecho a una amplia publicidad y transparencia de los actos públicos, el derecho a reunirse pacíficamente y el derecho a participar en la elaboración de proyectos normativos y políticas públicas, en la forma que la ley determine⁵⁶.

Sobre lo mismo, la propuesta incluye que la Constitución establezca la obligatoriedad del voto: “El tener que concurrir periódicamente a formar la voluntad política del Pueblo es una carga razonable que no violenta la libertad”⁵⁷. Por su parte, la nueva Constitución, señala el documento, debe valorar a los partidos políticos, aunque su función “no puede, ni debe, ser equiparada o sustituida por la acción de los gremios, asociaciones, organizaciones no gubernamentales o movimientos sociales”⁵⁸.

En lo relativo al régimen de gobierno, la DC aboga por superar la excesiva concentración de poder en el Poder Ejecutivo, dando para ello dos alternativas. La primera, señalan, es:

La forma más directa de corregir el hiperpresidencialismo consiste en realizar derechamente un cambio en el sistema de gobierno, instaurando en Chile un régimen semipresidencial que asigne a personas distintas las funciones de Jefe de Estado (un Presidente elegido en forma directa, por un período fijo, con atribuciones ligadas a la política exterior, la defensa nacional y el respeto del orden institucional y que no requiere de la confianza del Congreso para ejercer su cargo) y Jefe de Gobierno (un Primer Ministro que desempeña las funciones propiamente gubernativas mientras cuente con la confianza de la Cámara política)⁵⁹.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ *Ibid.* p. 24.

La otra “consiste en el fortalecimiento significativo de la capacidad institucional del Congreso Nacional, dando paso, entonces, a un presidencialismo más equilibrado”⁶⁰.

Relacionado con lo anterior, argumentan que deben superarse los quórum supramayoritarios, pero manteniendo ciertas garantías a las minorías:

Sabemos que la democracia es gobierno de las mayorías con respeto a las minorías. Esa es la razón por la cual defendemos un conjunto de arreglos institucionales que tienen la finalidad precisa de salvaguardar los derechos de las minorías. Ese puede ser argumento, además, para que las definiciones principales de la Nueva Constitución en materia de derechos fundamentales estén guarnecidas por un quórum alto de reforma (p. e. 3/5). Nada de lo anterior justifica, sin embargo, que para todas las cuestiones medianamente significativas se necesite, no la mayoría simple como debiera ser, sino la mayoría absoluta o los 4/7 de los diputados y senadores en ejercicio⁶¹.

Complementando la idea:

No descartamos, en todo caso, que pudieren haber dos o tres materias sub constitucionales en que pudiere justificarse un quórum legal de mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio para su aprobación y reforma. Este podría ser el caso, por ejemplo, de las leyes que establecen el sistema electoral o que fijan el estatuto del Tribunal Constitucional⁶².

Ahora bien, respecto a las formas de participación directa de la ciudadanía, señalan que: “No vemos incompatibilidad entre un sistema representativo con instituciones sólidas y mecanismos de participación directa del Pueblo”⁶³.
Con todo:

88.- Cuando postulamos mecanismos de democracia directa no estamos pensando, entonces, en la fórmula plebiscitaria que faculta a los Presidentes de la República para proponer, cuando les parezca, distintas preguntas de

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 24-25.

⁶² *Ídem.*

⁶³ *Ibid.*, p. 26.

política. Lejos de contribuir a profundizar la democracia, ese tipo de plebiscitos terminan siendo herramientas que aumentan, aún más, el enorme poder de que ya disponen, típicamente, los Jefes de Estado. No nos sorprende, entonces, que este tipo de plebiscito haya sido artilugio predilecto de dictadores y proto-dictadores, de ayer y de hoy.

89.- Muy distinto es el juicio que nos merecen aquellos mecanismos participativos en que, desde la ciudadanía, se le plantea al Pueblo que manifieste su conformidad o disconformidad con una determinada actuación legislativa. Referéndum como estos, operativos en Uruguay y Italia, lejos de sustituir al Parlamento, tienen el efecto interesante de crear un nuevo espacio de interacción política entre representados y representantes. Respecto de esta, u otras fórmulas participativas, comprometemos un texto futuro que profundice esta idea⁶⁴.

La DC, agregan, rechaza el centralismo injusto y asfixiante de nuestro Estado, por lo que se propone impulsar una efectiva regionalización que implique descentralización política. En este sentido:

Cada una de las Regiones del país debe contar con un gobierno Regional que represente democráticamente los anhelos y los intereses de los chilenos del respectivo territorio. A la cabeza de dicho gobierno regional habrá una autoridad Ejecutiva elegida en forma directa por los ciudadanos de la Región. El referido gobierno regional dispondrá de competencias claras, facultades necesarias y recursos suficientes. Comprometemos un texto futuro en que habremos de profundizar estas ideas⁶⁵.

En cuanto al derecho, abogan un Estado de Derecho garantizado por leyes generales e impersonales, tribunales independientes e impersonales y la consagración explícita del principio de juridicidad. Respecto a los tribunales, con todo, señalan que: “No corresponde que los jueces asuman la tarea de mejorar o corregir las leyes. El activismo judicial no es solución de nada; en el mejor de los casos es un síntoma del hecho que los demás poderes del Estado están fallando”⁶⁶.

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 27.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 28.

Respecto al principio de juridicidad, señalan que: “La Administración del Estado debe sujetar su actuación a la Constitución y a las leyes dictadas conforme a ella. No se puede gobernar por decreto. Corresponderá a la Contraloría General de la República y a los tribunales contencioso administrativos que se crearán, asegurar a los ciudadanos que las autoridades gubernamentales no excedan su esfera de atribuciones”⁶⁷.

Llama la atención la propuesta de recuperar el antiguo Art. 23 de la Constitución de 1925, que disponía que: “Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno”⁶⁸.

En cuanto al Tribunal Constitucional, se propone revisar “la integración del Tribunal Constitucional estableciendo un número impar de magistrados, evitando nombramientos que dependan exclusivamente de la voluntad presidencial y asegurando que el proceso de nominación considere un previo debate público de los méritos de los candidatos”⁶⁹. Además, se manifiesta expresamente por eliminar el control preventivo obligatorio y la revisión del control preventivo facultativo, aunque sin manifestar un acuerdo interno: “Algunos de nosotros lo suprimiríamos. Otros quisiéramos explorar alternativas consistentes en racionalizarlo, considerando opciones tales como limitar la oportunidad para deducirlo, exigir anuncio, dejarlo sólo para el control de aspectos ligados a la infracción de reglas, dándole a la sentencia respectiva un efecto distinto al actual o modificando la titularidad activa para interponer el requerimiento de inconstitucionalidad”⁷⁰.

Finalmente, agregan: “En relación al control represivo, finalmente, nos parece importante evaluar mecanismos que permitan una coordinación fluida entre el Tribunal Constitucional y la actuación de los tribunales ordinarios de justicia”⁷¹.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 29.

⁷¹ Ídem.

4.3. La propuesta de “convención constituyente” de Ignacio Walker y Patricio Zapata

Relacionado con las propuestas de fondo del documento recién revisado de la Democracia Cristiana, encontramos la propuesta realizada por el senador demócratacristiano Ignacio Walker y el jurista Patricio Zapata en el diario *El Mercurio* del 11 de julio de 2015. En dicha ocasión hicieron públicas ciertas ideas sobre la necesidad de la nueva Carta y algunos contenidos básicos, pero destacó por el mayor desarrollo que dedican al procedimiento, diseñando una instancia que llaman “Convención Constituyente”.

En la columna, afirman la justicia, necesidad y sensatez de la demanda por una nueva Constitución y señalan que si bien el país ha avanzado en los últimos 25 años, no encontrándose “al borde de ningún abismo”, se advierte la existencia “de una grave crisis de confianza”, de la cual el país, con todo, podría salir en base a sus “recursos morales, políticos, institucionales, culturales e intelectuales”; dicha “fe en Chile y su pueblo” los hace defender, dicen, “la idea de una nueva Constitución” (Walker y Zapata 2015).

En cuanto al fondo, es decir, a los contenidos de una nueva Constitución, Walker y Zapata se declaran “partidarios de un texto que encarne un amplio Acuerdo Nacional”, recordando que en 2015 se cumplieron “30 años del Acuerdo Nacional hacia la Plena Democracia, compromiso que, de alguna manera importante, aún está pendiente”. Por ello:

La Carta Fundamental debiera asumir un compromiso con la dignidad de la persona humana y el carácter inviolable de sus derechos fundamentales. Postulamos un reconocimiento de la realidad pluriétnica y pluricultural de la nación chilena. Defenderemos una profundización de la descentralización y la regionalización. Creemos que hay que avanzar hacia una relación más equilibrada entre Ejecutivo y Legislativo. Somos partidarios de mejorar el estatuto jurídico de los bienes públicos. Pensamos que Chile necesita un texto que garantice, efectivamente, el gobierno de las mayorías. Por lo mismo, creemos que deben eliminarse las leyes de quórum supramayoritario (y, consiguientemente, el control preventivo obligatorio del Tribunal Constitucional sobre esas leyes) (Walker y Zapata 2015).

Ahora bien, el grueso de la columna se dedica a la propuesta procedimental. Al respecto, los autores rechazan “cualquier tipo de fetichismo”, haciendo propio “el marco de referencia del programa de la Presidenta Bachelet”, esto es, el compuesto por los caracteres del procedimiento: “democrático, participativo e institucional”. En concreto, los autores señalan:

Nuestra propuesta consiste en articular la actuación de los órganos de representación republicana y la participación directa del pueblo. No creemos que sea necesario, ni bueno, elegir entre una u otra vía. Una de las claves es que el esfuerzo sea muy amplio, con respeto a las minorías y sin saltarnos ni burlando las reglas vigentes.

El respeto por el derecho y el fair play nos llevan a sostener que todo este proceso supone, de entrada, que se modifique el Capítulo XV de la Constitución, sobre reforma, por el quórum allí establecido, de dos tercios de los senadores y diputados en ejercicio.

En febrero de 2018 se cumplirá el bicentenario de la declaración formal de la Independencia de nuestra patria. Proponemos que para esa fecha (marzo de 2018, para ser más precisos), nuestro Congreso Nacional proceda a elegir una convención constituyente que asuma la tarea histórica de discutir y proponer un nuevo texto constitucional para el Chile del bicentenario.

