

# EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

Bases conceptuales y propuestas para  
pensar la nueva Constitución

Octubre 2020



Chile se encuentra hoy en un momento histórico, complejo y desafiante en muchas dimensiones de nuestra sociedad. Para mirar al futuro juntos, frente a esta demandante realidad, es central volver a alcanzar grandes consensos democráticos.

El debate constitucional es uno fundamental.

En esta línea, y tras el Acuerdo Nacional firmado el 15 de noviembre de 2019, en Horizontal tomamos la decisión de profundizar el trabajo que veníamos desarrollado en el debate constitucional desde el inicio de nuestro proyecto, siempre fundado en el ideario liberal de la institución.

Estamos conscientes de que la principal forma de avanzar en un momento tan crucial como el que vivimos es por medio de propuestas serias, rigurosas y responsables sobre la necesaria evolución que requiere nuestra arquitectura constitucional. Y es que, para alcanzar un Chile compartido y unido, es fundamental que toda la sociedad se comprometa a trabajar en conjunto; aspecto con el que, como actor de la sociedad civil, estamos profundamente comprometidos.

Para este efecto, decidimos contribuir a dicho desafío conformando un grupo diverso de académicas y académicos capaces de dar vida a un proyecto integral de contenidos para el debate constitucional. Tenemos la convicción, a su vez, que la participación de toda la ciudadanía es fundamental, por lo que nos propusimos publicar un documento para abrir la posibilidad de que se genere una discusión informada y profunda.

Fue de esta manera como nació el documento que hoy tienen en sus manos, elaborado por un destacado grupo de 16 académicos, y coordinado por el profesor de derecho constitucional UC, José Francisco García. Queremos especialmente agradecerle a él; al resto de los expertos que participaron, y a quienes colaboraron con la revisión y elaboración de cada detalle de este texto.

Esperamos que en un momento tan decisivo como el que hoy vivimos, las siguientes páginas logren dar luces y orientar un debate que es fundamental para el presente y futuro de nuestro país.



**Hernán Larraín**

*Director Proyecto Constitucional HZ*



**Sebastián Izquierdo**

*Director ejecutivo de Horizontal*

## AUTORES



### JOSÉ FRANCISCO GARCÍA

Coordinador del grupo académico.

Abogado. Magíster Derecho Público Universidad Católica. Máster y Doctor en Derecho de la Universidad de Chicago. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica. Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

### EDUARDO ALDUNATE

Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad del Saarre (Alemania) y profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Valparaíso.

### RAPHAEL BERGOEING

Economista de la Universidad de Chile, PhD. en Economía de la Universidad de Minnesota (EE.UU.). Académico del Departamento de Economía de la Universidad Diego Portales y presidente de la Comisión Nacional de Productividad. Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

### MILENKO BERTRAND-GALINDO

Abogado, Master of Law (LLM) de la *Harvard Law School* (EE.UU.) y Doctor en Derecho del *Washington College of Law* (EE.UU.). Profesor Asistente del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Católica. Socio del Estudio Jurídico Bertrand-Galindo, Barrueto, Barroilhet & Cía, e integrante del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos.

### EDESIO CARRASCO

Abogado. Licenciado en Derecho de la Universidad Católica de Chile y Máster (LLM) en Derecho de la Universidad de California (Berkeley). Profesor de postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de la Universidad del Desarrollo.

### JOSÉ ANTONIO VALENZUELA

Secretario del grupo de autores.

Abogado. Fue asociado en el Estudio Jurídico Carriola Díez Pérez Cotapos. Actualmente se desempeña como asesor legislativo del Diputado Luciano Cruz Coke.

### CRISTÓBAL CAVIEDES

Abogado. Magíster en Derecho con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile. Máster of Laws (LLM) de la *University College* de Londres (Reino Unido). Doctor en Derecho de la Universidad de Queen's (Canadá). Académico de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Norte.

### FRANCISCA DUSSAILLANT

Ingeniera civil y doctora en Economía de la Universidad Católica. Fue investigadora en el Centro de Estudio Públicos, consultora en el PNUD, directora del Centro de Políticas Públicas de la Universidad del Desarrollo, consejera del Consejo Nacional de Educación y coordinadora de Política Social en el Ministerio de Hacienda. Actualmente se desempeña como coordinadora de política laboral del Ministerio de Hacienda y preside la Sociedad Chilena de Políticas Públicas.

### LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

Abogado y Magíster en Derecho de *Yale Law School* (EE.UU.). Candidato a Doctor en Derecho de *Yale University* (EE.UU.). Investigador del Centro de Estudios Público. Se ha desempeñado como profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, *visiting fellow* en la Escuela de Regulación y Gobernanza Global de la Universidad Nacional de Australia y como investigador invitado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Alemania).

### SEBASTIÁN IZQUIERDO

Ingeniero comercial con mención en economía y Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile. Cumplió un rol directivo en Conicyt. Fue Secretario Ejecutivo de la Agencia de Calidad de la Educación y, posteriormente, Superintendente de Educación. Trabajó como Director de Pregrado de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actualmente es el Director Ejecutivo del centro de estudio Horizontal.

### MANUEL NÚÑEZ

Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso.

### CLAUDIO OLIVA

Abogado. Tiene estudios de doctorado en la Universidad Carlos III de Madrid (España). Director de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, y profesor de Filosofía de Derecho de la misma institución.

### JUAN LUIS OSSA

Historiador. Doctor en Historia Moderna de la Universidad de Oxford (Reino Unido). Investigador del Centro de Estudios Públicos. Sus investigaciones giran en torno a la historia política de Chile y Latinoamérica en el siglo XIX, con especial énfasis en la independencia y la construcción del Estado republicano. Ha publicado en diferentes revistas especializadas. Autor del libro *Armies, politics and revolution Chile, 1808-1826* y del libro *Chile Constitucional*. Editó, junto a Iván Jaksic, el tomo 1 de *Historia Política de Chile, 1810-2010* (Fondo de Cultura Económica). Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

### JUAN IGNACIO PIÑA

Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad de Navarra (España). Profesor de Derecho Penal de la Universidad Católica. Fue Subsecretario de Justicia. Ex presidente del Consejo de Defensa del Estado. Ex coagente del Chile

ante la Corte Internacional de Justicia (La Haya). Ex delegado de Chile ante las N.U. Para el Examen Periódico Universal de DDHH (2014, Ginebra). Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

### SANDRA PONCE DE LEÓN

Abogada. Magíster en Derecho Público mención en Derecho Constitucional de la Universidad Católica. Ha ocupado cargos directivos en los sectores público y privado. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Católica y académica en el Magister en Derecho (LLM) de la misma institución. Es también profesora en el Magíster en Derecho Público de la Universidad Finis Terrae y de la Academia Judicial de Chile. Directora del Instituto Chileno de Derecho Administrativo.

### VALENTINA VERBAL

Historiadora. Licenciada por la Universidad de los Andes y magíster por la Universidad de Chile. Actualmente, como becaria *Fulbright*, cursa un doctorado en historia atlántica en *Florida International University* (Miami). Ha sido profesora de historia institucional de Chile en la Universidad Autónoma y directora de investigación y de formación del centro de estudios Horizontal. Autora de más de una docena de artículos académicos, de *La derecha perdida* y coeditora de *El octubre chileno*. Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

### SERGIO VERDUGO

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho Público de la Universidad Católica. Máster en Derecho (LL.M) de la Universidad de California, (Berkeley). Doctor en Derecho de la Universidad de New York (EE.UU). Editor asociado del *International Journal of Constitutional Law* y Secretario General electo de la *International Society of Public Law*. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Comparado de la Universidad del Desarrollo. Miembro del consejo asesor del Proyecto Constitucional de Horizontal.

## ÍNDICE

<b>EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL: EL CAMINO HACIA UNA CONSTITUCIÓN QUE NOS UNA</b> .....	9
<b>I. TRES DIMENSIONES DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL</b> .....	18
1. El problema constitucional y la controvertida legitimidad de la Carta actual .....	19
2. El problema constitucional en su dimensión técnica: el agotamiento de la “tecnología” institucional de la Carta de 1980 .....	20
3. El problema constitucional ante los desafíos del presente y el futuro .....	22
4. El Acuerdo del 15 de noviembre de 2019 y el camino de cambio constitucional pactado: institucional, democrático y participativo .....	25
<b>II. BASES CONCEPTUALES DE NUESTRA PROPUESTA: UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA CON ESPÍRITU MINIMALISTA</b> .....	25
1. La Constitución y la comunidad política .....	26
2. Lecciones del pasado: ninguna Constitución puede pretender refundar la República .....	27
3. Las Constituciones entendidas como acuerdos intergeneracionales, de una comunidad política determinada, sobre esenciales constitucionales .....	28
4. Las Constituciones son pactos políticos inacabados y abiertos a su perfeccionamiento continuo .....	29
5. Las Constituciones no buscan zanjar las principales controversias en una sociedad: las dejan al proceso político democrático .....	30
<b>III. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL</b> .....	32
1. Bases de la República: revitalizar nuestros esenciales constitucionales .....	34
1.1. La importancia de buscar los principios comunes compartidos .....	34
1.2. Propuestas .....	34
2. Una carta de derechos fundamentales para el siglo XXI .....	36
2.1. Examinando críticamente nuestra carta de derechos actual .....	36
2.2. El debate sobre los derechos sociales, económicos y culturales .....	36
2.3. De la Constitución Económica fuerte a principios constitucionales económicos compartidos .....	38
2.4. Propuestas .....	39

3. Régimen de gobierno: hacia un modelo de cooperación Presidente-Congreso que incorpore mecanismos de un régimen semipresidencial.....	41
3.1. Nuestro híper presidencialismo en crisis .....	41
3.2. Instituciones de la democracia representativa (y la regla de mayoría) en crisis: Congreso Nacional y partidos políticos.....	42
3.3. Objetivos de una reforma del régimen de gobierno y de rehabilitación de la política (y la representación).....	43
3.4. Propuesta .....	44
4. Gobierno, Administración y modernización del Estado: aumentando los estándares de excelencia y exigencia en beneficio de los ciudadanos.....	47
4.1. Elementos de diagnóstico.....	47
4.2. Propuestas .....	47
5. Judicatura .....	51
5.1. Déficit en el gobierno judicial y desperfilamiento de la Corte Suprema .....	51
5.2. Propuestas .....	52
6. Tribunal Constitucional .....	54
6.1. El Tribunal Constitucional en la tradición constitucional chilena .....	54
6.2. Propuestas .....	56
7. Contraloría General de la República.....	57
7.1. Elementos de diagnóstico.....	57
7.2. Propuestas .....	58
8. Otros órganos constitucionales.....	59
8.1. Elementos de diagnóstico.....	59
8.2. Propuestas .....	59
9. Forma de Estado. Hacia un Estado descentralizado .....	61
9.1. Un modelo de Estado unitario agotado.....	61
9.2. Propuestas .....	63
10. Reforma y revisión total de la Nueva Constitución.....	66
10.1. Rigidez constitucional excesiva y ausencia de un procedimiento de revisión total de la Constitución (previo a la Ley N° 21.200).....	66
10.2. Propuestas .....	67
<b>ANEXO. COMPARADO DEL CAPÍTULO I: BASES FUNDAMENTALES DE LA REPÚBLICA .....</b>	<b>68</b>

# EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL: EL CAMINO HACIA UNA CONSTITUCIÓN QUE NOS UNA

---



# EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL: EL CAMINO HACIA UNA CONSTITUCIÓN QUE NOS UNA Y NO NOS DIVIDA

El presente documento recoge el trabajo de un conjunto de académicos que, a partir de enero de 2020, han venido reflexionando acerca del cambio constitucional en nuestro país<sup>1</sup>, en el marco de un trabajo de más largo aliento que, desde 2014, viene realizando en este ámbito Horizontal, desde su ideario liberal<sup>2</sup>. El objetivo de este esfuerzo ha sido siempre el mismo: sanar las heridas del pasado y rescatar lo mejor del camino recorrido desde la transición hasta hoy.