El fin del sistema electoral binominal, en enero último; su reemplazo por un sistema de representación proporcional que recupera la mejor tradición republicana, y la puesta en marcha de las que serán las nuevas reglas sobre financiamiento de las campañas permitirán que el Congreso Nacional, que se elegirá en diciembre de 2017, cuente con la necesaria legitimidad que demanda acometer la ambiciosa tarea planteada.

Constituidas en Congreso Pleno, en marzo de 2018, ambas Cámaras elegirán una convención constituyente, la que contará con una composición mixta: la mitad, constituida por parlamentarios (15 senadores y 15 diputados, elegidos por cada una de las Cámaras), y la otra mitad (30 representantes), constituida por un cuerpo de ciudadanos elegidos por el Congreso Pleno. Un total de 60 miembros.

La convención constituyente dispondrá de seis meses para realizar su cometido. Su proceso deliberativo deberá considerar un sistema de consultas ciudadanas. Concluido su trabajo, la convención constituyente presentará ante el país una alternativa de cambio constitucional, la que será sometida

a un referéndum para efectos que el pueblo la apruebe o la rechace (Walker y Zapata 2015).

Como se ve, Walker y Zapata, con algún tiempo de antelación al anuncio de la Presidenta de octubre pasado, ven en el Congreso elegido en 2017 una mayor legitimidad en base a la entrada en vigencia del nuevo sistema electoral proporcional y esperando que a la fecha se encuentren ya operando las nuevas normas sobre financiamiento de la política previstas en el programa de gobierno.

Como se vio, la Presidenta incluyó dentro de las opciones que tendría el Congreso elegido en 2017, con posterioridad a la publicación de esta columna, el mecanismo de una “Convención Constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos”. Sin que necesariamente dicha opción, de ser la seleccionada, deba configurarse exactamente como plantean Walker y Zapata, su propuesta es valiosa al tratar de concretar una opción intermedia entre el encargo exclusivo a los parlamentarios para redactar la nueva Carta y la asamblea constituyente que se ha “fetichizado” en algunos sectores.

4.4. Las propuestas del Partido Comunista

En julio de 2015 el Partido Comunista hizo pública su posición a través de su periódico *El Siglo*, en un artículo titulado “El PC frente al proceso por nueva Constitución”⁷², dando a conocer algunas ideas procedimentales; asimismo, comunicó que su centro de pensamiento, el Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz (ICAL), organizó un curso de “delegado constituyente” para entregar los insumos teórico-prácticos con el objeto de que los cursantes estén en condiciones óptimas de participar como delegados en una (teórica aún) asamblea constituyente.

Además de manifestarse abiertamente por la opción procedimental de la asamblea constituyente, se preguntan por la forma en que se concretaría dicha instancia (“¿Quiénes la conforman? ¿Cómo se elige a los representantes? ¿Cuánto tiempo dura? ¿Cuáles son los mecanismos de votación de sus contenidos? ¿Cómo se relaciona la ciudadanía con los delegados constituyentes?”⁷³). Sobre tales cues-

⁷² “El PC frente al proceso por nueva Constitución”, *El Siglo*, 27 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.elsiglo.cl/web/index.php/2015-04-16-16-24-37/380-el-pc-frente-al-proceso-por-nueva-constitucion>.

⁷³ Ídem.

ciones, el PC propone que el proceso constituyente se inicie “por medio de la iniciativa del Ejecutivo para convocar a cabildos abiertos, reuniones comunales, creación y desarrollo de talleres y cursos constitucionales para la ciudadanía, para lo cual proponemos como fecha el 1 de septiembre de 2015”. Luego, el “proceso constituyente de formación y participación debe ser propiciado y mantenido por las organizaciones sociales y centros de pensamiento que puedan presentar por sí mismos o por patrocinio del Ejecutivo la posibilidad de formar y capacitar a la ciudadanía sobre el proceso constituyente. Éste ha de culminar a la fecha en que el soberano pueda someter a referéndum la idea de elaborar una nueva Constitución y su mecanismo”⁷⁴.

Tanto en dicho documento como en el pequeño libro de texto del Curso de Delegado Constituyente preparado por el ICAL⁷⁵, el PC argumenta públicamente por qué considera necesario cambiar la Constitución de 1980, valora las experiencias constituyentes recientes en América Latina (Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador) y finalmente desarrolla cómo es el “proceso constituyente que queremos”, con propuestas completas de integración, funcionamiento y duración de una asamblea constituyente y la forma en que se procedería a la ratificación popular (o rechazo) del texto constitucional emanado de dicha instancia.

Sin embargo, no se contienen, al menos expresamente, propuestas de contenidos en tales documentos. Ahora, si bien no se refieren exclusivamente a la cuestión de la nueva Constitución, podemos utilizar para nuestros fines las propuestas realizadas con anterioridad por el Partido Comunista, contenidas en el documento “Propuestas programáticas para una convergencia social y política. Hacia la superación de la desigualdad y el abuso”⁷⁶, elaborado con ocasión de las elecciones primarias de 2013 de la Nueva Mayoría. En la ocasión, los comunistas señalan que: “Los enclaves autoritarios, la baja participación ciudadana en la política, la desigualdad social y la carencia de derechos laborales básicos son los principales obstáculos para el desarrollo del país”⁷⁷. Al respecto, plantean siete “ejes programáticos” para la actuación de la Nueva Mayoría como coalición,

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ “Curso de Delegado Constituyente. Curso en tres módulos para la capacitación de delegados”. Santiago, Instituto de Ciencias Alejandro Lipschutz, Área legislativa, s.f.

⁷⁶ Aquí uso la versión en fragmento contenida en (Zúñiga 2014b).

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 96.

dentro de los cuales el primero está formado por “las indispensables Reformas Político Institucionales para profundizar la democracia”⁷⁸. Sobre el punto, el documento en cuestión ofrece un concepto de Estado y de Constitución y hace un juicio negativo de la Carta vigente en tanto legado de la dictadura:

El Estado no es sino la organización política de la sociedad, del que la Constitución Política es su estatuto jurídico superior. El Estado expresa la correlación de fuerzas entre las distintas clases, capas y categorías sociales existentes en la sociedad, correlación que determina el tipo de Estado, vinculado al sistema económico y social vigente, ya sea éste transicional o más menos permanente. La Constitución organiza la forma de ese tipo de Estado. Por consiguiente, la Constitución contiene no sólo los derechos y deberes esenciales de los ciudadanos y, recíprocamente, los derechos y deberes de la autoridad, sino que además consagra las bases del modelo económico, la propiedad de los recursos naturales y la organización de los poderes públicos incluidas las Fuerzas Armadas. Contiene elementos de orden ideológico y material. Razonamiento y fuerza. Hegemonía de las ideas y control material, es decir, los fundamentos del poder político. Podemos afirmar que, en lo esencial, la Constitución que nos rige hoy día consolida y asegura la subsistencia del modelo neoliberal imperante en nuestro país desde la dictadura⁷⁹.

Luego justifica la necesidad de un proceso constituyente en la situación actual del país y el deseo de sustituir el modelo económico por uno de “justicia social”:

El país de hoy no es el mismo de tiempos de la dictadura pero tampoco el de 5 años atrás. El de hoy es el país que pide cambios, que anhela el fin de la transición, un acuerdo para democratizar a fondo la vida política y social y sustituir el actual modelo económico por uno de justicia social. Las ideas básicas se resumen en una nueva institucionalidad política, nueva organización económica y garantía de todos los derechos y deberes ciudadanos. En tal sentido, sin perjuicio de impulsar y hacer cursar las necesarias reformas que apuntan en la misma dirección (reforma educacional, laboral,

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 97.

tributaria, entre otras), el objetivo insoslayable de un Gobierno que pretenda avanzar en la profundización de un régimen democrático en Chile es el cambio de estatuto jurídico del Estado, es decir, una Nueva Constitución⁸⁰.

El documento, en lo que toca a este asunto, plantea “sin agotar el listado de contenidos a establecer en la nueva Constitución”, un contenido mínimo formado por los siguientes puntos:

4.4.1. Un Parlamento unicameral elegido proporcionalmente en relación al número de habitantes, eliminando toda discriminación para postular a dichos cargos.

4.4.2. Reemplazo del sistema electoral binominal por uno representativo proporcional que considere, además, los necesarios resguardos para la representación de las regiones, de la diversidad de género y étnica.

4.4.3. Eliminación de la exigencia de quórum calificados para reformas sustantivas.

4.4.4. Fin al autoritarismo presidencial y revisión de los mecanismos de elección, derechos y deberes de las autoridades del Banco Central, del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República. Supresión o reemplazo del Consejo de Seguridad Nacional.

4.4.5. Redefinición del papel de las FF.AA. y de Orden, su estatuto formativo, sus derechos, atribuciones y deberes. Supresión de toda referencia a la llamada “doctrina de la seguridad nacional”.

4.4.6. Obligación de cada parlamentario de rendir cuenta periódica de su labor a sus electores, incluida la facultad de éstos, regulada por ley, para removerlos por grave incumplimiento de sus deberes o la comisión de ilícitos.

4.4.7. Limite los períodos de reelección de autoridades.

4.4.8. Fin al secretismo parlamentario.

4.4.9. Incorporar efectiva regulación de la relación entre el dinero y la política, incluyendo financiamiento de los partidos políticos y campañas electorales, así como la regulación de los aportes privados a su actividad.

4.4.10. Garantizar de modo efectivo la obligación del Estado en relación a los derechos humanos, al trabajo, a la sindicalización, a la educación, la salud, la vivienda y la previsión social, a vivir en un medio ambiente sano, a participar sin restricciones en la actividad política y social y a expresar

⁸⁰ Ídem.

libremente sus ideas y ejercer los derechos y libertades individuales, todo lo cual debe estar respaldado por el derecho constitucional de protección en todos los casos, sin las exclusiones actuales.

4.4.11. Revisión y redefinición de la función social de la propiedad así como de las atribuciones del Estado en la vida económica y social de la nación. Sustitución del carácter subsidiario del Estado por una concepción democrática y social solidaria, que afirme el rol central del Estado como garante de los derechos sociales y del desarrollo armónico de la Nación.

4.4.12. Reafirmación sin restricciones del derecho de propiedad nacional de los ricos recursos naturales de toda índole que tiene nuestro país (mineros metálicos y no metálicos, acuíferos, pelágicos y energéticos).

4.4.13. Definición del carácter de Estado plurinacional y multicultural de nuestro país, y reconocimiento a todos los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito social, político, territorial, religioso, cultural y económico, con pleno respeto de los Tratados Internacionales.

4.4.14. Fin de toda legislación represiva contra los movimientos sociales.

4.4.15. Posibilitar la iniciativa ciudadana de ley y establecer y regular el plebiscito vinculante para resolver contradicciones en asuntos de fondo de la vida nacional.

4.4.16. Establecimiento del derecho a voto de todas las chilenas y chilenos que viven en el extranjero sin limitaciones de ninguna especie.

4.4.17. Reforma del Estado en dirección a una efectiva descentralización, que incluya la elección directa de los Jefes de Gobierno Regionales y de los CORES.

4.4.18. Garantizar el ejercicio de derechos y libertades personales, entre ellos el respeto de los derechos sexuales y reproductivos; el reconocimiento y protección de los distintos tipos de familia; el reconocimiento de las uniones de hecho de parejas del mismo sexo o heterosexuales y la unión civil entre parejas del mismo sexo; el reconocimiento legal de la identidad de género; derecho a vivir sin violencia motivada por cualquier tipo de discriminación.

4.4.19. Garantizar plenamente la libertad de expresión y, a la par, el derecho a una información plural, veraz y transparente, estableciendo las condiciones para democratizar el actual sistema que ha permitido concentrar en pocas personas o empresas, nacionales o extranjeras, el control de los medios de comunicación masivos⁸¹.

⁸¹ *Ibíd.*, pp. 98-100.

4.5. Las propuestas del Partido Radical

El Partido Radical, hasta donde sabemos, no ha publicado un documento durante el transcurso del actual gobierno relativo a los contenidos propuestos desde esa tienda para la nueva Constitución. Sin embargo, sí se conocen los contenidos sobre este punto hechos públicos durante la elección primaria a través del documento que sirvió de programa de gobierno a la precandidatura de José Antonio Gómez (“Ideas para un Chile más digno”⁸²).

De acuerdo al documento de este partido, Chile cuenta con una democracia en sentido formal, pero “otra cosa es la calidad de dicha democracia, que es la variable clave para su éxito y consolidación como sistema político de manera estable”⁸³, calidad que “en Chile es baja”, de acuerdo a tres indicadores: “1. Respeto a los Derechos Humanos y el Estado de Derecho. 2. Espacios de participación real y vinculante y 3. Capacidad de respuesta del Estado a las problemáticas. En las tres variables tenemos problemas”⁸⁴. Sobre estos indicadores el diagnóstico ofrecido es el siguiente:

En la primera tenemos serios déficits en Derechos Humanos y una Constitución cuyo origen es un Decreto (el 3646) y no el poder constituyente originario, que no es el Parlamento⁸⁵. En lo segundo, porque la esencia de nuestra democracia es delegativa: transfiere el poder a una autoridad a partir de las elecciones pero no existe una rendición de cuentas vertical entre éstas y la ciudadanía durante sus mandatos, lo cual lógicamente hace bajar la confianza en el sistema. Y, en lo tercero, por la calidad de las políticas públicas que en Chile requieren una profunda revisión desde el punto de vista de los criterios en que se evalúan”⁸⁶.

A partir de tal diagnóstico, realiza algunas propuestas, dentro de las cuales las siguientes se relacionan con el contenido de la nueva Constitución:

⁸² Aquí uso la versión en fragmento contenida en: (Zúñiga 2014b).

⁸³ *Ibid.*, pp. 109-110.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 110.

⁸⁵ Hay que anotar que, si bien se entiende cuál es el punto que quieren señalar (el origen autoritario de la Constitución, otorgada por una dictadura) es errado señalar que la Constitución es ilegítima por constar formalmente en un decreto; también que no fue la manifestación del poder constituyente originario.

⁸⁶ *Ídem.*

- 4.5.1. La convocatoria a una asamblea constituyente, “una instancia representativa, extraordinaria y temporal que elabora una Constitución”, cuyos “miembros son elegidos en consulta popular y tienen el llamado poder constituyente, con la capacidad de generar la institucionalidad básica de un Estado y de ordenar y reducir a la unidad toda serie de relaciones sociales en pos de su redacción”⁸⁷.
- 4.5.2. Creación de un Defensor del Pueblo que “permita proteger a la ciudadanía de la violación de los Derechos Humanos por parte de las acciones del Estado”, “órgano autónomo, con consejeros elegidos en el Parlamento y descentralizado en todo el país”⁸⁸.
- 4.5.3. “Revisar la jurisdicción contenciosa administrativa y ver la posibilidad de implementar en Chile Tribunales Contenciosos Administrativos específicamente dedicados al tratamiento de estas materias”⁸⁹.
- 4.5.4. Potenciar el rol del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH). Eventualmente, se señala que es posible que el INDH asuma las funciones de un Defensor del Pueblo y de “institucionalidad de antidiscriminación”, para lo cual se requeriría su descentralización y la dotación de mayores recursos. Además, el INDH “debería participar vinculadamente en el diseño de políticas públicas sobre Derechos Humanos, haciendo entonces vinculantes sus informes y recomendaciones en el proceso”⁹⁰.
- 4.5.5. La declaración constitucional de laicidad del Estado, materializada en el perfeccionamiento de la Ley de Cultos y la de Capellanías, en “pluralizar la asistencia espiritual en los colegios y hospitales de todos los credos”, la eliminación de “reglamentaciones de poderes del Estado que hagan referencia a símbolos o hitos religiosos”, el aseguramiento de “una educación pública laica en donde los contenidos religiosos se enseñen de manera transversal y en base a la decisión y crecimiento del mismo estudiante”⁹¹.
- 4.5.6. Democratizar el régimen de gobierno, implementando en Chile un sistema semipresidencial “en donde sea el sufragio quien elija al Presi-

⁸⁷ *Ibid.*, p. 111.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁸⁹ *Ídem.*

⁹⁰ *Ibid.*, p. 114.

⁹¹ *Ídem.*

dente de la República, y el Parlamento, por su cuenta, elija a un Primer Ministro”⁹².

- 4.5.7. Reformar el Congreso en sus aspectos de “la representación, la legislación y la fiscalización”. En particular, “pasar de la delegación hacia un constante diálogo vinculante entre” parlamentarios y electores. Ello implica “el establecimiento de mecanismos de revocación de cargos parlamentarios y de participación del parlamentario con su territorio”. La propuesta consiste en que “si cumplida la mitad del periodo, existen en los registros electorales más del 33 por ciento de firmas ciudadanas, correspondientes al padrón electoral de la zona electoral, que buscan remover a un legislador, éste será reemplazado por el siguiente candidato que quedó en ‘lista de espera’ y que corresponde a aquel que no fue electo, por quedar en tercer, cuarto o quinto lugar”⁹³. Además, se contempla la revisión del número de parlamentarios y el establecimiento de un Parlamento unicameral.
- 4.5.8. Democratización de los partidos políticos, abriendo el debate “sobre el financiamiento de estas organizaciones más allá de las elecciones”; también de la participación electoral, prohibiéndose “los aportes reservados y secretos, y regular la utilización de publicidad en terreno para disminuir su impacto negativo en el entorno” y reforzar “los mecanismos de fiscalización del Servicio Electoral”⁹⁴.
- 4.5.9. Democratizar la movilización, derogando la incompatibilidad de cargos en organizaciones gremiales y en partidos políticos.
- 4.5.10. Iniciativa popular de ley, requiriéndose las firmas del 1 por ciento de las personas que hayan sufragado en el proceso eleccionario inmediatamente anterior, e iniciativa popular de plebiscito, consistente en la facultad de “los ciudadanos para que con un 5 por ciento de firmas de las personas que hayan sufragado en el proceso eleccionario inmediatamente anterior puedan solicitar al ejecutivo realizar plebiscitos vinculantes sobre materias que les sean importantes”⁹⁵.

⁹² *Ibíd.*, pp. 117-118.

⁹³ *Ibíd.*, p. 118.

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 121.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 124.

4.6. La situación del Partido Socialista y la definición de enero de 2016

El Partido Socialista, por su parte, siendo el partido de la Presidenta Bachelet y teniendo adherentes que han participado activamente en la discusión del programa de gobierno, y ha tenido un debate público sobre el procedimiento y contenido de la nueva Constitución.

Conforme a su reglamentación interna, convocó a su 30º Congreso General, en el que discutió y decidió el asunto en el sentido de lo resuelto por sus dos congresos anteriores: nueva Constitución y asamblea constituyente como mecanismo partero de ella. El evento se realizó los días 29, 30 y 31 de enero de 2016⁹⁶.

5. Conclusiones

5.1. Como se ha revisado, la coalición gobernante y el Gobierno actual se han impuesto que el procedimiento genético de la nueva Constitución deba ser institucional, democrático y participativo, tal como se definió en el programa de gobierno. Desde un inicio se supo que ello debía caracterizar el cambio, independientemente de que se optara porque la nueva Constitución fuese el fruto del poder constituyente derivado (vía reforma total de la vieja Constitución por el Congreso Nacional) o del poder constituyente originario (mediante la convocatoria de un congreso constituyente, una asamblea constituyente o un referéndum constituyente, en cualquier caso, no previstos por la Constitución vigente).

5.2. Ahora bien, la Presidenta de la República fijó un “itinerario” constituyente, que comienza con un programa de educación cívica y constitucional que se extenderá hasta marzo de 2016. Sigue con un período de diálogos ciudadanos cuyas conclusiones se sintetizarán en las “Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución”, texto que debiese ser entregado a la Presidenta en octubre de 2016. Continúa con el envío por la Presidenta al Congreso Nacional el proyecto de reforma constitucional que facultará al Parlamento elegido en 2017 a decidir el mecanismo por el que se discutirá el proyecto de Carta. Y finaliza el segundo semestre de 2017 cuando se envíe, de acuerdo a este plan, el proyecto de Constitución, el que, una vez sancionado, deberá ser sometido a la aprobación de la ciudadanía. Dentro de esas etapas, las opciones dentro de las cuales debe elegir el

⁹⁶ La convocatoria, reglamento y cronograma de la cita del PS puede consultarse en: <http://web.pschile.cl/npschile/c2015/index.php>.