En efecto, cuando la Presidenta Michelle Bachelet (2014-2018) convocó a deliberar sobre una nueva Constitución en democracia, Horizontal (y Evópoli) concurren de manera constructiva y leal, lo que incluyó la participación de uno de sus integrantes en el Consejo Ciudadano de Observadores, el desarrollo de diversos encuentros locales auto convocados y cabildos, la formulación de propuestas, entre otros. Más tarde, en el programa de gobierno que elaboró Horizontal y que puso a disposición de la candidatura a primarias presidenciales de Felipe Kast a mediados de 2017, se incorporó un capítulo sobre cambio constitucional, que desarrolló una propuesta sustantiva (Constitución minimalista) y una propuesta procedimental que conducía a una nueva Constitución<sup>3</sup>.

A partir del Acuerdo del 15 de noviembre de 2019, suscrito por la mayoría de los partidos políticos con representación parlamentaria, y en el que Evópoli participó de forma activa<sup>4</sup>, el debate constitucional se encuentra en el centro del debate político. Más aún, hoy nuestra Constitución cuenta con un nuevo procedimiento para que los ciudadanos aprueben su revisión total o reemplazo, fijándose una “ruta” para ello.

Es bueno constatar que el diagnóstico, las bases conceptuales y las propuestas que presentamos en este documento no solo se nutren de los esfuerzos intelectuales y programáticos antes descritos, sino que también consideran una serie de diagnósticos y propuestas que distintos sectores académicos, políticos y de la sociedad civil han ido poniendo en el foro público en los últimos años, con el ánimo de converger en la senda del cambio constitucional. Valoramos tales esfuerzos y voluntades, pues a la base está una idea de Constitución como la casa de todos.

## NUEVA CONSTITUCIÓN = NUEVO ESTADO

Una nueva Constitución no podrá, por sí sola, enfrentar los múltiples desafíos y necesidades que demanda hoy

1. Grupo coordinado por José Francisco García (P. Universidad Católica de Chile) e integrado por los académicos Eduardo Aldunate (P.U. Católica de Valparaíso), Raphael Bergoeing (U. Diego Portales), Milenko Bertrand-Galindo (P.U. Católica de Chile), Edesio Carrasco (U. del Desarrollo y P. U. Católica de Chile), Cristóbal Caviedes (U. Católica del Norte, Francisca Dussaillant (ex-Horizontal), Luis Eugenio García-Huidobro (CEP), Sebastián Izquierdo (Horizontal), Manuel Núñez (P.U. Católica de Valparaíso), Claudio Oliva (U. de Valparaíso), Juan Luis Ossa (CEP), Juan Ignacio Piña (P. U. Católica de Chile), Sandra Ponce de León (P. U. Católica de Chile), Valentina Verbal (Horizontal) y Sergio Verdugo (U. del Desarrollo). El secretario del grupo fue el abogado José Antonio Valenzuela. Los autores que colaboraron en la elaboración de este documento lo hicieron sin que ello implique su adhesión a todo lo consignado en este. Agradecemos los comentarios y sugerencias a borradores iniciales de este documento a los profesores Isabel Aninat, Antonio Bascuñán, Rodrigo Correa, Lucas Sierra, Gastón Gómez y Daniel Brieba.

2. Ver, por ejemplo, Hernán Larraín Matte, “Una Constitución mínima para una democracia máxima”, 2014. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2014/08/04/una-constitucion-minima-para-una-democracia-maxima/> Ver también Valentina Verbal, “Constitución mínima: ¿de qué estamos hablando”, 2016. Disponible en: <https://c80.cl/columnas/constitucion-minima-y-liberal/> Desde la perspectiva de una teoría de la justicia liberal, ver Daniel Brieba, “Igualdad democrática: la teoría de justicia de Anderson”, documento de trabajo de Horizontal de 2015. Disponible en: <http://horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2017/05/Brieba-Anderson.pdf> En fin, para una mirada al debate constitucional desde el liberalismo político, ver José Francisco García, “Minimalismo e incrementalismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, 2014.

3. Disponible en: [https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2017/05/ProgramaGobiernoFelipeKast\\_mayo2017.pdf](https://www.servel.cl/wp-content/uploads/2017/05/ProgramaGobiernoFelipeKast_mayo2017.pdf)

4. El Ministro de Interior, Gonzalo Blumel, fue uno de los articuladores del acuerdo, y en el mismo participó en forma activa el Senador Felipe Kast y el presidente del partido, Hernán Larraín.



nuestra comunidad política en los más diversos ámbitos. Ello requerirá de leyes, medidas administrativas, políticas públicas, pero muy especialmente de un Nuevo Estado, uno a la altura de estos desafíos y necesidades de una democracia legitimada, como da cuenta el documento “Modernización del Estado: el desafío más grande de nuestra democracia”, elaborado por Horizontal.

El Estado de Chile ha dado muestras de no estar cumpliendo con su deber<sup>5</sup>, y probablemente buena parte de la falta de legitimidad de nuestro sistema político radica justamente en la mediocridad del Estado, capturado como agencia de empleo por los partidos políticos. Mientras no se logre construir un Estado moderno, con servicios sociales de excelencia, será imposible que los mínimos sociales exigidos por la Constitución puedan hacerse realidad. La falla del Estado, al final del día, genera una brecha social que aumenta las desigualdades, pues solo quienes logran escapar del Estado, financiando esos servicios públicos en forma privada, acceden a los niveles de dignidad a los cuales aspira la sociedad.

Surge, entonces, la pregunta sobre el grado de eficacia y eficiencia con la que el Estado emplea sus recursos para hacer frente a los desafíos que se le imponen. A modo de respuesta general, se ha estimado que alrededor de un 1,8% del producto nacional, equivalente a aproximadamente un 9% del presupuesto fiscal, es efectivamente mal gastado<sup>6</sup>.

Así, lo anterior ha sido ciertamente un factor que ha contribuido al hecho de que no se hayan logrado instaurar sistemas que satisfagan de manera efectiva las necesidades de la población, lo cual es, a su vez, un antecedente del “estallido social” de octubre de

2019. Ello se ha manifestado de manera muy concreta en diversos sectores:

- I. En materia de salud, la mitad de la población percibe que no podría recibir un tratamiento adecuado en caso de necesitarlo<sup>7</sup>, lo que guarda directa relación con la falta de horas y largas listas de espera en el sistema de salud pública<sup>8</sup>.
- II. En educación superior, la asimetría en la calidad de la educación recibida genera frustraciones crónicas e irreversibles a los estudiantes.
- III. En cuanto a la educación pública, a pesar de tener un gasto por niño muy superior al de la educación particular subvencionada, sigue muy por debajo del estándar mínimo que requieren nuestro niños de acuerdo a la prueba internacional PISA<sup>9</sup>, exhibiendo también una importante brecha entre distintos niveles socioeconómicos.
- IV. En cuanto a la descentralización y el localismo, el panorama es muy adverso. Un puñado de municipios cuentan con ingresos diez veces superiores a otros, lo que genera un aumento de las desigualdades territoriales y del centralismo a lo largo del país.



5. Por ejemplo, mientras que el presupuesto fiscal se ha multiplicado por un factor de 3,25 en los últimos 20 años y el número de funcionarios pasó de 210.000 en 2011 a 300.000 en 2018 ( [www.datosmacro.expansion.com/estado/gasto/chile](http://www.datosmacro.expansion.com/estado/gasto/chile)), la percepción de calidad de los servicios estatales se mantiene como insatisfactoria. Con ello, hasta un 76% de la ciudadanía declara haber recibido un mal trato por parte de los empleados públicos. Ver *Estudio nacional de transparencia*. Consejo para la Transparencia, 2018..

6. *Mejor gasto para mejores vidas*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.

7. Encuesta IPSOS – Espacio Público (2017). Obtenido de: [espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/Informe-General-Ipsos-Espacio-Publico-2017\\_V2.pdf](http://espaciopublico.cl/wp-content/uploads/2017/12/Informe-General-Ipsos-Espacio-Publico-2017_V2.pdf)

8. FONASA, al cual el 77% de la población está adscrita, presenta problemas de falta de horas disponibles y largas listas de espera. Véase: *Reforma al Sistema de Salud*, Horizontal, 2019; Carla Castillo-Laborde et al, “Health Insurance Scheme Performance and Effects on Health and Health Inequalities in Chile”. *MEDICC Review*, vol. 19, N° 2-3, 2017.

9. Andreas Schleicher, PISA 2018: *Insights and Interpretations*, OCDE, 2019.

- V. En cuanto a la seguridad pública, y el rol que le corresponde al Estado ya que cuenta con el monopolio de la fuerza, la situación es igualmente grave. Son muchas las imágenes desoladoras de barrios secuestrados por el narcotráfico, o la violencia permanente a la que están expuestas diversas localidades del sur del país.
- VI. Si a lo anterior se suman los casos de falta a la probidad y corrupción ocurridos en la esfera pública que han salido a la luz recientemente, se puede explicar la falta de confianza pública por parte de la ciudadanía.

Por lo demás, los desafíos y necesidades de los chilenos se presentan hoy en mayor número y complejidad que en el pasado. Temas como el cambio climático o el uso adecuado y seguro de nuevas tecnologías suponen retos que en el pasado eran solo tangenciales al rango de acción del sector público, pero que actualmente deben ser incorporados en la elaboración de sus políticas. No solo ello, sino que lo anterior se enmarca, además, en un proceso internacional que también se ha replicado en Chile, en el cual la ciudadanía demanda una comunicación más estrecha con la autoridad así como una mejor gestión de los bienes y servicios estatales.

El Nuevo Estado debe comenzar en la Nueva Constitución. Es por eso que, como se verá en nuestra propuesta, importa incorporar reglas y estándares exigentes a la administración pública (eficacia, eficiencia, coordinación, transparencia, responsabilidad, probidad, entre otros); consagrar el derecho a la buena administración pública (incluyendo el silencio positivo frente al retraso en la toma de decisiones de la autoridades administrativas y el derecho a la reparación por los daños causados); el debido proceso administrativo y todas sus garantías; un principio de igualdad y no discriminación de trato entre trabajadores del sector público y privado; estándares más exigentes en el ingreso a la función pública, inclu-

yendo la autorización del legislador al Ejecutivo para realizar concursos internacionales para designar autoridades superiores de los servicios públicos; reglas de habilitación y directrices constitucionales para la actividad regulatoria del Estado y las agencias administrativas; aumentar los estándares de excelencia al Estado Empresario (y autorizar alianzas estratégicas con el sector privado), entre otras.

Las reglas de responsabilidad del Estado también serán reforzadas, no solamente el derecho a la reparación de los daños causados por el Estado Administrador (o regulador) que ha actuado de manera negligente, sino que ello se extiende también a otros poderes, por ejemplo simplificando el procedimiento de indemnización por error judicial, ampliándolo a la deficiente administración de justicia.

Así, una Nueva Constitución es un compromiso de avanzar hacia un Estado consciente que para lograr su cometido es imprescindible que no sea capturado por grupos de interés. Un Estado moderno, que actúa con celeridad y eficacia haciendo uso de las mejores tecnologías de la información y con un importante acento en una adecuada gestión de las personas que lo componen, y que hace efectivo los principios de celeridad, eficacia, eficiencia, coordinación, probidad, transparencia, entre otros, permite el goce efectivo de los ciudadanos del derecho a una buena administración pública.