Congreso Nacional que comience a sesionar en 2018 son: formar una comisión bicameral especial; formar una convención constituyente mixta de parlamentarios y ciudadanos; convocar a una asamblea constituyente; y convocar a un plebiscito, para que sea la ciudadanía la que decida entre las anteriores alternativas.

5.3. Así, la Presidenta ha hecho más concreta la definición que sobre el procedimiento había realizado el programa de gobierno. Sin embargo, no terminó de definirlo, lo que genera que el período de debate constitucional, en especial en el aspecto relativo a la “forma” o “procedimiento” de alumbramiento de la nueva Constitución, continúe siendo una “Torre de Babel”, cuestión que probablemente persistirá en el tiempo, tanto porque el anuncio presidencial ralentiza o acompasa el proceso constituyente fijando sus etapas o fases, como porque la propuesta traslada todas las opciones de “forma” a una “posible” “parrilla” única sobre la que el Congreso Nacional, fruto de la correlación-acumulación de fuerzas del momento constitucional, deberá optar por una fórmula “pura” o sincrética. Habrá que ver en el futuro si la formulación de tal “parrilla” resultará ser o no un acierto político-constitucional.

5.4. Con todo, existiendo opciones dentro de las cuales deberá elegir el Congreso Nacional en el futuro, las reflexiones que ofrecí en las conclusiones de la versión original de este trabajo siguen vigentes. Así, en primer lugar cabe anotar que –si nos apartáramos del “itinerario” presidencial– la reforma total (poder constituyente derivado) es un camino posible dado que el capítulo XV de la Constitución no impone límites materiales (explícitos o implícitos) y temporales, excluyendo además su justiciabilidad por el Tribunal Constitucional (la que se limita a la constitucionalidad de forma según lo prevenido en el Art. 93 N° 3 de la Carta), y sólo impone un límite formal de quórum reforzado ordinario y extraordinario más las reglas del *iter* reformador (reglas propias y reglas supletorias del *iter legis*).

5.5. De la misma forma, siguen abiertas fórmulas de la “reforma de la reforma”. Por ejemplo una que se traduzca en una modificación al capítulo XV de la Constitución para rebajar los quóruns reforzados y ajustar el procedimiento a estándares deliberativos, participativos y decisorios democráticos, y que introduzca la figura de un referéndum de reforma (que debe prever sufragio obligatorio del cuerpo electoral) y le confiera a la soberanía popular un doble rol político fundamental: primero, de árbitro ante un conflicto de poderes en la reforma en

sus trámites y, segundo, decisor de la misma reforma total una vez concluidos los trámites preceptivos.

5.6. En efecto, si la nueva Constitución es fruto del poder constituyente derivado, puede incorporar el referéndum constituyente como mecanismo doble, tanto para resolver los conflictos de bloqueo entre los órganos que ejercen la potestad constituyente (la Presidenta de la República, el Congreso Nacional y sus Cámaras) en cualquier etapa del *iter* procedimental (trámites constitucionales), como para obtener la ratificación del obrar constituyente de los poderes instituidos por la soberanía del pueblo, una vez concluidos los trámites constitucionales y antes de la ley promulgatoria de la reforma constitucional.

5.7. Sin embargo, la incorporación de tal mecanismo debe hacerse de forma cuidadosa, prestándose suma atención a la redacción de la regla correspondiente, de forma tal que importe mantener los debidos equilibrios entre los poderes del Estado y no caer en una vorágine que lleve al país a una democracia plebiscitaria, cuestión que, temo, no se hizo adecuadamente en el proyecto de reforma constitucional presentado por la “Bancada Transversal por la Asamblea Constituyente”.

5.8. En cualquier caso, el alumbramiento de la nueva Constitución debe contemplar mecanismos eficientes de estudio, deliberación y acuerdo tanto en el interior del Congreso Nacional como de participación y consulta de la ciudadanía y de los movimientos sociales a través de audiencias públicas. Estos mecanismos son de resorte reglamentario interno del Congreso Nacional, por lo que no deberían importar un escollo o impedimento procedimental

5.9. Como ya dije en la versión original de este trabajo, una eventual “reforma de la reforma” puede diseñar mecanismos participativos, como asambleas regionales o cabildos locales que interactúen con el Congreso Nacional en el *iter* de reforma, cuestión que aparece recogida en el “itinerario” fijado por la Presidenta, tanto en el anuncio del 28 de abril de 2015, que señaló la existencia de mecanismos de participación y deliberación tales como “diálogos, debates, consultas y cabildos”, así como el mensaje del 13 de octubre de 2015, que concretó dichas instancias de participación mediante el programa de educación cívica y constitucional y los posteriores “diálogos ciudadanos” locales, provinciales y regionales.

5.10. En cualquier caso, el ejercicio del poder constituyente derivado vía “reforma de la reforma” debe zafar de quórum reforzados ordinarios (3/5 de parlamentarios en ejercicio) y extraordinarios (2/3 de parlamentarios en ejercicio) que operan como una herramienta para el bloqueo decisonal y los vetos de

contenido en la reforma constitucional, cuestión de la que el Gobierno demostró estar consciente al dar a conocer el “itinerario”. En ese sentido, la Presidenta de la República ya se impuso quórum para la aprobación de los dos proyectos que deben lograr despacharse de acuerdo a su itinerario. Con todo, debo dejar constancia que en su oportunidad opiné que resultaba razonable restituir en la “reforma de la reforma” el quórum reforzado de la Constitución de 1925 de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio, de forma que la nueva Constitución superara el déficit de legitimidad democrática de la vieja Constitución, pero además superara el déficit democrático del poder constituyente derivado de la Constitución vigente.

5.11. Como sea, la nueva Constitución, sea fruto del poder constituyente derivado o del poder constituyente originario, debe estar soportada sobre un gran acuerdo nacional acerca de sus “bases”, acuerdo que debe reflejar en la mayor medida de lo posible el pluralismo político e ideológico de la sociedad. La idea de acuerdo o pacto nacional de tipo político-constitucional subyacente a la nueva Constitución le conferiría un plus de legitimidad y estabilidad normativa real. Primordialmente, tal acuerdo nacional debe ser gestado en el Congreso Nacional, como finalmente optó la Presidenta; en caso contrario, tal acuerdo debería ser gestado al interior del congreso constituyente o de la asamblea constituyente. Tal acuerdo nacional debe contener consensos, e identificar disensos, dándoles una salida a éstos como los “compromisos apócrifos” o su salida de la Constitución, para quedar entregado a la política y al legislador. Nuevamente, en cualquier caso la sociedad civil y sus movimientos sociales deben participar y ser escuchados en la usina de la nueva Constitución y expresarse como cuerpo electoral o ciudadanía a través de un referéndum constituyente final que se manifieste sobre la aprobación del texto redactado.

5.12. En la construcción de la real legitimidad democrática de una nueva Constitución se hace necesario superar la lógica de la imposición o la fuerza desnuda, presente en la vieja Carta. La idea de pacto o acuerdo nacional de tipo político-constitucional (plural, deliberativo, transparente) está al servicio de esa legitimidad democrática tan necesaria para un efectivo “patriotismo constitucional (Sternberger 2001).

5.13. Ahora bien, la conclusión definitiva que debemos tener presente sobre la materia es que, puestos frente al caleidoscopio de propuestas de mecanismos para desatar el proceso constituyente, se encuentra la “tosca materia”: la política

y proceso político real, la facticidad y su “fuerza normativa”, que determinarán las claves del proceso constituyente y la graduación del “momento constitucional” (Bobbio 2009). Un elemento del proceso constituyente y su porvenir destacado tantas veces en el debate actual, y que creo adquiere especial relevancia hoy dada la ralentización del proceso, es el liderazgo político fuerte detrás de éste y de los contenidos de una nueva Constitución; siendo un ejemplo el rol de Alessandri y la Constitución de 1925. En un régimen político presidencialista tal “indirizzo” y liderazgo debería provenir del Presidente de la República. El porvenir del “momento constitucional” por el que atraviesa nuestro país y las posibilidades concretas de la operación constituyente de tener éxito en nuestro proceso político tendrán su palabra a través del tiempo, dependiendo, finalmente, de la política o facticidad (Ackerman 1995, pp. 55-61). Como señalé en un trabajo previo:

Con todo, puede ocurrir que la soberanía de la Constitución no pueda ser salvada, ya no por sus ‘guardianes togados’ o guardianes a secas, sino por un proceso constituyente de cambio en que la política (facticidad) puede más que el derecho (normatividad); y en tal caso es la hora de la soberanía popular y del poder constituyente originario democrático o es la hora de las autocracias, que abarcan una variopinta gama de regímenes desde los autoritarios hasta los totalitarios pasando por todo tipo de cesarismos y populismos (Zúñiga 2014c, p. 119).

5.14. Finalmente, hay que dejar constancia que, tanto del programa de gobierno como de los documentos en que los partidos políticos que forman la Nueva Mayoría se extrae que la intención de las fuerzas que soportan políticamente al Gobierno es que Chile se dote de una nueva Constitución que sea fruto, en cuanto a sus contenidos dogmáticos y orgánicos, de la apertura del techo ideológico de la Carta, recepcionando las grandes culturas e ideologías constitucionales de la modernidad, y que están en nuestro acervo tradicional: constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social.



TABLA V
Listado de las propuestas sobre potestad constituyente

V. Potestad constituyente	
Reforma de la Constitución vigente.	
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Reemplazar el inciso segundo del Art. 127, al que le agrega nuevos incisos tercero y cuarto, para quedar así: “El proyecto de reforma necesitará para ser aprobado el voto conforme de la mayoría de los miembros en ejercicio de cada Cámara, tanto en primera votación, como en segunda votación inmediatamente después de renovadas ambas Cámaras. A iniciativa del Presidente de la República o de cualquiera de sus Cámaras, el proyecto de reforma podrá ser aprobado sin esperar a la renovación del Congreso, por las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio. “Mediante el voto favorable de los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada Cámara, podrá establecerse que una determinada disposición constitucional sólo pueda ser materialmente modificada o derogada mediante ley de reforma constitucional aprobada por igual quórum. “Las disposiciones de los artículos [xxx] sólo podrán ser materialmente modificadas o derogadas mediante el voto favorable de los tres quintos de los miembros en ejercicio de cada Cámara.”
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • La reforma total mediante el ejercicio del poder constituyente derivado es un camino posible, pues el Capítulo XV de la Constitución no impone límites materiales ni temporales, salvo la justiciabilidad por el Tribunal Constitucional, el límite formal de quórum y las reglas de procedimiento. Por esto, están abiertas las siguientes fórmulas de “reforma de la reforma”: • Rebajar los quórum supramayoritarios para volver al calificado de la Constitución de 1925: mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio. • Ajustar procedimientos: mecanismos participativos y de consulta ciudadana (mecanismos de resorte reglamentario interno del Congreso), asambleas regionales o cabildos locales con interacción con el Congreso; y mecanismos de estudio, deliberación y acuerdo al interior del Congreso. • Incluir referéndum constituyente: debe hacerse en forma cuidadosa para mantener los debidos equilibrios entre los poderes y evitar el peligro de una democracia plebiscitaria.

	<ul style="list-style-type: none"> • La reforma constitucional debería estar soportada en un gran acuerdo o pacto nacional político-constitucional, primordialmente gestado en el Congreso o, en su defecto, en un congreso constituyente o en una asamblea constituyente con una legalidad <i>in fieri</i>.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • La reforma al Capítulo XV, con los quórum actuales, es una ilusión. La institucionalidad debiera favorecer que el ejercicio del poder constituyente vuelva a su titular: el pueblo. • Partidario de una asamblea constituyente. En este sentido, la ciudadanía debería pronunciarse en un plebiscito previo, convocado por la Presidenta y el Congreso, a través de una reforma a los Arts. 15 inc. 2° y 32 N° 4 de la Constitución. Luego, los órganos políticos deberán poner en práctica el mandato surgido de dicho plebiscito.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • La única forma institucional es que se ejerza poder constituyente derivado, definiendo sólo la forma.
Arturo Fermandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener las actuales reglas de reforma a la Constitución, incorporando un artículo transitorio que habilite la ratificación posterior de la ciudadanía mediante plebiscito.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Dentro del camino para la reforma de la Constitución vigente planteado por la Presidenta Bachelet en octubre de 2015, partidario de la asamblea constituyente.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con Rodrigo Correa, con la posibilidad adicional de un plebiscito ratificatorio. Este plebiscito es doblemente relevante: primero, entrega una dosis mayor de legitimidad a lo obrado por el Congreso bajo un contexto notorio de descrédito de éste, y, segundo, es idóneo como hito que marca de manera formal la existencia de una “nueva” Constitución (ante la imposibilidad de consensuar un <i>test</i> sustantivo para esto)
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución admite explícitamente la modificación del capítulo XV con el requisito de lograr el altísimo quórum de las dos terceras partes de los senadores y diputados en ejercicio. • La Constitución no prohíbe su reforma total, por tanto tampoco prohíbe lo menos: la modificación de las normas sobre la reforma constitucional.
Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer un nuevo capítulo en la Constitución que regule el replazo constitucional. Esto permitiría superar las críticas al quórum supramayoritario para las normas de rango constitucional.

Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none"> • Deben seguirse las reglas que fija la propia Constitución: hay que estarse al mecanismo vigente en el Capítulo XV o a otro que lo reemplace aprobado por el Congreso con el quórum que dicho capítulo contempla hoy.
Reforma de la Constitución futura.	
Rodrigo Correa	<ul style="list-style-type: none"> • El mismo mecanismo propuesto para reformar la Constitución vigente.
Francisco Zúñiga	<ul style="list-style-type: none"> • Quórum de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio más referéndum constituyente.
Jaime Bassa	<ul style="list-style-type: none"> • Quórum de mayoría absoluta de parlamentarios en ejercicio.
Jorge Correa	<ul style="list-style-type: none"> • Establecer una Constitución semirrígida o semiflexible. Una flexible, reformable por una mayoría de los parlamentarios en ejercicio conlleva renunciar a la idea misma de Constitución. • La Constitución debe ser más de reglas procesales que de principios sustantivos. Su texto debe limitarse a lo necesario para garantizar la democracia, incluidas sus precondiciones. Esto permite y legitima el hacerla más rígida, y asegura que sean los órganos electos y no los jueces, quienes decidan las legítimas diferencias colectivas. • Los quórum altos son la manera de lograr un gran consenso. Sólo un gran consenso justifica variar los entendimientos sobre lo que es nuestra democracia y sus precondiciones.
Arturo Ferandois	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener el actual mecanismo de reforma, con la regla general de quórum de 3/5, pero dejando los 2/3 sólo para las bases de la institucionalidad, derechos, deberes y garantías, y reforma constitucional.
Jaime Gajardo	<ul style="list-style-type: none"> • Algunos capítulos pueden tener un quórum para su modificación más alto que el de mayoría simple.
José Francisco García	<ul style="list-style-type: none"> • La regla que se establezca para modificar la actual Constitución debe ser, en lo sustancial y excluyendo el plebiscito ratificatorio, la que se incluya en la Constitución futura.
Miriam Henríquez	<ul style="list-style-type: none"> • La Constitución futura debería consagrar tanto normas sobre la reforma como normas sobre el reemplazo o sustitución constitucional. • Esto permitiría que tanto el ejercicio del poder de revisión como el poder constituyente que permite dictar una nueva Constitución sean incuestionables en términos de su validez, en la medida que se cumplan las normas sobre la reforma o sobre la sustitución. • No debería haber contenidos indisponibles.

Francisco Soto	<ul style="list-style-type: none">• De acuerdo con quórum supramayoritarios, es algo habitual en el derecho comparado.• La Constitución futura debería tener un mecanismo de reemplazo, como una norma permanente y no transitoria.
Sebastián Soto	<ul style="list-style-type: none">• La existencia de quóruns supramayoritarios es común en el derecho comparado y es un mecanismo institucional adecuado para asegurar consensos amplios.
Patricio Zapata	<ul style="list-style-type: none">• Ciertos intereses sociales deben ser protegidos especialmente.



Conclusión de los participantes

La conclusión de este libro está sintetizada en la tabla desplegable que viene tras estas líneas y que se incorpora como inserto, con todas las propuestas hechas en este ejercicio. Hasta aquí, se han presentado tablas específicas con propuestas sobre cada una de las cinco cuestiones, al final de sus respectivos capítulos. Dicha tabla desplegable las muestra todas de la manera más sintética posible, en un solo golpe de vista.

Para introducir y orientar su análisis, presentamos estas referencias generales. Ellas muestran las zonas de convergencia y de divergencia que se despliegan entre los polos fijados por las dos propuestas que abrieron el debate sobre cada cuestión.

I. Derechos constitucionales

Hay una cierta convergencia en agrupar todos los derechos en una unidad de la Constitución, incluyendo los que hoy están regulados a propósito de la nacionalidad y ciudadanía. Donde hay más tensión, sin embargo, es en torno a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), o, para decirlo de otra manera, en torno a los derechos que conllevan un mayor efecto redistributivo. Un primer punto es si la Constitución debe generar este mayor efecto redistributivo a través de la técnica de los derechos o, en cambio, mediante la consagración de objetivos o fines a los que la ley, es decir, la política, debe apuntar. Parece haber mayor convergencia en la técnica de los derechos, por lo que surge la ineludible pregunta por su “justiciabilidad”: ¿Cómo se garantizan jurisdiccionalmente?

Ahora bien, desde el punto de vista del razonamiento que un tribunal debe desplegar cuando debe pronunciarse sobre estos DESC, el punto es el tipo de premisa normativa que debiera invocar en primer lugar un juez a la hora de cautelar estos derechos. Hay cierta convergencia en que dicha premisa debería ser la ley y

las normas administrativas, no la Constitución. Es decir, estos derechos pueden estar consagrados en la Constitución, pero ésta debería dejar su regulación a la ley y a la Administración. Y la violación de ésta debería ser condición necesaria para su cautela jurisdiccional. En relación con esto, surge la pregunta por los requisitos de tal regulación legislativa. Algunas propuestas se inclinan por establecer en la Constitución requisitos de no regresividad o de progresivo desarrollo, por ejemplo, pero en esto hay divergencia, pues otras prefieren no tenerlos.

Desde el punto de vista de los órganos competentes, hay cierta convergencia en que sean las Cortes de Apelaciones las que lidien con la cautela de los derechos en general, aunque algunas propuestas optan por que sean los tribunales de primera instancia y otras por el Tribunal Constitucional. El actual recurso de protección se discute. Algunas propuestas optan por mantenerlo, pero reformado, mientras otras proponen reemplazarlo por una suerte de amparo de derechos constitucionales. Otras, por su parte, sugieren evaluarlo a la luz de la decisión que se tome sobre el contencioso-administrativo. Varias proponen simplificar el complejo sistema de acciones cautelares vigente, ordenándolo, por ejemplo, en acciones que protegen a las personas, por una parte, y las que protegen bienes o derechos patrimoniales, por la otra.

Asimismo hay divergencia sobre la posibilidad de establecer constitucionalmente que los derechos tengan un “contenido esencial”. Y, también, sobre la posibilidad de que la Constitución consagre derechos “colectivos”. Algunas propuestas los quieren y varias otras no, pero, entre estas últimas, algunas sugieren regular las materias a que podrían referirse los derechos colectivos, como, por ejemplo, los pueblos indígenas, en la parte orgánica de la Constitución. Es decir, en la parte relativa a la forma de Estado, pero no en esta parte dogmática, propia de los derechos.

Con el derecho de propiedad pasa algo interesante. Varias propuestas sugieren que no debería regularse de tal manera que obstaculice el desarrollo de políticas públicas de un carácter, por así decirlo, “socialdemócrata”. Hay cierta convergencia, sin embargo, en que la actual regulación del derecho de propiedad, al menos en la forma en que se ha venido aplicando por la jurisdicción constitucional, no ha sido tal obstáculo. Dicho esto, algunas propuestas apuntan a simplificar la regulación constitucional de la propiedad (una simplificación podría ser que el detalle de las reglas sobre expropiación estuviera en la ley y sólo sus criterios generales en la Constitución), mientras otras apuntan a que la

Constitución evite la posibilidad de que las regulaciones administrativas tengan el efecto práctico de vulnerar este derecho.

En relación con otras formas institucionales para defender los derechos, algunas propuestas se inclinan por la consagración de una figura de Defensor del Pueblo u *Ombudsman*. Algunas otras sugieren incorporar a la Constitución la Defensoría Penal Pública y las Corporaciones de Asistencia Judicial. En estas materias la divergencia fue mayor que la convergencia.