## REHABILITAR LO POLÍTICO

La democracia liberal vive momentos complejos en el mundo. El deterioro de las instituciones fundamentales de la democracia representativa en nuestro país, como el Congreso nacional o los partidos políticos, es un proceso global, aunque, por supuesto, con causas y desafíos de naturaleza interna.

A la base del diagnóstico, los fundamentos conceptuales y propuestas formuladas en este documento,

hay un compromiso de rehabilitación del campo de lo político, de la cultura política y especialmente del concepto y práctica de representación política. Como ha sido sostenido entre nosotros, “el verdadero desafío constitucional consistiría en identificar, primero, las prácticas políticas que obstaculizan la legitimación de la política y, segundo, la relación de dichas prácticas con la Constitución. La solución a la crisis, por tanto, más que en la legitimidad del procedimiento de establecimiento de la Nueva Constitución, residiría en adoptar instituciones capaces de engendrar una política legítima”<sup>10</sup>.

Con todo, este esfuerzo debe ir acompañado, de manera inteligente y equilibrada, con la incorporación de instituciones y mecanismos de democracia directa que, promoviendo la participación ciudadana en definiciones centrales de la *polis*, y sin afectar esencialmente el modelo de democracia representativa, potencie este esfuerzo rehabilitador.

## DELIBERACIÓN CIUDADANA, NO SOLO DE LOS EXPERTOS Y LA ÉLITE

El debate constitucional no es una cuestión que deba quedar exclusivamente en manos de los académicos y los expertos, o entregado a las élites políticas. Estamos ante un esfuerzo colectivo que debe llegar a cada uno de los rincones del país. En efecto, la Constitución tiene, por supuesto, una dimensión técnica. Como ley fundamental del Estado requiere de una sofisticada articulación de los componentes relacionales que la estructuran desde el primer al último artículo, dándole coherencia. Más allá de lo jurídico, muchas de sus reglas requerirán de aportes específicos y altamente calificados de especialistas de las más diversas disciplinas.

Con todo, la Constitución es nuestro pacto político fundamental y, como tal, el proceso constituyente

es una invitación abierta a la ciudadanía a pensar y deliberar acerca de los principios, valores, reglas e instituciones que conforman nuestra comunidad política y la vuelven justa.

## ELEMENTOS DE CONTINUIDAD Y DE CAMBIO EN NUESTRA PROPUESTA

Las propuestas que presentamos en este documento son respetuosas con los esenciales constitucionales de nuestra tradición: la forma republicana de Estado; el régimen democrático representativo y el principio de soberanía popular; un Estado de Derecho en forma, la separación de funciones en diferentes órganos estatales sujetos a límites; y el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

Respecto de la Constitución vigente, ello implica una **continuidad** con:

- I. Los principios de igualdad esencial en dignidad y derechos de toda persona, libertad, régimen democrático, Estado unitario, soberanía limitada, Estado de Derecho, entre otros.
- II. Respecto de la Carta de Derechos, y sin perjuicio de los perfeccionamientos y reformas necesarias, con:
  - a. Los derechos civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, la tutela judicial efectiva de los derechos, la libertad de conciencia, la libertad y seguridad individual, la libertad de enseñanza, las libertades de expresión, de reunión y asociación, la legalidad e igualdad tributaria, el derecho de propiedad, entre otros;
  - b. Un régimen de amparo judicial de derechos fundamentales;
  - c. La libertad de elección y la concurrencia del mundo estatal y privado en materia de educación, salud, seguridad social (y vivien-

<sup>10</sup>. Ver Rodrigo Correa, “El desafío constitucional”, agosto de 2020. Disponible en: <https://www.intersecciones.org/foro/el-desafio-constitucional/>

da), promoviendo así la participación activa de la sociedad civil y el sector privado en estos bienes sociales fundamentales.

- III. Una judicatura independiente.
- IV. Reconocer, aunque fortaleciendo, el destacado rol que cumplen los municipios en nuestro sistema constitucional.
- V. La continuidad de órganos estatales de rango constitucional autónomos: la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional, la Justicia Electoral y el Banco Central, los que cumplen un rol fundamental en la actividad institucional del Estado.
- IV. Reglas de reforma constitucional que dan cuenta de la supremacía y rigidez de la Constitución respecto de las leyes ordinarias.

Desde el punto de vista de las **innovaciones** más importantes que proponemos, destacan las siguientes:

## I. En los principios fundamentales de la Constitución

- 1. Dignidad humana como inviolable y fundamento de los derechos y libertades de las personas.
- 2. Nuevos deberes del Estado:
  - a. Reconocer y amparar los más diversos proyectos de vida personales, familiares y asociativos lícitos, bajo igual consideración y respeto, reconociendo que somos una sociedad plural.
  - b. El deber del Estado de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas idóneas para proteger a niñas, niños y adolescentes contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, garantizando así su bienestar, desarrollo e integridad física y psíquica. Ello es un imperativo de justicia que permite garantizar poner a nuestros niños y niñas “primeros en la fila” de las decisiones públicas.
  - c. Conciliar la protección del medio ambiente con el desarrollo económico y social;



## Dignidad humana como inviolable y fundamento de los derechos y libertades de las personas.

- d. El fortalecimiento de la descentralización y el localismo, el desarrollo sustentable, equitativo y solidario entre las regiones y comunas del territorio nacional.
- 3. Reforzar los principios de probidad y transparencia en el sector público.
- 4. El reconocimiento y promoción de los pueblos indígenas, habilitando al legislador de quórum calificado para adoptar medidas que permitan garantizar una representación adecuada en el Congreso Nacional.
- 5. Garantizar el pluralismo político y el compromiso del sistema democrático contra la violencia, sea política o de cualquier otra naturaleza.

## II. En la Carta de derechos y garantías

- 6. Perfeccionar derechos civiles y políticos:
  - a. Incorporar la prohibición de tratos inhumanos y degradantes; en igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, especificar las categorías que requieran de protección especial (raza, género, nacionalidad, entre otras ampliamente consideradas en nuestra legislación y en tratados internacionales vigentes en nuestro país); reemplazar el debido proceso como mandato al legislador por la tutela judicial efectiva como estándar directamente vinculante para el juez; incorporar explícitamente la libertad religiosa; incorporar una regla de libertad de expresión amplia; reserva legal del derecho de reunión, entre otros.
  - b. Agregar como deber del Estado la promoción de

la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, evitando toda forma de violencia, abuso o discriminación.

c. Modernizar el estatuto del derecho de propiedad, de la propiedad minera, los recursos naturales y el agua, y el de los tributos, cargas públicas, gravámenes y beneficios especiales, cotizaciones en salud y previsión.

7. Reconfiguración de los derechos sociales como un compromiso de la política democrática con mínimos sociales exigentes que permitan a toda persona desarrollar sus proyectos de vida:

a. Perfeccionamiento de los derechos sociales actualmente reconocidos en la Constitución (medio ambiente, salud, educación, trabajo, seguridad social y sindicalización), y, estableciendo de manera precisa respecto de cada uno de ellos, su contenido esencial, los supuestos de hecho de procedencia, los deberes del Estado y sus límites. Junto con lo anterior, la inclusión del derecho a vivir en una vivienda adecuada.

b. Desde el punto de vista de su exigibilidad, la ley desarrollará las condiciones de acceso a los bienes sociales garantizados.

“

Reconocer la libertad de elección y la provisión mixta en materia de derechos sociales como educación, salud, seguridad social y vivienda, habilitando la participación activa de la sociedad civil y el sector privado en la cooperación con el Estado en estos bienes sociales fundamentales.



c. Reconocer la libertad de elección y la provisión mixta en materia de derechos sociales como educación, salud, seguridad social y vivienda, habilitando la participación activa de la sociedad civil y el sector privado en la cooperación con el Estado en estos bienes sociales fundamentales.

8. Sistematizar derechos políticos, nacionalidad y ciudadanía, hoy dispersos en la Constitución vigente.

### III. Régimen de gobierno

9. Avanzar hacia un modelo de gobierno de cooperación entre Presidente y Congreso, que incorpore instituciones del régimen semipresidencial, fortalezca la función ejecutiva y una mayor responsabilidad del Congreso en esta:

a. Distinguir las figuras y funciones de Jefe de Estado (Presidente) y Jefe de Gobierno (Primer Ministro).

b. Incorporar la posibilidad de que el Presidente disuelva por una única vez el Congreso Nacional durante el mandato presidencial.

c. Introducir la moción de censura constructiva de la Cámara de Diputados contra el Jefe de Gobierno.

d. Flexibilizar el régimen de incompatibilidad entre la figura de ministro de Gobierno y la de parlamentario (diputado).

10. Perfilar con mayor claridad el rol y las atribuciones de las dos cámaras del Congreso Nacional:

a. La Cámara de Diputados será la cámara política y legislativa por excelencia; en ella se ratificará

al Primer Ministro y se presentarán las mociones de censura al mismo. Seguirá siendo la encargada de fiscalizar los actos de gobierno y será el foro natural de deliberación y creación legislativa, teniendo la iniciativa de los proyectos de ley (junto al Primer Ministro del gobierno).

b. El Senado será la cámara de representación territorial con un fuerte foco en concretar los esfuerzos de descentralización. En materia de reformas constitucionales y legislativas tendrá un rol estrictamente revisor, sin iniciativa legislativa. Asimismo, tendrá mayores responsabilidades en las designaciones de altas autoridades y magistraturas del Estado que hoy son discrecionales del Presidente de la República (como, por ejemplo, respecto de embajadores o consejos de agencias regulatorias independientes). Asimismo, esta intervención será de la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio, sea en nombramientos de altas autoridades en razón de un mandato constitucional o legal. Asimismo, la ley respectiva deberá velar por aumentar los mecanismos de transparencia, participación de la sociedad civil y escrutinio de los candidatos propuestos.

**11.** Perfeccionar el sistema electoral parlamentario:

a. En el caso de la Cámara de Diputados, pasar desde un sistema proporcional que promueve la fragmentación a uno mixto, incorporando un componente mayoritario que refuerce la gobernabilidad y disminuya la excesiva fragmentación actual. Para ello, proponemos que la mitad de la Cámara de Diputados se elija sobre la base de distritos uninominales y la otra mitad sobre la base de un sistema proporcional (pudiendo contemplar listas nacionales de diputados).

b. En el caso del Senado, un sistema electoral proporcional, y en que cada macro-región o macro-zona elija un número equivalente de senadores (directamente por los ciudadanos o por la asamblea regional respectiva).

**12.** Incorporar la iniciativa popular de ley.

**13.** Eliminar las leyes orgánicas constitucionales utilizando en su reemplazo leyes de quórum calificado (mayoría absoluta) para regular materias específicas (principalmente aspectos del Poder Judicial, Congreso Nacional, Banco Central, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral y estados de excepción). En el caso del sistema electoral, junto con una regulación constitucional adecuada en sus elementos esenciales, su ley complementaria sí deberá ser contramayoritaria (quórum de 4/7, en los aspectos definidos por la CPR).

#### IV. Gobierno y Administración del Estado

**14.** Como parte de un nuevo impulso en la modernización del Estado, especialmente del Gobierno y la Administración:

a. Incorporar reglas y estándares exigentes a la administración pública en materia de eficiencia, eficacia, coordinación, meritocracia, probidad y transparencia, a ser desarrollados en la ley respectiva.

b. Establecer un derecho a la buena administración pública, que garantice a los ciudadanos un Estado a su disposición, eficaz y con servicios de calidad y en tiempo oportuno, incluyendo un mandato al legislador para que consagre un modelo efectivo de silencio positivo frente al retraso en la toma de decisiones por parte de la autoridad administrativa (permisos, autorizaciones, concesiones administrativas, etc.) y el derecho a la reparación por los daños causados.

c. Consagrar a nivel constitucional el debido proceso administrativo y todas sus garantías, por ejemplo, derecho a audiencia, derecho de acceso a los expedientes y derecho a una resolución administrativa motivada.

d. Agregar un principio de igualdad y no discriminación de trato entre trabajadores del sector público y privado: ningún funcionario público podrá tener privilegios por sobre el resto de los trabajadores.



e. Estándares exigentes de ingreso a la función pública, incluyendo concursos internacionales. Establecer un mandato al legislador de consagrar estándares exigentes de capacidad y mérito en el ingreso a la función pública, incluyendo el que pueda autorizar concursos públicos internacionales para designar a las autoridades superiores de los servicios públicos.

f. Ciencia y tecnología al servicio del Estado. El Estado utilizará las mejores soluciones tecnológicas disponibles y la evidencia científica más reciente para que su funcionamiento sea eficiente, para elevar los estándares de los servicios públicos y mejorar la transparencia y rendición de cuentas de los asuntos de interés público.

**15.** Incorporar reglas de habilitación y directrices constitucionales para la actividad regulatoria del

Estado y las agencias administrativas, sean unipersonales o colegiadas, en materia de gobierno, atribuciones y estándares de excelencia en el desempeño de sus funciones y de ingreso al servicio.

**16.** Aumentar la excelencia del Estado Empresario y autorizar alianzas estratégicas con el sector privado:

a. Proponemos consagrar entre las materias de ley la habilitación del Estado Empresario, ya sea en el modelo tradicional o en un nuevo modelo asociativo con el sector privado, aunque precisando que su actuación debe realizarse bajo el mismo marco regulatorio aplicable al sector en el que interviene y con mandatos al legislador de garantizar el cumplimiento de su función, gobierno corporativo y personal bajo estándares de excelencia, transparencia y probidad.

b. La creación y la investigación científica, así como la innovación tecnológica, serán incenti-

vadas y apoyadas por el Estado, para asegurar la respectiva libertad y autonomía o el refuerzo de la competitividad y la articulación entre las instituciones científicas y las empresas estatales, privadas o bajo alianza público-privada.

**17.** Creación por ley de una comisión asesora presidencial para la designación de altas autoridades del Estado. La ley deberá crear una comisión de naturaleza técnica que cuente con altos grados de autonomía, que convoque a concursos públicos de antecedentes y precalifique a los candidatos en audiencias públicas. De tal listado el Presidente propondrá sus nominados al Senado. Con ello se busca limitar la discrecionalidad que posee hoy el Presidente de la República en nombramientos institucionales fundamentales.

## V. Judicatura

**18.** Radicar las funciones del gobierno judicial actualmente concentradas en la Corte Suprema en un nuevo Consejo de la Justicia.

**19.** Reformar la integración y funciones de la Corte Suprema, la que pasará a tener cinco miembros, designados por el Presidente de la República con el acuerdo de la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Operará en pleno y estará orientada esencialmente a su rol de uniformar el derecho. Los ministros de la Corte Suprema durarán en su cargo un periodo único, no renovable, de 10 años.

**20.** Los ministros de cortes de apelaciones y jueces serán designados por el Presidente de la República a partir de una terna propuesta por el Consejo de la Justicia que convocará a un concurso abierto bajo estándares técnicos.

**21.** Respecto de los procesos de nombramiento de ministros de la Corte Suprema y Apelaciones, y de jueces, existirán directrices de equidad de género.

**22.** Creación de un nuevo sistema de justicia administrativa.

**23.** Simplificar el procedimiento de indemnización por error judicial, ampliándolo a la deficiente administración de justicia.

## VI. Tribunal Constitucional

**24.** Mantener el número de ministros titulares del TC (10), eliminando el voto dirimente del presidente. Los ministros durarán en su cargo un periodo único, no renovable, de 10 años.

**25.** Eliminar el control preventivo obligatorio de leyes (manteniéndolo solo para tratados internacionales) y reemplazando el control preventivo facultativo de leyes por un control represivo racionalizado.

**26.** Perfeccionar los requerimientos de inaplicabilidad y fortalecer la declaración de inconstitucionalidad.

**27.** Otras atribuciones que se propone modificar son las siguientes: (a) eliminar la atribución de declaración de inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos; (b) entregarle al TC competencias en materia de solución de conflictos por transferencia de competencia a gobiernos regionales, provinciales y locales; (c) traspasarle la resolución de todas las contiendas de competencia; y (d) ampliar el control de constitucionalidad a los reglamentos de las cámaras (Cámara de Diputados y Senado).

## VII. Contraloría General de la República

**28.** Reforzar su dimensión auditora y de control de gasto público, precisar sus potestades en materia de control de juridicidad, evaluar la conveniencia de pasar a un gobierno institucional de carácter colegiado reemplazando la figura del Contralor como autoridad unipersonal, y traspasar el tribunal de cuentas a la nueva justicia administrativa, sacándolo de la órbita de la Contraloría.

## VIII. Otros órganos constitucionales

**29.** Desconstitucionalizar los siguientes órganos: Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), el Consejo de Calificación Cinematográfica, el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral y el Ministerio Público. Estos órganos seguirán siendo regulados por sus cuerpos normativos vigentes.

**30.** Eliminar el capítulo sobre Fuerzas Armadas, de



Orden y Seguridad Pública, lo que, en todo caso, requerirá incluir uno o dos artículos en el capítulo de Gobierno, manteniendo su reconocimiento constitucional.

**31.** Fortalecer la regulación constitucional del Banco Central, Tribunal Constitucional, Contraloría y Justicia Electoral, preservando su autonomía, pero consagrando con mayor precisión su integración y atribuciones.

## IX. Forma de Estado

**32.** Avanzar hacia un modelo de Estado descentralizado sobre la base de cinco macro-zonas o macro-regiones. El régimen de gobierno de las macro-zonas deberá, en términos generales, replicar el régimen de gobierno central sobre la base de un gobernador regional elegido por sufragio popular directo, y una asamblea regional unicameral bajo una lógica de cooperación. El gobierno regional contará con facultades gubernativas y normativas amplias.

**33.** Consagrar un modelo de macro-municipios (en torno a 60) que supere la atomización actual (345), para transformarlos en un actor real en el proceso de descentralización política, administrativa y de ejecución presupuestaria, y del sistema democrático chileno. Junto con lo anterior, au-



mentar el marco de competencias de los municipios, garantizándoles la debida autonomía gubernativa y presupuestaria, y definiendo el ámbito de competencias compartidas y de coordinación con los gobiernos regionales.

**34.** Consagrar reglas de descentralización fiscal, para efectos de garantizar la autonomía presupuestaria de los gobiernos regionales y locales, incluyendo las reglas de solidaridad entre los territorios, y de transparencia y rendición de cuentas.

**35.** Consagrar reglas de responsabilidad fiscal para los gobiernos regionales y municipales.

**36.** Establecer un mecanismo efectivo de resolución de las contiendas de competencias que puedan suscitarse entre los distintos niveles del Estado o entre autoridades del mismo nivel subnacional, radicado en el Tribunal Constitucional.

**37.** Ampliación de los mecanismos de participación ciudadana a nivel regional y local.

## X. Reforma y reemplazo de la Constitución

**38.** Para la aprobación, modificación o derogación de cualquier norma de la Constitución se requerirá de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, con la ratificación del Congreso del periodo legislativo siguiente por el mismo quórum, o bien de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio del mismo periodo, sin necesidad de ratificación.

**39.** Incorporar un procedimiento de revisión total o reemplazo de la Constitución. La propuesta de revisión total o reemplazo debe ser aprobada por los 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio. La aprobación de la propuesta anterior implica la disolución del Congreso Nacional que la aprueba y la convocatoria de nuevas elecciones parlamentarias. El nuevo Congreso Nacional será constituyente. Existirá un plebiscito ratificadorio del proyecto de Nueva Constitución que sea elaborado por el nuevo Congreso, el que cesará en consecuencia.

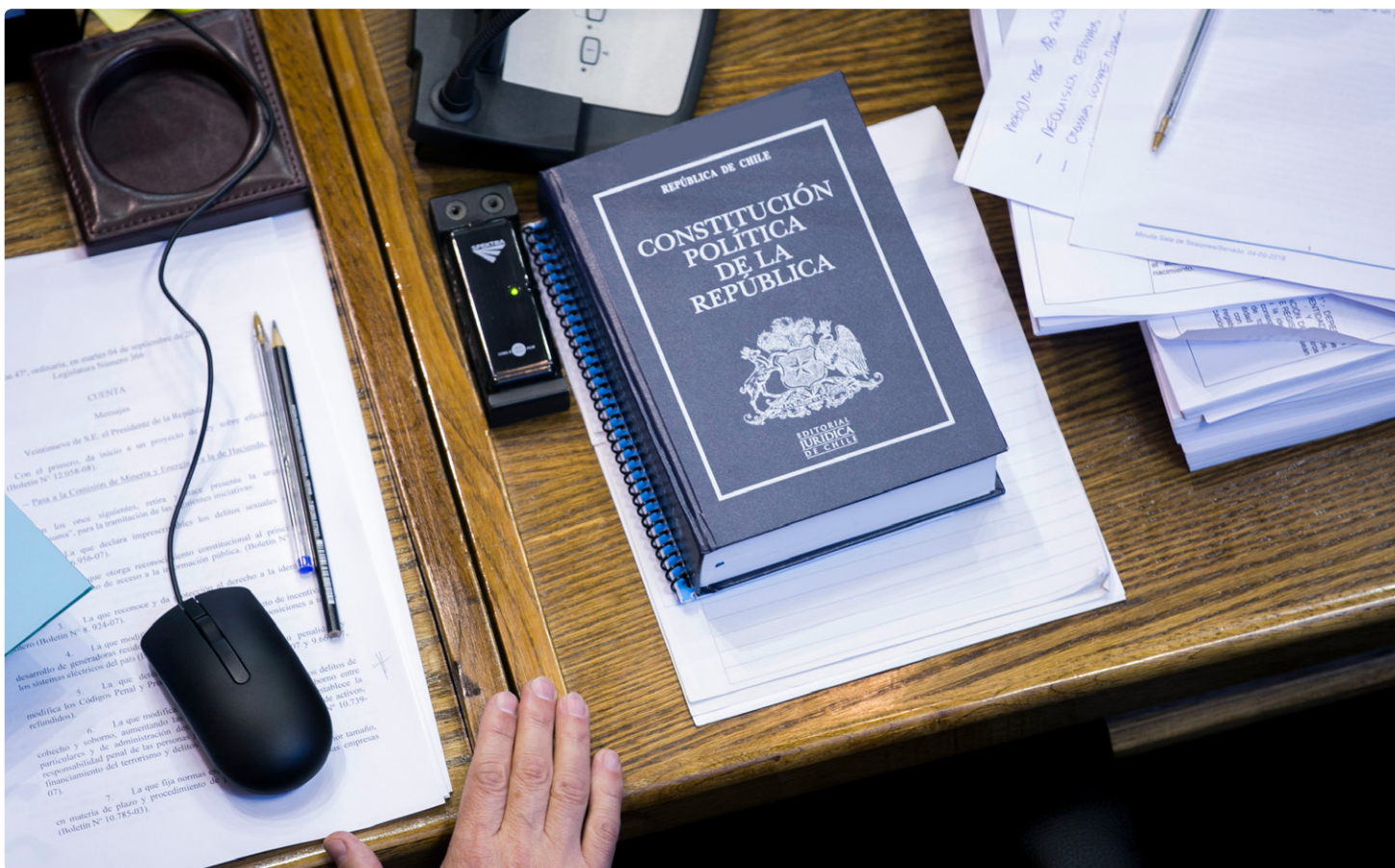
# I. TRES DIMENSIONES DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL

---

*Mucho se ha discutido respecto de los problemas de legitimidad de origen de la Constitución de 1980. Hoy, no cabe duda alguna, la Constitución vigente es legalmente válida y eficaz, pero ha perdido legitimidad sociológica o moral, y existe una percepción amplia de que nuestro pacto político hoy no nos une, sino que nos divide.*

*Diversos sectores políticos y académicos han venido diagnosticando hace varios años, de manera transversal, el agotamiento del diseño institucional proyectado en la Constitución actual. Así, estaríamos ante el debilitamiento de la “tecnología institucional” de la Carta actual.*

*Deliberar y discutir una Nueva Constitución en democracia mediante un procedimiento institucional, democrático y participativo trae consigo la posibilidad de relegitimar nuestras instituciones y prácticas constitucionales y políticas, y revitalizar y renovar nuestros compromisos políticos fundamentales como comunidad sobre la base de una participación amplia.*



## 1. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL Y LA CONTROVERTIDA LEGITIMIDAD DE LA CARTA ACTUAL

Mucho se ha discutido respecto de los problemas de legitimidad de origen de la Constitución de 1980.