II. Forma de Estado

Aquí las propuestas iniciales ofrecen dos alternativas: Estado unitario, por una parte, o Estado federal, por la otra. La mayoría de las propuestas se inclinan por la primera opción, convergiendo, eso sí, en diagnosticar que el actual Estado unitario debe mejorar en descentralización, y ofrecen a este efecto algunos mecanismos. Más cerca de la minoritaria propuesta federal se ubicaron algunas por un Estado que denominan regional.

Algunos criterios para la descentralización concitan amplia convergencia. Por ejemplo, el de subsidiariedad competencial: la unidad mayor interviene sólo si la menor no se la puede. Sobre cuál sea la unidad básica, el grueso de las propuestas se refieren a la comuna. Donde hay una divergencia más marcada es sobre el futuro de las provincias como unidades subnacionales. Algunas propuestas abogan por mantenerlas, en parte por el fuerte componente identitario que históricamente parecen tener. Otras varias, en cambio, proponen eliminarlas, quedándose sólo con comunas y regiones, y con las posibles derivaciones de cada una, como las áreas metropolitanas y las macro-regiones.

Otro criterio para la descentralización tiene que ver con la responsabilidad fiscal que debe acompañarla. Hay convergencia en que, en cualquier nivel subnacional, lo que se puede recaudar localmente se puede gastar localmente, aun cuando esto, por la estructura tributaria que tiene Chile, implica un difícil desafío. Asimismo, hubo convergencia en que cualquier gasto subnacional debe contemplar sus respectivos ingresos, y, también, en que la capacidad de endeudamiento de cualquier nivel subnacional debe ser controlada por ley.

Un tercer criterio que suscita convergencia en materias de descentralización es la conveniencia de que ésta se haga atendiendo a las diferencias de capacidad y preparación para una mayor autonomía que exhiben las distintas unidades subna-

cionales en el país. Esto sugiere la necesidad de que cualquier proceso que intente profundizar la descentralización, se diseñe y ponga en práctica de forma gradual.

Por otro lado, en relación con los órganos que, además de los tres poderes públicos clásicos (Gobierno, Congreso y Judicatura), deberían tener consagración constitucional, hay amplia convergencia en que el Tribunal Constitucional sea uno de ellos. Luego, en orden decreciente de convergencia, figuran: Contraloría General de la República, Banco Central, Justicia Electoral, Ministerio Público, *Ombudsman*, Defensor Penal Público, Servicio Electoral y Consejo Nacional de Televisión. Amplia convergencia hay en que el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) salga de la Constitución y en reducir el actual estatuto constitucional de las Fuerzas Armadas y de Orden, limitando la referencia constitucional a que ellas tienen el monopolio de las armas y que están sometidas al poder civil, dejando lo demás a la regulación legislativa.

Por otra parte, hay también cierta convergencia en una vía alternativa a la consagración individual de órganos en la Constitución. Se trata de la posibilidad de establecer en ella un estatuto general de autonomía para los órganos que luego defina la ley, ley que, para algunas propuestas, podría tener un quórum calificado y, para otras, sólo un quórum simple.

Sobre la consagración constitucional de determinados colectivos sociales, específicamente los pueblos indígenas, hay bastante convergencia en que deben tener alguna forma de reconocimiento en la Constitución. Hay divergencia, sin embargo, sobre la posibilidad de acompañar dicho reconocimiento con alusiones en la Constitución a la plurinacionalidad, multiculturalidad e interculturalidad del Estado chileno.

III. Régimen político

Aquí las propuestas iniciales plantean la disyuntiva entre presidencialismo, por una parte, y semipresidencialismo, por la otra. Como sabemos, ésta es una tensión que recorre desde antiguo el pensamiento sobre la forma de gobierno en Chile. Las propuestas se distribuyen a lo largo del arco que dibuja esta tensión. Todas las propuestas presidencialistas sugieren moderar el presidencialismo vigente a través de una mayor descentralización, de mayores formas de participación ciudadana y, sobre todo, reforzando correlativamente el Congreso. Las semi-parlamentaristas allegan detalles para su puesta en práctica, por ejemplo, sobre

la distribución de competencias entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. Como se señaló, ésta es una materia donde hay divergencia, pero es interesante notar que las propuestas que se inclinan hacia el lado del semipresidencialismo son más numerosas.

La forma de gobierno se relaciona con el sistema electoral. El desafío es evitar que en una forma presidencialista el Presidente quede en minoría (algo que la historia de Chile sugiere tener en cuenta) y, de modo equivalente en una forma semipresidencialista, reducir la posibilidad de “cohabitación”. Algunas propuestas se refieren a esto. Otras tocan los períodos presidenciales y parlamentarios y la posibilidad de reelección. Varias se inclinan por la reelección indefinida de los parlamentarios y, algunas, incluso por la reelección inmediata del Presidente de la República, por una sola vez. Los períodos oscilan entre los cuatro y cinco años. Y a la pregunta si seguir teniendo dos Cámaras legislativas o sólo una, el bicameralismo suscita gran convergencia, pero no unanimidad: un par de propuestas sugieren una sola Cámara.

El ejercicio de la potestad legislativa –esa especial forma de relacionarse el Gobierno y el Congreso– es observado desde distintos ángulos. Por ejemplo, desde el problema de la iniciativa exclusiva. Aquí las propuestas divergen. Varias se inclinan por mantenerla, pero básicamente limitada a proyectos que irroguen gastos o reduzcan ingresos. Es decir, reducen la amplitud que esta prerrogativa gubernamental tiene actualmente. Y unas pocas están por eliminarla. Otro ángulo es el mecanismo de urgencias. Este interesa especialmente a quienes proponen una forma presidencialista de gobierno. Así como el sentido respecto de la iniciativa exclusiva es reducirla, respecto de las urgencias también se propone disminuir la preponderancia que hoy tiene la Presidencia de la República en ellas. Con el veto presidencial, lo mismo: quienes lo proponen piden sólo veto total y no parcial, al menos para todos los proyectos de ley, salvo el de la Ley de Presupuestos. Esto implica revisar a la baja la regulación actual que permite en general ambos tipos de veto. Y con la posibilidad de quórum supramayoritarios para la aprobación de las leyes, también, lo mismo: reducir la amplitud que en esta materia hoy existe. Varias propuestas apuntan a eliminar las leyes orgánicas constitucionales, otras a dejar un quórum supramayoritario sólo para ciertas normas específicas como, por ejemplo, las que se refieren al sistema electoral; y otras a que el quórum en estos casos excepcionales no sea supramayoritario, sino sólo mayoría absoluta.

Hay convergencia en que el principio general en materias de quórum legislativo debe ser la mayoría relativa.

Por último, sobre la posibilidad de mecanismos de democracia directa, hay divergencias. Hay propuestas que no los consideran necesarios y otras varias sí. Entre estas últimas, algunas postulan la posibilidad de referéndums revocatorios de leyes, principalmente, sujeta a determinados requisitos. También se contempla la posibilidad de iniciativa popular de ley. Otras postulan aumentar los mecanismos de participación a nivel comunal.

IV. Régimen jurisdiccional

Respecto de la regulación constitucional de los tribunales, otra vez surge la antigua pregunta por lo contencioso-administrativo. Hay bastante convergencia en consagrarlos constitucionalmente, pero hay alguna divergencia en el modo de hacerlo. Una parte propone incorporarlos como tribunales especiales que formen parte del Poder Judicial, empezando con el Tribunal de Cuentas. Otras, en cambio, sugieren la posibilidad de que esta competencia sea ejercida por un modelo de agencia regulatoria independiente. En cualquier caso, varias propuestas abogan por fortalecer el control jurisdiccional sobre los procedimientos administrativos-sancionatorios. Asimismo, hay cierta convergencia en integrar los tribunales especiales al Poder Judicial, con algunas excepciones como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Electoral.

Cierta divergencia, en cambio, se produce sobre el gobierno judicial y, en particular, sobre el ámbito de competencia de la Corte Suprema. Algunas propuestas sugieren reducirla con el objeto de concentrarla en lo jurisdiccional, sin que se extienda al gobierno judicial. Para el desempeño de las tareas propias de éste, algunas propuestas se inclinan por la creación de un órgano tipo Consejo Nacional de la Magistratura. Otra, en cambio, sugiere mirar la experiencia norteamericana en estas materias, en la que hay comisiones *ad hoc*, de integración mixta, para el diseño de la política judicial. Por su lado, un par de propuestas abogan por mantener en la Corte Suprema el gobierno judicial, aumentando su autonomía financiera, pero, al mismo tiempo, su obligación de rendir cuenta por ella.

El nombramiento de los jueces es parte de estas preocupaciones. Algunas propuestas se inclinan por mantener el mecanismo vigente, aunque mejorándolo en algunos aspectos, como aumentar su transparencia, y la justificación de las

decisiones del Gobierno y del Senado. La reducción del quórum de aprobación por este último se propone como un mecanismo para lograr esos objetivos. Otra propuesta sugiere mirar aquí la experiencia norteamericana de *hearings*.

Varias propuestas se refieren al Tribunal Constitucional. Una sugiere eliminarlo, para radicar el control preventivo en una oficina parlamentaria con miembros nombrados por los distintos poderes del Estado, y el represivo en los jueces de primera instancia. El grueso de las propuestas, sin embargo, abogan por mantener el Tribunal Constitucional, aunque todas ellas sugieren modificaciones, tanto respecto de su estructura como de su ámbito de competencia. En relación con lo primero, algunas sugieren aumentar el número de sus miembros y modificar su funcionamiento. En relación con lo segundo, se discute el control de constitucionalidad durante el ejercicio de la potestad legislativa, esto es, el control previo. Hay convergencia en reducir aquí la regulación actual. Por lo pronto, en eliminar el control obligatorio, lo que es coherente con la propuesta mayoritaria de eliminar las leyes orgánicas constitucionales. Respecto del control facultativo, hay cierta convergencia en limitarlo a consideraciones de forma y no de fondo. Por último, respecto del control represivo, hay propuestas en el sentido de desvincular los mecanismos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad. Y una sugiere retornar el conocimiento de la inaplicabilidad a la Corte Suprema.