Algunos nunca le han reconocido legitimidad por haber sido impuesta en dictadura por una Junta de Gobierno que se arrogó la potestad constituyente y que sometió a plebiscito ciudadano la ratificación de la misma bajo estado de sitio, censura informativa, falta de campaña de la oposición, ausencia de registros electorales, entre otros. El fantasma de Pinochet, la dictadura y el proyecto de una democracia protegida y autoritaria siguen acechando a nuestra comunidad política<sup>11</sup>. Esta circunstancia ha hecho que nuestra Carta Fundamental carezca de los atributos mínimos para constituirse en un símbolo político y cultural en torno al cual pueda articularse la vida política de nuestro país<sup>12</sup>.

“

Relegitimar nuestro pacto político y las instituciones que consagra, revitalizando nuestros compromisos políticos fundamentales, se vuelve un imperativo de nuestro tiempo.

Para otros, a pesar de su ilegitimidad de origen, fue ganando legitimidad de ejercicio gracias al plebiscito constitucional de 1989, que, con gran participación ciudadana, aprobó un paquete inicial de reformas constitucionales democratizadoras. A ello se le sumaron las (tardías) reformas de 2005 que vinieron a complementar lo pactado en 1989<sup>13</sup>.

Hay todavía otro grupo, que considera que la Constitución, desde su entrada en vigencia, ha gozado de plena legitimidad hasta el día de hoy, y que defiende la mantención del texto actual con poco espacio para reformas<sup>14</sup>.

Hoy, no cabe duda alguna, la Constitución vigente es legalmente válida y eficaz, pero ha perdido legitimidad sociológica o moral<sup>15</sup>, y existe una percepción amplia de que nuestro pacto político hoy no nos une, sino que nos divide<sup>16</sup>. Por lo demás, aunque dejemos a un lado el debate sobre la ilegitimidad de origen de la Carta Fundamental, la legitimidad de ejercicio es una cuestión dinámica y no estática, y la Constitución ha venido cayendo en el descrédito que ha acompañado al mismo tiempo a las instituciones fundamentales de nuestra democracia constitucional.

Así, relegitimar nuestro pacto político y las instituciones que consagra, revitalizando nuestros compromisos políticos fundamentales, se vuelve un imperativo de nuestro tiempo.

11. Ver Arturo Fontaine, “Por qué no retomar la Constitución de 1925”, en Arturo Fontaine et al, 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional: una propuesta*, Catalonia, 2017. Ver también Jorge Correa, “Crisis y vigencia del Estado de Derecho”, *Societas*, N° 16, 2014, p. 192.

12. Robert Cover, “Nomos and narrative”, 97 *Harvard Law Review*, N° 4, 1983-4.

13. José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo IV, Ediciones UC, 2016; Claudio Alvarado, *La ilusión constitucional. Sentido y límites del proceso constituyente*, IES, 2016.

14. Raúl Bertelsen, *En defensa de la Constitución*, Thomson Reuters, 2020.

15. Carlos Peña, *Pensar el malestar. La crisis de octubre y la cuestión constitucional*, Taurus, 2020, p. 229. Ver también Richard H. Fallon Jr., “Legitimacy and the Constitution”, 118 *Harvard Law Review*, N° 6, 2005, pp. 1787-1853.

16. Patricio Zapata, *La casa de todos y todas*, Ediciones UC, 2020.

## 2. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL EN SU DIMENSIÓN TÉCNICA: EL AGOTAMIENTO DE LA “TECNOLOGÍA” INSTITUCIONAL DE LA CARTA DE 1980

Diversos sectores políticos y académicos han venido diagnosticando hace varios años, de manera transversal, el agotamiento del diseño institucional proyectado en la Constitución actual<sup>17</sup>. Así, estaríamos ante el debilitamiento de la “tecnología institucional” de la Carta actual, lo que se manifiesta en al menos cinco dimensiones:

**I. Un régimen de gobierno agotado.** Ello tiene expresiones muy precisas que alteran el correcto funcionamiento del régimen de gobierno, esto es, la implementación del principio de separación de funciones y asignación de roles entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Entre los problemas que se detectan se pueden mencionar: (a) que la crisis de la figura del Presidente de la República importa una crisis del sistema político como un todo, afectando no solo la función de gobierno, sino a la administración pública en su conjunto; (b) que la falta de responsabilidad y de solidaridad de los parlamentarios con la conducción del gobierno y ante la ciudadanía incentiva conductas oportunistas; y (c) que existe un proceso legislativo cuyo diseño no contribuye a mejorar la deliberación racional, y que es ineficaz frente a la ciudadanía, entre otros.

**II. Un modelo de Estado unitario centralizado y centralizador,** que se ha venido agravando con soluciones parciales y deficientes; la creciente ampliación del número de regiones (la “provincialización” del modelo de regiones); el dotarlas de una autoridad ejecutiva electa sin acompañarlas todavía de un marco claro de atribuciones; un modelo de transferencia de competencias a los nuevos gobier-

nos regionales ambiguo y discrecional, entre otras.

**III. Un uso excesivo de mecanismos contramayoritarios, que impiden el imperio de la regla de mayoría.** Por ejemplo, las características y amplitud de materias que quedan bajo el esquema de leyes supramayoritarias lesionan el proceso político democrático y la capacidad de los gobiernos electos por los ciudadanos de implementar razonablemente sus programas de gobierno. Asimismo, los controles preventivos del Tribunal Constitucional han venido generando distorsiones relevantes en el proceso legislativo.

**IV. Ausencia de mecanismos de democracia directa en la definición y deliberación de decisiones de política pública.** No existen espacios que permitan a la ciudadanía intervenir en discusiones sobre medidas que tienen un gran impacto en el debate público o en su vida cotidiana, más allá del derecho a ejercer el voto en elecciones generales de autoridades sobre la base de una democracia representativa que requiere mayores dosis de vitalidad.



17. Ver, por ejemplo, Lucas Sierra (ed.), *Diálogos constitucionales*, CEP, 2015; y, del mismo autor, *Propuestas constitucionales*, CEP, 2016.

**V. Una configuración deficitaria de la carta de derechos fundamentales.** La Carta de derechos ha sido alcanzada por el tiempo y los nuevos desarrollos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y el constitucionalismo comparado. Asimismo, hemos sido testigos de una tendencia creciente a la judicialización de numerosos debates de política pública y a la intromisión de los jueces en decisiones del ámbito del legislador, en lo que ha sido denominado “activismo judicial”.

Así, un diseño institucional deficiente impide tener instituciones eficaces en el cumplimiento de sus labores, distorsionándose con ello el sistema de autori-



Un diseño institucional deficiente impide tener instituciones eficaces en el cumplimiento de sus labores.

dades que diseña la Constitución, los pesos y contrapesos institucionales, el rol del principio democrático y el foro de desarrollo de los derechos y libertades. Esto termina afectando, de forma directa o indirecta, a todos los ciudadanos en su vida cotidiana.

### 3. EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL ANTE LOS DESAFÍOS DEL PRESENTE Y EL FUTURO

Es imposible participar en el debate constitucional sin considerar nuestra tradición constitucional, que es republicana y democrática. Se trata de una tradición de más de dos siglos, del esfuerzo de diversas generaciones de chilenos y chilenas por ir construyendo un edificio constitucional al que cada generación ha ido agregando nuevos elementos.

Desde los comienzos de la república, los chilenos han puesto sus mejores esfuerzos, en las circunstancias más adversas, para mejorar lo que les legaron las generaciones anteriores. Hoy debemos retomar este legado, revitalizando sus aportes, pero también revisando críticamente sus defectos.

Carlos Nino habla de las Constituciones, las instituciones que la conforman, y su evolución histórica, bajo la imagen de la construcción de una catedral a lo largo de un largo periodo de tiempo<sup>18</sup>. Ronald Dworkin la vincula a la redacción de una novela en cadena, en la que cada nuevo autor de un capítulo debe seguir la narrativa desarrollada por sus antecesores, pero estando plenamente consciente de que su capítulo debe también tener la suficiente apertura para que los futuros autores de nuevos capítulos hagan que el texto evolucione, se actualice, sus protagonistas maduren y enriquezcan lo que han heredado. Ello genera una práctica interpretativa que orienta la evolución del texto y de la comunidad<sup>19</sup>.

Deliberar y discutir una Nueva Constitución en democracia mediante un procedimiento institucional, democrático y participativo trae consigo la posibilidad de relegitimar nuestras instituciones y prácticas constitucionales y políticas, y revitalizar y renovar



nuestros compromisos políticos fundamentales como comunidad sobre la base de una participación amplia.

En este contexto, es posible vislumbrar con nitidez algunos de los nuevos elementos que debieran estar presentes en una nueva Constitución:

- I. Una nueva interpretación, más exigente, de la igual dignidad de cada miembro de la comunidad.** Ello apunta especialmente al trato que recíprocamente nos damos como ciudadanos, el rechazo ante la injusticia, los privilegios, la falta de oportunidades y la realización efectiva y permanente de los ideales de la meritocracia y la movilidad social. Es también una demanda por formar parte de una comunidad política de iguales. La búsqueda de una sociedad en la que a cada miembro se le reconozca el legítimo derecho de participar de manera efectiva en la determinación del rumbo común, mediante mecanismos institucionales que incentiven esta participación, en un marco de una sociedad democrática dinámica, que cuente con representantes que actúen de manera eficaz, transparente, responsable y rindan cuenta ante los ciudadanos.

18. Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, 2013, pp. 63 y ss.

19. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 228 y ss.



La igual consideración y respeto por los más diversos proyectos de vida, con una especial preocupación por la equidad de género.

**II. La igual consideración y respeto por los más diversos proyectos de vida, con una especial preocupación por la equidad de género.** Ello es reflejo de la riqueza y el pluralismo que encontramos al interior de nuestra comunidad, y que tales proyectos de vida tengan la posibilidad de desarrollarse en los más diversos puntos del territorio y no como un proyecto asociado únicamente a centros urbanos limitados y específicos.

**III. Una sociedad plural, intercultural, abierta al mundo.** En los últimos años, nuestra comunidad política ha transitado hacia una sociedad plural desde las más diversas perspectivas; una que reconoce y abraza con respeto a sus pueblos indígenas, sus tradiciones, su cultura y a participar en nuestra vida política de manera activa. Es también una sociedad abierta a la inmigración, al potencial que genera que personas de los más diversos puntos del globo, pero especialmente de nuestro continente, hayan abandonado sus fronteras de origen para integrarse a nuestra comunidad política, trayendo consigo su cultura y costumbres, y su idioma; todo lo cual está llamado a enriquecer nuestra vida colectiva.

**IV. Un compromiso más fuerte con un modelo de desarrollo sustentable,** que reconozca un proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la ca-

lidad de vida y bienestar de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medioambiente, de manera para así no comprometer las expectativas de las generaciones futuras, promoviendo un desarrollo económico y social respetuoso del medioambiente. La investigación y la innovación científica y tecnológica deben aportar a la preservación y mejoramiento de nuestro entorno.

**V. Un Estado moderno, eficaz y eficiente, al servicio de las personas, que garantiza mínimos sociales exigentes, y hace uso de la ciencia y tecnología para elevar los estándares de los servicios públicos.** Se trata de un Estado comprometido con la justicia social y con la consecución de garantías mínimas sociales exigentes en los más diversos ámbitos del bienestar humano, incluyendo un trato preferente con los más vulnerables, especialmente con nuestros niños, niñas, adolescentes y adultos mayores. Para ello, requerimos de un nuevo Estado, moderno, eficaz, que utiliza las soluciones tecnológicas y la evidencia científica para mejorar la calidad y excelencia de los servicios públicos.

En consecuencia, la lealtad con la idea de preservar y actualizar lo mejor de nuestra evolución institucional, sus prácticas constitucionales y políticas, no debe obviar que un pacto intergeneracional no es solo un compromiso de lealtad con el pasado, sino uno especialmente fuerte con el presente y el futuro, con las nuevas realidades, aspiraciones y compromisos constitutivos. La tradición es importante, por supuesto, pero no puede ser entendida como un compromiso acrítico con el pasado. Toda tradición en la forma de institución o regla debe ser examinada críticamente y superar un test de racionalidad, como nos aconsejaría Karl Popper.

## 4. EL ACUERDO DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 2019 Y EL CAMINO DE CAMBIO CONSTITUCIONAL PACTADO: INSTITUCIONAL, DEMOCRÁTICO Y PARTICIPATIVO

Somos la primera generación de chilenas y chilenos del siglo XXI y la historia nos ha puesto en un lugar privilegiado: ser los primeros en poder deliberar nuestro pacto político en democracia. Las generaciones que vieron nacer las Constituciones más duraderas en nuestra historia, la de 1833, 1925 y 1980, no tuvieron esa oportunidad.

Por eso emprendemos el camino para un cambio constitucional con la solemnidad y responsabilidad que un hecho de esta envergadura necesariamente conlleva.

Que el proceso constituyente sea *democrático y participativo* da cuenta del sentido profundo de la Constitución como pacto político fundamental: todos contaremos dos veces. En efecto, esta doble dimensión de participación refleja el contenido más profundo de membresía de cada uno de nosotros con nuestra comunidad política, la posibilidad de participar con nuestra voz y voto en dibujar el futuro de la comunidad de forma directa. Esto quiere decir que cada ciudadano tiene el mismo grado de influencia en la determinación de nuestro futuro en común, y el que, en este proceso, los distintos intereses sean considerados en condiciones de igualdad respecto de los intereses del resto de los miembros de la comunidad<sup>20</sup>.

Se trata además de un *proceso institucional*. Nuestros representantes, mediante una reforma al capítulo XV de la Constitución actual, han incorporado un conjunto de reglas que consagran un procedimiento de elaboración y aprobación de una Nueva Constitución, lo que, en el derecho comparado, se denomina “revisión total” de la Constitución, como un mecanismo de reforma más intenso que el ordinario de reformas

constitucionales. Se trata de un conjunto de reglas que buscan dar garantías para una deliberación pacífica, sobre la base de hitos claros y una transición ordenada desde la Constitución vigente a la futura, en el caso que así lo determinen las chilenas y chilenos<sup>21</sup>.

Todo ello permite transitar por el debate del cambio constitucional con la tranquilidad y convicción de que las versiones extravagantes de la “hoja en blanco” no son vinculantes para los constituyentes y, de esta manera, no son más que metáforas o imágenes utilizadas con fines políticos por partidarios de determinadas posiciones.

Tenemos la convicción de que esta generación debe contribuir con nuevos ladrillos a un edificio republicano que se sostiene en doscientos años de evolución gradualista. Desde los comienzos de la república, los chilenos han puesto sus mejores esfuerzos, bajo las circunstancias más adversas, para mejorar lo que les legaron las generaciones anteriores. Hoy debemos retomar este legado, revitalizando sus aportes, pero también revisando críticamente sus defectos.



20. Carlos Rosenkrantz, “La autoridad del derecho y la injusticia económica y social”, *Revista Discusiones*, N° 6, 2006, p. 36.

21. Así, por ejemplo, hasta que no esté promulgada y publicada la Nueva Constitución, seguirá rigiendo plenamente la actual. La Convención que la redacte tendrá como objeto único elaborar y aprobar la Nueva Constitución, quedándole vedado arrogarse cualquier potestad diferente a esta. También se estableció que la Convención deberá tempranamente aprobar su reglamento de votación y funcionamiento por los 2/3 de sus miembros en ejercicio (no pudiendo alterar estas reglas), el mismo quórum con que se deberá aprobar cada una de las normas de la Nueva Constitución. En caso de infracción a las reglas procedimentales, 1/4 de sus miembros podrá impugnar la actuación ante una sala especial de la Corte Suprema. Y más allá del peso de la tradición constitucional chilena y su evolución de más de dos siglos, la Convención tendrá límites materiales en el respeto a la forma republicana y democrática de gobierno, a las sentencias definitivas y los tratados internacionales vigentes



## II. BASES CONCEPTUALES DE NUESTRA PROPUESTA: UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA CON ESPÍRITU MINIMALISTA

---

*Uno de los errores más graves que cometió la Constitución de 1980 fue que rompió con la tradición constitucional chilena de evolución y reformismo gradualista. Como ha sostenido entre nosotros Óscar Godoy, Chile cuenta con una “metaconstitución” que discurre a lo largo de nuestra historia como un continuo, a través del cual se expresa constantemente la identidad política del país, y que son tanto sus bases fundamentales institucionales como sus prácticas políticas históricas.*

*Precisamente porque las Constituciones deben responder a consensos amplios e intergeneracionales es que son acuerdos sobre “esenciales constitucionales”, mínimos o fundamentales.*

*Consideramos que las reglas del juego democrático establecidas en la Constitución deben reflejar consensos procedimentales y sustantivos mínimos, que no sitúen a esas mismas reglas del juego en el centro de la contienda política, sino que permitan que a partir de ellas el debate democrático fluya de forma adecuada y ordenada.*



## 1. LA CONSTITUCIÓN Y LA COMUNIDAD POLÍTICA

Las constituciones establecen principios, valores y reglas que, por un lado, constituyen a una comunidad política, habilitando y empoderando al poder político para lograr objetivos sociales valiosos que son definidos por la misma, y, por el otro, le pone los límites que no podrán ser traspasados: los derechos y libertades de las personas y las reglas esenciales de los procedimientos a través de los cuales se conseguirán tales objetivos.

De la anterior conceptualización se desprenden una serie de consecuencias:

- Las Constituciones deben ser instrumentos pragmáticos: gobiernos de distintos colores debieran poder gobernar bajo ella, y ella acomodarse a los diferentes programas de gobierno que, dentro del respeto a la democracia y los derechos fundamentales, se promuevan en el futuro. Por esto, las Constituciones no debieran convertirse en un programa de gobierno, ni imponer un modelo determinado de sociedad<sup>22</sup>.
- Las Constituciones no deben ser neutrales en todo: ellas deben incluir un fuerte compromiso con valores democráticos, preservar las garantías que aseguren la alternancia en el poder y proteger los derechos fundamentales. Pero ellas deben ser neutrales respecto de los programas que los distintos gobiernos deseen implementar, en la medida en que estos se enmarquen en el respeto a los valores constitucionales más relevantes.
- Las Constituciones son instrumentos útiles para asegurar la competitividad del sistema democrático, evitar giros autoritarios y contener algunos incentivos perversos que los gobiernos de mayoría pueden tener para amenazar la alternancia en el poder. Existen buenas razones para que algunas cuestiones específicas no sean disponibles por mayorías simples, pero se debe asegurar que sea solo en dichas cuestiones, y de forma excepcional, que la Constitución incluya reglas concretas que limiten a la política contingente<sup>23</sup>.
- La elaboración de textos constitucionales exige deliberar con la mirada puesta en el largo plazo, buscando mínimos comunes, evitando el maximalismo en la regulación constitucional y el que las futuras generaciones se vean privadas de actualizar y perfeccionar la Carta Fundamental.

---

22. Buena parte del descrédito de la actual Constitución es la percepción extendida de que se trata de una Constitución cargada políticamente, que solo representa a un sector de la sociedad. Ver Patricio Zapata, *La casa de todos y todas*, Ediciones UC, 2020. También que, en muchas ocasiones, se ha transformado en el objeto principal de la batalla política, más que en cumplir su rol natural de enmarcar el proceso de deliberación democrática. Véase Jorge Correa, “¿Ha llegado la hora de una Nueva Constitución?”, *Anuario de Derecho Público 2013*, UDP, 2013, pp. 28-29.

23. También la Constitución actual es cuestionada, con razón, porque son demasiadas las reglas del juego que quedan sustraídas del proceso político democrático, a través de un conjunto de mecanismos contramayoritarios que, aplicados en dosis excesivamente altas, han dificultado la implementación de políticas públicas por parte de gobiernos mayoritarios que no debiesen quedar vedadas, per se, de la deliberación política. Ver, por ejemplo, Lucas Sierra y Lucas Mac-Clure, *Frente a las mayorías. Leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile*, Cieplan, ProyectAmérica, Libertad y Desarrollo y CEP, 2011; y José Francisco García, “Minimalismo e incrementalismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 1, 2014.

## 2. LECCIONES DEL PASADO: NINGUNA CONSTITUCIÓN PUEDE PRETENDER REFUNDAR LA REPÚBLICA

Uno de los errores más graves que cometió la Constitución de 1980 fue que rompió con la tradición constitucional chilena de evolución y reformismo gradualista<sup>24</sup>.

Como ha sostenido entre nosotros Óscar Godoy, Chile cuenta con una “metaconstitución” que discurre a lo largo de nuestra historia como un continuo, a través del cual se expresa constantemente la identidad política del país, y que son tanto sus bases fundamentales institucionales como sus prácticas políticas históricas. Esta evolución institucional da cuenta que son los esenciales constitucionales de nuestra comunidad política *los principios de soberanía popular y el sistema representativo, la prioridad de los derechos y libertades individuales, el régimen moderado por la división de poderes y el Estado de Derecho*<sup>25</sup>.

Estos esenciales constitucionales son fácilmente identificables en las cartas de 1833 y 1925, pero, asimismo, es fácil identificar el desvío de la Carta de 1980 respecto de estos<sup>26</sup>. Lo anterior es cierto no tanto en relación con el articulado de la Carta de 1980, sino con el contenido discursivo que tomaron en cuenta los actores de la época al redactar la Ley Fundamental, transformándose en un símbolo de esta pretensión refundacional<sup>27</sup>.



Imagen: “Proclamación y jura de la Independencia de Chile”, Pedro Subercaseaux (1880-1956).

Todas estas experiencias, con mayores o menores traumas institucionales y eventos violentos, implicaron una suerte de diálogo entre distintas generaciones que se tradujo en la práctica en reformas constitucionales o nuevas Constituciones que se hicieron cargo de los problemas de la época y decidieron avanzar en la creación de un sistema más democrático y receptivo de las demandas sociales.