La relación entre la judicatura y la Contraloría General de la República ha sido, también, objeto de propuestas. Unas se inclinan por reforzar el actual modelo de ente contralor, manteniendo su competencia preventiva, y dotando de una fuente constitucional a la facultad de dictaminar que ejerce el Contralor, de tal manera de hacer intangibles sus dictámenes para la judicatura. Asimismo, se propone sustraer de la revisión judicial los actos de la Contraloría en ejercicio de su facultad de tomar razón. Otras propuestas, en cambio, se inclinan por cambiar el modelo de Contraloría en el sentido de dotarla de un órgano colegiado, a fin de que se encargue de fiscalizar las cuentas del Gobierno, sustrayendo de su ámbito de competencia el control de constitucionalidad y legalidad, el que pasaría a los tribunales contencioso-administrativos, cuya última instancia sería la sala administrativa que se propone para el Tribunal Constitucional.

Por último, la Justicia Electoral. Algunas propuestas están por separarla completamente del Poder Judicial, y que sus miembros sean designados por acuerdo del Gobierno y el Senado. Respecto de su ámbito de competencia, proponen concentrarla en las materias contenciosas surgidas en las elecciones, incluyendo

las primarias y las que celebren internamente los partidos políticos, así como la revisión de las decisiones que adopten los tribunales internos de los partidos. También, se propone que tenga competencia sobre la declaración de inconstitucionalidad que hoy contempla el N° 10 del Art. 93 de la Constitución y que está entregada al Tribunal Constitucional. Otra propuesta sugiere reforzar la Justicia Electoral a la luz de los cambios introducidos recientemente a la regulación del Servicio Electoral.

V. Potestad constituyente

Las propuestas aquí son a propósito de dos cuestiones distintas: ¿cómo reformar la actual Constitución? y ¿cómo debería reformarse una Constitución futura? Respecto de la primera, varias propuestas sugieren cambios de diversa intensidad al actual Art. 127 de la Constitución. Una propone que éste sea modificado siguiendo sus reglas a fin de que el cambio constitucional sea aprobado por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, en primera votación, y, en segunda votación, inmediatamente después de renovadas ambas Cámaras. Asimismo, puede haber reforma sin esperar dicha renovación cuando el proyecto sea aprobado por los 3/5 de los parlamentarios en ejercicio. Otra propuesta sugiere rebajar los quórum supramayoritarios de la Constitución actual para volver al calificado de la Constitución de 1925: mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio; con la posibilidad de mecanismos participativos dispuestos por el Congreso y un referéndum. Otras, por su lado, proponen mantener el Art. 127 con la posibilidad de un referéndum ratificatorio. Y, dentro del camino de reforma anunciado por la Presidenta de la República el 13 de octubre de 2015, otras se inclinan por la asamblea constituyente. Y una última apunta no ya al Art. 127, sino a los Arts. 15 inc. 2 y 32 N° 4, a fin de que el Gobierno y Congreso puedan llamar a un plebiscito para que la ciudadanía se pronuncie por un determinado mecanismo de cambio.

Respecto de la regulación del ejercicio de la potestad constituyente en una futura Constitución, varias propuestas se inclinan por reproducir la que hicieron para la reforma del texto actual. Parece haber convergencia en que la reforma de la Constitución debe tener una ritualidad mayor que la reforma de la ley, ya sea por la necesidad de satisfacer quórum supramayoritarios (para toda la Constitución o para algunas materias), mayoría absoluta por dos Congresos consecutivos o referéndum ratificatorio.

Hasta aquí este resumen general de las propuestas hechas para cada cuestión durante el ejercicio de que da cuenta este libro, propuestas que ya han sido registradas al final de cada uno de los capítulos correspondientes. Ahora viene su síntesis en una tabla desplegable que se incorpora como inserto. Ella condensa todo el esfuerzo desarrollado en este proyecto. Esperamos que sirva para ilustrar y dar sustancia a los debates que ya están entre nosotros. Y los muchos que, según todo lo indica, vendrán.

Jaime Bassa, Rodrigo Correa, Jorge Correa, Arturo Fermandois, Jaime Gajardo, José Francisco García, Gastón Gómez, Miriam Henríquez, Pablo Ruiz-Tagle, Francisco Soto, Sebastián Soto, Patricio Zapata y Francisco Zúñiga.

Mayo, 2016

Bibliografía

- Ackerman, Bruce. 1995. *El futuro de la revolución liberal* (traducción: Malem, Jorge). Barcelona: Ariel.
- Aldunate, Eduardo. 2008. *Derechos Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- Alegre, Marcelo. 2011. “El artículo 19 y la igualdad democrática” en *La Constitución en 2020* (compilador: Gargarella, Roberto). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Atria, Fernando. 2013. *La Constitución tramposa*. Santiago: LOM Ediciones.
- . 2014. “La Constitución tramposa y la responsabilidad del jurista” en *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Bassa, Jaime. 2015. *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (editores: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian). Santiago: LOM ediciones.
- Bercholz, Jorge. 2008. “Descentralización y democracia. Compatibilidades y contradicciones en la justificación teórica de ambos procesos” en *La organización política del territorio en América y España. Federalismo e integración* (dir.: Bercholz, Jorge). Buenos Aires: Lajouan.
- Bobbio, Norberto. 1990. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate.
- . 2009. *Teoría General de la Política*. Madrid: Trotta.
- Boisier, Sergio. 2001. *Sociedad del conocimiento, conocimiento social y gestión territorial*. Santiago: Estudios Sociales, Corporaciones de Promoción Universitaria.
- . 2004. “Desarrollo territorial y descentralización. El desarrollo en el lugar y en las manos de la gente” en *Revista Eure*, Vol. XXX, Número 90.
- Boloña, Germán. 2010. *Organización Administrativa*. Santiago: Legal Publishing.
- Borja, Manuel. 1996. “Estado, sociedad y ordenamiento territorial en Colombia” en *Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI)*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Bozán, Ángel. 2006. “Documento de trabajo. Comisión de Reforma Municipal” en *Asociación Chilena de Municipalidades*. Santiago.

- Breyer, Stephen. 2008. “Razonamiento Económico y Revisión Judicial” en *Estudios Públicos*, Número 109.
- Bustos, Rodrigo. 2014. *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*. Santiago: Librotecnia.
- Campos, Fernando. 1956. *Historia Constitucional de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Carrasco, Sergio. 1997. “Iniciativas sobre descentralización y regionalización durante el periodo de vigencia de la Constitución política de 1925” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 24, Número 2.
- Collier, Simon. 2005. *La Construcción de una República. 1830-1865. Políticas e ideas*. Santiago: Ediciones Universidad Católica.
- Comella, Rosa. 1997. *Límites del Poder Reglamentario en el Derecho Administrativo de los Estados Unidos*. Barcelona: Cedecs.
- Cumplido, Francisco y Noguera, Humberto. 2001. *Instituciones políticas y teoría constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca.
- Damaska, Mirjan. 2000. *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Darnstädt, Thomas. 2005. *La trampa del consenso* (traducción: Sosa Wagner, Francisco). Madrid: Trotta.
- Deluz, Benoit. 2015. “El dilema de la regionalización chilena: ¿Más desconcentralización o ‘auténtica’ autonomía regional?” en *Administración Territorial de Chile. Estudios sobre Descentralización y Desconcentración Administrativas* (autores: Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis). Santiago: Legal Publishing-Thomson Reuters.
- Duverger, Maurice. 1997. *Introducción a la Política*. Barcelona: Ariel.
- Estévez, Carlos. 1942. “Reformas que la Constitución de 1925 introdujo a la de 1833” en *Cuadernos Jurídicos y Sociales*, Número 23.
- Ferrajoli, Luigi. 2014. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- Fuentes, Claudio. 2013. *El Fraude. Crónica sobre el plebiscito de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Hueders.
- Fuentes, Claudio y Joignant, Alfredo. 2015. *La solución constitucional* (editores). Santiago: Catalonia.
- Gajardo, Jaime. 2014a. “Multiculturalismo y el debate constitucional chileno” en *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, Número 6.
- . 2014b. “Derechos de los grupos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” en *Un conflicto de derechos: autonomía individual v. autonomía colectiva* (coordinador: Hierro, Liborio). Madrid: Marcial Pons.
- . 2015. *Derecho y multiculturalismo*. Madrid: Editorial Académica Española.

- García Morillo, Joaquín. 1994. *La protección judicial de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García, José Francisco. 2014. “Minimalismo e incrementalismo constitucional” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Número 1.
- Gargarella, Roberto. 2013. *Latin American Constitutionalism 1810–2010*. Oxford: Oxford University Press.
- Garretón, Manuel Antonio. 2015. “Crisis estructural y corrupción institucionalizada: ¿cómo se sale” en *El Mostrador* (disponible en la web).
- Gazier, François. 1972. *La Fonction Publique dans le Monde*. París: Cujas.
- Ginsburg, Tom. 2014. “¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la Constitución chilena” (traducción: Gallego Saade, Javier) en *Estudios Públicos*, Número 133.
- Godoy, Óscar. 1990. “El régimen parlamentario. Una opción política para Chile” en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Gómez, Gastón. 2013. *Las sentencias del tribunal constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Guerra, Juan Guillermo. 1929. *La Constitución de 1925*. Santiago: Anales de la Universidad de Chile.
- Häberle, Peter. 1997. “Problemas fundamentales de una teoría constitucional del regionalismo en perspectiva comparada” en *Estudios de Derecho Público*, Número Especial en homenaje a Juan José Ruiz-Rico.
- Habermas, Jürgen. 1991. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.
- Henríquez, Miriam. 2005. “Los pueblos indígenas y su reconocimiento constitucional pendiente” en *Reforma Constitucional* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago: LexisNexis.
- _____. 2007a. “Los tratados internacionales en la Constitución reformada” en *Revista de Derecho Público*, Número 69.
- _____. 2007b. “Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de tratados internacionales” en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 1, Año 5.
- _____. 2007c. “Problemáticas en torno a la ley orgánica constitucional” en *Actas XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público*. Valparaíso.
- _____. 2008. “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos” en *Revista Estudios Constitucionales*, Vol. 2, Año 6.
- _____. 2011. “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento constitucional chileno” en *Anuario de Derecho Público*. Santiago: Universidad Diego Portales.