Lo anterior está a la base de la cuestión de la falta de la legitimidad de la Constitución vigente.

24. La Constitución de 1925 se entendía continuando la de 1833, que reformaba, y esta, a su vez, respecto de la de 1828. Por el contrario, la Constitución de 1980 buscó refundar la institucionalidad, partiendo en los hechos desde una hoja en blanco. Juan Luis Ossa, “Retomar la Constitución de 1925: reflexiones burkeanas”, en Arturo Fontaine et al, 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional: una propuesta*, Catalonia, 2017, pp. 59-95. Ver también Arturo Fontaine, “Por qué no retomar la Constitución de 1925”, en Arturo Fontaine et al, 1925. *Continuidad republicana y legitimidad constitucional: una propuesta*, Catalonia, 2017.

25. Óscar Godoy, “¿Pueden las Fuerzas Armadas ser garantes de la democracia?”, *Estudios Públicos*, Vol. 61, 1996, pp. 272-273. Ver también Óscar Godoy, “Introducción al debate sobre la reforma constitucional”, *Societas*, Vol. 17, 2015, pp. 175-179. Véase también Pablo Ruiz-Tagle, *Cinco repúblicas y una tradición. Constitucionalismo chileno comparado*, LOM, 2016.

26. Óscar Godoy, “La transición chilena a la democracia: pactada”, *Estudios Públicos*, Vol. 74, 1999, p. 82.

27. Algunos de sus artículos se repiten o son similares a los de 1925. Hay asimismo algunos acápite de la de 1833 muy distintos a los de 1828, tan diferentes que los historiadores suelen decir que el paso de una década a otra fue, también, el paso de un régimen “liberal” a uno “conservador”. Sin embargo, a diferencia de la Carta de 1980, sus antecesoras fueron simbólica y políticamente “deferentes” con sus antecesoras, y de ninguna manera buscaron la muerte o aniquilación de aquello que vinieron a reemplazar. Ver Juan Luis Ossa, *Chile Constitucional*, FCE, 2020.

### 3. LAS CONSTITUCIONES ENTENDIDAS COMO ACUERDOS INTERGENERACIONALES, DE UNA COMUNIDAD POLÍTICA DETERMINADA, SOBRE ESENCIALES CONSTITUCIONALES



Precisamente porque las Constituciones deben responder a consensos amplios e intergeneracionales es que son acuerdos sobre “esenciales constitucionales”, mínimos o fundamentales

Las Constituciones son acuerdos intergeneracionales cuyas reglas vinculan a generaciones pasadas, presentes y futuras, de una comunidad política determinada, con su trayectoria histórica, sus prácticas políticas, cultura y costumbres. Ello debe incluir los vínculos con sus pueblos indígenas, y el que estén abiertos a permearse y enriquecerse por miembros que, viniendo originalmente a nuestro país provenientes de otras comunidades políticas, han decidido pasar a formar parte de la nuestra.

Sin embargo, una Nueva Constitución debe ser capaz de responder satisfactoriamente la pregunta que las futuras generaciones nos formularán acerca de por qué, en lo que a ellas concierne, deben regir las reglas que hoy nosotros deliberamos y aprobamos. Esta pregunta solo podrá responderse satisfactoriamente si la justicia de las reglas abarca no solo el presente, sino también el porvenir. Los asuntos que no puedan aspirar a esta aprobación de estabilidad intergeneracional deben quedar entregados a la legislación ordinaria. La cuestión esencial es distinguir entre lo que hoy legítimamente deseamos

como sociedad política y aquello que razonablemente pueda aspirar a un amplio consenso transversal<sup>28</sup>.

Precisamente porque las Constituciones deben responder a consensos amplios e intergeneracionales es que son acuerdos sobre “esenciales constitucionales”, mínimos o fundamentales<sup>29</sup>. Dentro de estos se encuentran las instituciones básicas de nuestra democracia, su institucionalidad, límites y contrapesos; los procedimientos que resuelven las legítimas diferencias en el contexto de una democracia constitucional moderna; y el conjunto de derechos constitucionales que permitirán el desarrollo de los más diversos proyectos de vida en condiciones de igual consideración y respeto. Como uno de esos consensos mínimos es la existencia de un sistema democrático competitivo y sostenible en el tiempo, la nueva Constitución debe incluir garantías tales como aquellas que faciliten la neutralidad de las instituciones electorales, los derechos de las minorías políticas, las normas fundamentales para asegurar la representación política, y la transparencia y controles de los gobiernos de turno, entre otras<sup>30</sup>.

Así, el pacto político supone un acuerdo inicial acerca de que en diversas cuestiones políticas, económicas, sociales y culturales podemos no estar de acuerdo y, más que ser problemático, es valioso. Si ello es así, nuestro texto constitucional es un acuerdo sobre aquellas cuestiones básicas o fundamentales en las que sí estamos de acuerdo. Todo lo que las exceda queda entregada a la política democrática, a la deliberación pública, resolviéndose por mayoría<sup>31</sup>.

28. Rodrigo Correa, “Por una Constitución o flexible, o mínima”, *El Mercurio Legal*, 22 de agosto de 2014. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/08/22/Por-una-Constitucion-o-flexible-o-minima.aspx>

29. Entre nosotros, siguiendo el libro *Liberalismo político* de John Rawls, ver Godoy, ob. cit.

30. La literatura ha discutido cuáles son los elementos que asegurarían la existencia de una democracia que no degenera en autoritaria y sea sostenible en el tiempo. No basta, por supuesto, establecer un sistema electoral. Ver, por ejemplo, Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1991; Adam Przeworski, *Democracy and the Market*, Cambridge University Press, 1991; Adam Przeworski, *Democracy and the Limits of Self-Government*, Cambridge University Press, 2010; Adam Przeworski, *Crises of Democracy*, Cambridge University Press, 2019.

31. Correa Sutil, ob. cit., p. 34.

#### 4. LAS CONSTITUCIONES SON PACTOS POLÍTICOS INACABADOS Y ABIERTOS A SU PERFECCIONAMIENTO CONTINUO

La Constitución debe permanecer abierta, de manera continua, a la renegociación democrática. Es un proyecto inacabado, en permanente estado de perfeccionamiento y reforma; una actividad dinámica y no un producto final, un punto de llegada. Ello implica, entonces, dejar de ver el proceso constituyente como un momento de transformación revolucionario, un proyecto terminado, una etapa final, y

pasar a considerarlo más bien como una etapa más dentro de un largo proceso evolutivo de definiciones colectivas<sup>32</sup>.

Así, la Constitución como pacto inacabado está en permanente elaboración y necesariamente deja un espacio para las contribuciones de las generaciones posteriores, en los términos de Nino y Dworkin ya referidos.

---

32. García, ob. cit. Ver también Correa Sutil, ob. cit., p. 35.

## 5. LAS CONSTITUCIONES NO BUSCAN ZANJAR LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS EN UNA SOCIEDAD: LAS DEJAN AL PROCESO POLÍTICO DEMOCRÁTICO

La Nueva Constitución no puede confundirse con un programa de gobierno que busca zanjar las grandes controversias del debate democrático. Así, y sin perjuicio de que las Constituciones deban reafirmar el principio democrático y rechazar las violaciones a los derechos fundamentales, las Constituciones no deben tener un signo político partisano, dando espacio para que distintas ideas políticas, incluso opuestas, puedan convivir bajo el mismo sistema político. Por ello, es importante que los constituyentes no decidan utilizar la Constitución para imponer un modelo económico, políticas públicas en general, ni tomar posturas en otros debates sociales relevantes. Todas esas definiciones, que son importantes pero que suelen dividirnos en una sociedad pluralista, deben quedar entregadas a la deliberación política democrática.

Una Constitución no busca resolver de una vez y para siempre el conflicto entre las diversas visiones globales de sociedad que tenemos al interior de nuestra comunidad política, petrificando solo una de ellas en el texto constitucional. Lejos de ser un arma en la permanente lucha ideológica, una Constitución debe ser solo el piso mínimo compartido entre todas las visiones en disputa. Hacer lo contrario en este proceso constituyente implicará repetir los mismos errores del pasado y dotarnos de una Carta Fundamental con los mismos vicios que la actual. Por ello, debemos comprender las diferencias fundamentales entre la política constitucional, que requiere consensos y reglas no disponibles fácilmente para las mayorías, y la política ordinaria, que debe estar empoderada para dar respuestas efectivas a las demandas sociales<sup>33</sup>.

En efecto, la Constitución solo puede cumplir su rol legitimador si no obstaculiza o bloquea el flujo de la deliberación de la política ordinaria. Allí donde las Constituciones aparecen como un obstáculo al proceso político, no es precisamente este el que se detiene ante ellas, sino las propias Cartas Fundamentales ven mermadas su normatividad. Junto con lo anterior, la propia Constitución se desnaturaliza: de intentar dar el marco para el desarrollo del proceso político, excluyendo del mismo las cuestiones fundamentales (que por lo mismo están en la Constitución), ahora ella se transforma en el principal campo de batalla en que se debe y puede dar la contienda política relevante<sup>34</sup>.



Por ello, es importante que los constituyentes no decidan utilizar la Constitución para imponer un modelo económico, políticas públicas en general, ni tomar posturas en otros debates sociales relevantes. Todas esas definiciones, que son importantes pero que suelen dividirnos en una sociedad pluralista, deben quedar entregadas a la deliberación política democrática.

33. Sobre las diferencias entre estos dos tipos de política hay bastante literatura. Para una defensa de esta separación, ver William Partlett y Zim Nwokora, "The Foundations of Democratic Dualism: Why Constitutional Politics and Ordinary Politics Are Different", *Constellations* 26, N° 2, 2019.

34. Eduardo Aldunate, "Neoconstitucionalismo", *Anuario de Derecho Público UDP* 2010, 2010, pp. 365-366.



La legitimidad de la Constitución dependerá de su capacidad para permitir el autogobierno de las generaciones posteriores. Para que ello sea posible, no debe intentar resolver todos los dilemas existentes, sino incluir las reglas que permitan y vuelvan sostenible dicho autogobierno futuro.

Por ello, consideramos que las reglas del juego democrático establecidas en la Constitución deben reflejar consensos procedimentales y sustantivos mínimos, que no sitúen a esas mismas reglas del

juego en el centro de la contienda política, sino que permitan que a partir de ellas el debate democrático fluya de forma adecuada y ordenada. Esto implica relevar la importancia de los procedimientos, porque es en ellos donde se garantiza efectivamente el respeto por los desacuerdos y se habilita la discusión argumentada<sup>35</sup>. De este modo, son las instituciones representativas las llamadas a concretar los principios establecidos en la Constitución y a resolver las diferencias sustantivas en materia de política pública que existen en toda sociedad.

35. Isabel Aninat, "Congreso y Constitución: Ideas para la discusión de una institución impopular", *Revista Santiago*, marzo de 2020.