- _____. 2013a. “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre Ley de Pesca que asigna rango infraconstitucional a los tratados de derechos humanos” en *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, Número 3.
- _____. 2013b. “¿Inconstitucionalidad sobreviniente ante el Tribunal Constitucional? O ¿Derogación tácita de preceptos legales preconstitucionales ante los tribunales de justicia?” en *Relaciones del Tribunal Constitucional con los demás órganos del Estado* (coordinadoras: Henríquez, Miriam y Silva, María Pía). Santiago: Editorial Abeledo Perrot - Thomson Reuters.
- _____. 2013c. “¿Precedente constitucional en el sistema de fuentes del derecho chileno?” en *Precedente, cosa juzgada y equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública* (editores: Romero, Alejandro, Arancibia, Jaime y Martínez, José Ignacio). Santiago: Editorial Abeledo Perrot - Thomson Reuters.
- _____. 2014. “La polisemia del control interno de convencionalidad” en *International Law*, Número 24.
- _____. 2015. “Tratados internacionales: reflexiones en torno a una nueva Constitución” en *Propuestas para una Nueva Constitución (originada en democracia)* (coordinadores: Chía, Eduardo y Quezada, Flavio). Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Instituto Igualdad y Fundación Friederich Ebert.
- _____. 2016. “¿Cómo se controla la infracción constitucional originada en el no sometimiento de un tratado a la aprobación del Congreso Nacional?” en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia*, Vol. XXIX.
- Hidalgo, Paulo. 2011. *El Ciclo Político de la Concertación (1990-2010)*. Santiago: Uqbar Editores.
- Hierro, Liborio. 2007. “Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy” en *Doxa*, Número 30.
- Hogg, Peter. 2001. *Constitutional Law of Canada*. Toronto: Carswell.
- Horst, Bettina. 2009. “Fuentes de financiamiento de gobiernos subnacionales y descentralización fiscal” en *Un Mejor Estado para Chile. Propuestas de Modernización y Reforma*. Santiago: Consorcio para la Reforma del Estado.
- Huneus, Jorge. 1890. *La Constitución ante el Congreso. Tomo I*. Santiago: Imprenta Cervantes.
- Illanes, Ignacio. 2000. “Eliminación de las Gobernaciones Provinciales” en *Serie Informe Legislativo*, Número 16. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- Kymlicka, Will. 1996. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós.
- Linz, Juan. 1990. “Democracia, presidencialismo o parlamentarismo: ¿Hace alguna diferencia?” en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

- Masterman, Roger. 2001. *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Nino, Carlos. 1979. “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personales una de las acciones privadas de los hombres?” en *Revista Jurídica, La Ley*. Buenos Aires.
- _____. 1992. *Fundamentos del Derecho Constitucional: análisis filosófico, jurídico y político-lógico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- _____. 1997. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Nogueira, Humberto. 1985. “El Estado Unitario, los Procesos de Descentralización Regional y el Estado Federal” en *Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales*, Vol. 12, Número 34-35.
- _____. 2012-2014. *Derecho Constitucional chileno*. Tres Volúmenes. Santiago: Editorial Thomson Reuters-Abeledo Perrot.
- Núñez, Manuel. 2012. “Los efectos de las sentencias en el proceso de inaplicabilidad en Chile: examen a un quinquenio de la reforma constitucional” en *Estudios Constitucionales*, Número 1, Año 10.
- Pallavicini, Julio. 2015. *Derecho Público Financiero*. Santiago: Thomson Reuters.
- Parekh, Bhikhu. 2005. *Repensando el multiculturalismo*. Madrid: Istmo.
- Peces-Barba, Gregorio. 1999. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Pozo, Hernán. 1986. “La participación en la gestión local para el régimen autoritario chileno” en *Documento de trabajo FLACSO*, Número 287.
- Prieto Sanchís, Luis. 2013. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Quiero, Francisco. 2016. “Estado, mercado y nueva Constitución: cuatro modelos del rol del Estado en la economía” en *Por una Asamblea Constituyente: mecanismos, procesos y contenidos para una nueva Constitución* (editores: Quiero, Francisco y Gajardo, Jaime). Santiago: LOM ediciones.
- Rodríguez, Luis. 2002. “El debate sobre los derechos de grupo” en *Estado, justicia y derechos* (editores: Colomer, José Luis y Díaz, Elías). Madrid: Alianza.
- Rouquié, Alain. 2011. *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina* (traducción: Goldstein, Víctor). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Ruiz-Tagle, Pablo. 2000. “Principios Constitucionales del Estado Empresario” en *Revista de Derecho Público*, Número 62.
- Salgado, Constanza. 2015a. “El derecho a la educación” en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (editores: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian). Santiago: LOM ediciones.

- . 2015b. “Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional” en *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Vol. 22, Número 1.
- Sartori, Giovanni *et al.* 1991. “Consideraciones sobre alternativas semipresidenciales y parlamentarias de gobierno” en *Estudios Públicos* Número 42.
- Shklar, Judith. 1998. “The Liberalism of Fear” en *Political Thought and Political Thinkers* (editor: Stanley Hoffman). Chicago: University of Chicago Press.
- Sierra, Lucas. 2015. *Diálogos Constitucionales. La Academia y la Cuestión Constitucional en Chile* (editor). Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- Soto, Francisco. 2015. “Propuesta para el cambio constitucional” en *La Tercera*, 14 de septiembre.
- Soto Velasco, Sebastián. 2014. “Derechos sociales y la eficacia de su constitucionalización. Un análisis aplicado” en *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional* (editor: García, José Francisco). Santiago: Thomson Reuters.
- . 2015. *Congreso Nacional y Proceso Legislativo. Teoría y Práctica*. Santiago: Thomson Reuters.
- Sternberger, Dolf. 2001. *Patriotismo constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Stuven, Ana María y Cid, Gabriel. 2012. *Debates Republicanos en Chile. Siglo XIX. Tomo I*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Sunstein, Cass. 2009. *A Constitution of Many Minds*. New Jersey: Princeton University Press.
- Teitelboim, Volodia. 2003. *Gabriela Mistral. Pública y Secreta*. La Habana: Editorial Arte y Literatura. 2006.
- Torbisco, Neus. 2006. *Group Rights as Human Rights. A Liberal Approach to Multiculturalism*. Barcelona: Springer.
- Urzúa, Germán. 1992. *Historia Política de Chile y su Evolución Electoral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Valenzuela, Arturo. 1990. “Partidos políticos y crisis presidencial en Chile: Proposición para un gobierno parlamentario” en *Hacia una democracia moderna. La opción parlamentaria* (editor: Godoy, Óscar). Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Vallespín, Fernando. 1999. “El futuro de la democracia” en *Claves de Razón Práctica*, Número 97.
- Verdugo, Mario. 1994. *Derecho Constitucional* (editores: Verdugo, Mario, Pfeffer, Emilio y Nogueira, Humberto). Santiago: Editorial Jurídica.
- Victory, Catalina. 2007. “Gobiernos Municipales y Desarrollo Local en Iberoamérica” en *Serie: Síntesis. Unión Iberoamericana de Municipalistas*, Número 6.

- von Baer, Heinrich y Palma, César. 2008. “Hacia una política de Estado en descentralización y desarrollo local y regional” en *Rompiendo las cadenas del centralismo en Chile* (editores: Irarrázaval, Ignacio; Horst, Bettina). Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- Waissbluth, Mario. 2006. “La Reforma del Estado en Chile 1990-2005: De la confrontación al consenso” en *Boletín Electrónico de la ESADE*. Barcelona: ESADE.
- Waldron, Jeremy. 1999. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Walker, Ignacio y Zapata, Patricio. 2015. “Una convención constituyente para el bicentenario” en *El Mercurio*, 11 de julio.
- Zapata, Patricio. 2015. *La casa de todos. La nueva Constitución que Chile merece y necesita*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Zárate, Sebastián. 2014. “Hacia un estatuto constitucional de órganos autónomos” en *¿Nueva Constitución o Reforma? Nuestra Propuesta: Evolución Constitucional* (editor: García, José Francisco). Santiago: Thomson Reuters.
- Zúñiga, Francisco. 2007. “Vieja nueva Constitución” en *Estudios Constitucionales*, Número 4.
- . 2013. “Reforma constitucional y legal a la fórmula electoral binominal en Chile” en *Paraná Eleitoral*, Vol. 2, Número 3.
- . 2014a. “Nueva Constitución para Chile. Las ‘bases’ y las nuevas ideas político-constitucionales” en *Revista de Derecho Público*, edición especial.
- . 2014b. *Nueva Constitución: Reforma y Poder Constituyente en Chile*. México D.F.: UNAM.
- . 2014c. “Poder constituyente, Derecho Constitucional Transitorio y Controles” en *Nueva Constitución y Momento Constitucional. Visiones, antecedentes y debates* (coordinador: Zúñiga, Francisco). Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters.
- . 2015. “Sentencia Rol N° 2777-15 del Tribunal Constitucional, sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de reforma electoral (Boletín N° 9326-07)” en *Revista de Derecho Público*, Número 82.

Participantes en las “Propuestas constitucionales”

- Bassa M., Jaime.** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.
- Correa S., Jorge.** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales.
- Correa G., Rodrigo.** Abogado, Universidad de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Ciencias del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Abogado integrante de la Corte Suprema de Justicia.
- Fernandois V., Arturo.** Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Gobierno y Políticas Públicas, Universidad de Harvard. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Gajardo F., Jaime.** Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Chile. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Estudios de doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile.
- García G., José Francisco.** Abogado y Máster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile.
- Gómez B., Gastón.** Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Universidad de Chile.
- Henríquez V., Miriam.** Abogada, Universidad Nacional de Comahue. Máster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado y Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ruiz-Tagle V., Pablo. Abogado, Universidad de Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad de Yale. Profesor de Introducción al Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Soto B., Francisco. Abogado, Universidad Diego Portales. Máster de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Soto V., Sebastián. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Estudios de doctorado en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Director del Área Constitucional del Instituto Libertad y Desarrollo.

Zapata L., Patricio. Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Ciencia Política, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Harvard. Estudios de doctorado en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas.

Zúñiga U., Francisco. Abogado, Universidad de Chile. Estudios de postgrado, Universidad Autónoma de Madrid y Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Equipo del CEP

Aninat S., Isabel. Abogada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Columbia. Investigadora del CEP.

Gallego S., Javier. Abogado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Público y Ética Profesional, Universidad Adolfo Ibáñez. Asistente de investigación del CEP.

Sierra I., Lucas. Abogado, Universidad de Chile. Máster en Derecho, Universidad de Yale. Doctor en Ciencias Sociales y Políticas, Universidad de Cambridge. Profesor de Regulación de las Telecomunicaciones y Profesión Jurídica, Universidad de Chile. Subdirector del CEP. Editor de este libro.