# III. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

*Dignidad humana como inviolable y fundamento de los derechos y libertades de las personas (...) Incorporar la prohibición de tratos inhumanos y degradantes; en igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, especificar las categorías que requieran de especial protección (raza, género, nacionalidad, entre otras ampliamente consideradas en nuestra legislación y en tratados internacionales vigentes en nuestro país).*

*Los derechos sociales son un aspecto fundamental en la igual consideración y respeto por los proyectos de vida autónomos que las personas buscan desplegar. En efecto, ello supone una sociedad justa y decente que garantiza una igualdad de oportunidades real y condiciones materiales mínimas a cada uno de sus miembros.*

*A nuestro juicio, objetivos específicos que orienten una reforma al régimen de gobierno son: (i) asegurar mayores grados de gobernabilidad; (ii) fortalecer la función ejecutiva, incluyendo mayores grados de deliberación al interior del gobierno, y específicamente del gabinete; y (iii) aumentar la solidaridad y responsabilidad del Congreso en el gobierno de la nación.*

*La modernización del Estado es un imperativo de justicia en nuestro país, qué duda cabe. No es posible pensar en una Nueva Constitución sin un nuevo Estado que esté a su altura.*





### III. DIAGNÓSTICO Y PROPUESTAS PARA LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL

---

Sobre la base de las reflexiones anteriores, y especialmente considerando la importancia de dotar al debate constitucional de mayores contenidos, ahí donde solamente parecen estar privilegiándose los aspectos y opciones procedimentales del proceso constituyente, es que ofrecemos a continuación un diagnóstico y

lineamientos de propuestas en aquellos aspectos más relevantes del debate constitucional. Por supuesto, no pretendemos en esta sección (ni en este documento) agotar el diagnóstico institucional o lineamientos de propuestas, sino abrir la conversación de contenidos de la Nueva Constitución.

## 1. BASES DE LA REPÚBLICA: REVITALIZAR NUESTROS ESENCIALES CONSTITUCIONALES

### 1.1. LA IMPORTANCIA DE BUSCAR LOS PRINCIPIOS COMUNES COMPARTIDOS

Si hay algo que debemos aprender de la falta de consenso de la Constitución es el uso abusivo del primer capítulo –hoy denominado “Bases de la Institucionalidad” y originalmente pensado como un preámbulo-, intentando incorporar a este una “filosofía constitucional” que oriente todo su articulado. Si por filosofía constitucional entendemos esenciales constitucionales, es un esfuerzo legítimo. Pero si ello, en cambio, es un esfuerzo deliberado o encubierto por establecer las bases de un programa político –no importando su signo- debemos rechazarlo categóricamente.

En este sentido, el debate sobre el modelo de Estado es un buen ejemplo. Mientras algunos sectores defienden el *statu quo* y promueven un Estado Subsidiario para defender la dimensión social y económica de su proyecto político, otros sectores promueven un Estado Social de Derecho para fosilizar en la Constitución, en sentido contrario, su particular proyecto económico y social. En ambos casos, protegidos por la rigidez constitucional (una regla supramayoritaria que hará

extremadamente complejo modificarla). El tamaño del Estado, la carga tributaria, las políticas sociales y laborales, el rol de las empresas estatales o la flexibilidad de la planificación económica estatal (compatible con una democracia constitucional y un régimen sano de libertad económica), deben ser dejadas a la política democrática, al mandato ciudadano, y no a una regla constitucional que zanje *ex ante* la discusión.

Más allá de los aciertos de la Constitución vigente, tienen razón los críticos del actual Capítulo I de la Constitución respecto de que, más allá de reafirmar algunos de los esenciales constitucionales (el principio republicano, el de soberanía y los de libertad e igualdad), fortalecer otros (el de Estado de Derecho y los límites a la soberanía), o innovar (dignidad humana) buscó plasmar una cierta filosofía constitucional basada en la subsidiariedad en el ámbito económico y social, una visión de familia tradicional, y un modelo político basado en una democracia protegida, autoritaria y de pluralismo político limitado, comprometida con la seguridad nacional y el combate al terrorismo. Las reformas constitucionales de 1989 y 2005 fueron intentos honestos de eliminar algunos de estos excesos.

### 1.2. PROPUESTAS

En este contexto, proponemos incorporar un Capítulo I de Bases Fundamentales de la República, volviendo sobre nuestros esenciales constitucionales, y a la luz de los avances que introdujo la Carta actual:

**I.** Dignidad humana, libertad e igualdad;

**II.** República Democrática;

**III.** Estado Democrático de Derecho y forma territorial descentralizada; y

#### **IV. Soberanía y sus límites en los Derechos Humanos.**

Las innovaciones relevantes en esta materia son las siguientes:

- I.** Incorporar un deber al Estado de reconocimiento y amparo a los más diversos proyectos de vida personales, familiares y asociativos, bajo igual consideración y respeto.
- II.** El deber de los órganos del Estado de promover el desarrollo ambientalmente sustentable de las regiones y comunas de todo el territorio nacional, a través de políticas públicas que concilien la protección del medio ambiente con el desarrollo económico y el progreso social;
- III.** El deber del Estado de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas idóneas para proteger a niñas, niños y adolescentes contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, garantizando así su bienestar, desarrollo e integridad física y psíquica. Ello operará como un mandato especialmente fuerte al legislador y a la administración pública a la hora de discutir e implementar legislación y políticas públicas, especialmente en materia social, como un imperativo de justicia que permite garantizar poner a nuestros niños y niñas “primeros en la fila” de las decisiones públicas.
- IV.** El reconocimiento y promoción de los pueblos indígenas, autorizando al legislador a adoptar las medidas necesarias que permitan una representación adecuada de estos en el Congreso Nacional;
- V.** Reforzar los principios de probidad y transparencia en el sector público; y
- VI.** La Constitución garantiza el pluralismo político y el compromiso del sistema democrático contra la violencia, sea política o de cualquier otra naturaleza.

La manera en que proyectamos estas disposiciones fundamentales de la Constitución en forma de articulado puede verse en el Anexo.

## 2. UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES PARA EL SIGLO XXI

### 2.1. EXAMINANDO CRÍTICAMENTE NUESTRA CARTA DE DERECHOS ACTUAL

Los derechos fundamentales que se reconocen a las personas son bienes, espacios o esferas que se reservan a estas para que puedan, de manera autónoma, determinar sus proyectos de vida, configurándolos y dándoles sentido. Tienen en consecuencia una doble dimensión: negativa –de no interferencia– y positiva –habilitadora–. Las democracias constitucionales actuales, para proteger y asegurar estos derechos, los reconocen en sus Constituciones, y consagran diversos mecanismos para asegurar su cumplimiento. Al estar situados en esta posición, los derechos adquieren el carácter de límites y/o exigencias al poder político del Estado, aunque también al resto de los integrantes de la comunidad política<sup>36</sup>.

A la luz de nuestra evolución constitucional, las diferentes Cartas han ido ampliando el número de bienes y esferas de protección, desarrollando un capítulo o sección especial de derechos constitucionales<sup>37</sup>.

La carta de derechos es quizás el ámbito de la Constitución vigente que menos reformas ha sufrido, manteniéndose intacta en lo grueso. Esta carta de derechos, influida fuertemente por el Estatuto de Garantías Cons-

titucionales (Ley N° 17.398, de enero de 1971), fue, en consecuencia, pensada y debatida en los años setenta, debiendo ser perfeccionada y actualizada a la luz de sus elementos positivos, pero también sus déficits<sup>38</sup>.

### 2.2. EL DEBATE SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES

Sin lugar a dudas, el debate respecto del status, extensión y exigibilidad de los derechos sociales será uno de los más importantes del proceso constituyente, tanto desde la perspectiva de las posiciones político-intelectuales respecto del mismo, como en su dimensión técnica.



36. Gastón Gómez, “Derechos constitucionales. Relación”, en Lucas Sierra (ed.), *Diálogos Constitucionales*, CEP, 2015, p. 71. Ver también Eduardo Aldunate, *Derechos Fundamentales*, Legal Publishing, 2008.

37. Desde las Cartas liberal (1828) y conservadora (1833), centradas en los derechos civiles y políticos clásicos (DCP), hemos pasado a la consagración de derechos de segunda generación y tercera generación, tanto en las Cartas de 1925, inspirada en el constitucionalismo social que surgía en la época, como la de 1980, aunque esta última poniendo especial énfasis en derechos de naturaleza económica (derecho de propiedad, libertad económica y otros derechos asociados). Asimismo, especial relevancia tuvo en esta evolución la introducción en la Constitución de 1980 del recurso de protección como mecanismo de garantía jurisdiccional respecto de algunos derechos.

38. Entre estos últimos podemos encontrar los siguientes: (i) Desde el punto de vista formal, un catálogo de derechos fundamentales en el Art. 19, incompleto y desordenado, que no recoge todos los derechos constitucionales y deberes que están dispersos a lo largo de la Constitución. (ii) Desde el punto de vista técnico, inconsistencias entre la consagración de algunos de nuestros derechos y la forma que ellos adoptan en tratados internacionales de DD.HH. suscritos y vigentes en Chile; déficits en la configuración de algunos de ellos que han quedado rezagados a la luz de la jurisprudencia, la legislación y el derecho comparado (e. g., la igualdad ante la ley y la no discriminación arbitraria, o el debido proceso como mandato al legislador y no una tutela judicial efectiva). (iii) La redacción inflacionaria o el gigantismo de algunos derechos específicos, especialmente los de naturaleza económica, como el derecho de propiedad (incluyendo el derecho a la propiedad y el de propiedad intelectual e industrial), o la limitación excesiva a la actuación del Estado Empresario. (iv) La “creación” de nuevos derechos por parte de los tribunales y el Tribunal Constitucional, algunos de los cuales serían “implícitos” o derivados de otros derechos (como el derecho a la propia imagen y a la propia identidad), o la interpretación expansiva de algunos derechos en sede de protección para darle tutela a ciertos derechos (principalmente derechos sociales) que no están garantizados por este mecanismo. Este tipo de desarrollos ha generado una suerte de “activismo judicial” en diversas áreas, lo que ha dañado la democracia representativa y generado un incentivo perverso para que los legisladores electos no ejerzan su función. La demora en la reforma de las instituciones de salud previsual (ISAPRES) es un buen ejemplo de ello. La intromisión de los jueces en decisiones propias de la política pública y social, y la interpretación excesivamente cargada por parte de algunos fallos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional respecto de principios o valores con poco o nulo desarrollo en el texto (por ejemplo, orden público económico o principio de subsidiariedad), dañan nuestra democracia.



La Constitución no debe establecer modelos de sociedad, sino que debe permitir el desarrollo de políticas públicas inteligentes, lo que requiere de matices que principios gruesos como la “solidaridad” o la “subsidiariedad” no pueden (y no deben) resolver por sí solos.

La forma en que la Nueva Constitución enfoque los derechos sociales no puede ser un debate entre quienes prefieren un Estado de bienestar o uno subsidiario. La Constitución no debe establecer modelos de sociedad, sino que debe permitir el desarrollo de políticas públicas inteligentes, lo que requiere de matices que principios gruesos como la “solidaridad” o la “subsidiariedad” no pueden (y no deben) resolver por sí solos<sup>39</sup>.

En este contexto, avanzar hacia una discusión racional y pragmática en esta materia requiere poner sobre la mesa, y ponderar, los siguientes elementos.

### **I. Los derechos sociales son un aspecto fundamental en la igual consideración y respeto por los proyectos de vida autónomos que las personas**

**buscan desplegar.** En efecto, ello supone una sociedad justa y decente que garantiza una igualdad de oportunidades real y condiciones materiales mínimas a cada uno de sus miembros<sup>40</sup>. Una dimensión de este compromiso es la consagración de ciertos bienes básicos (primarios) que garanticen este piso mínimo. Así, no está en juego la naturaleza de derechos fundamentales de los derechos sociales, ni su carácter de interdependencia y complementariedad con los derechos civiles y políticos, sino su fórmula concreta de materialización y exigibilidad<sup>41</sup>.

**II. Déficits en la configuración de los derechos sociales en la Constitución vigente.** Quizás por el status inferior que el constituyente de 1980 le otorgó a los derechos sociales, su configuración técnica en la Constitución es deficitaria. En algunos casos se define un contenido esencial, en otros un objeto, en varios casos quedan entregados completamente al legislador. Tampoco se establecen deberes claros al Estado en todos los casos, ni se definen con precisión los límites o los supuestos de hecho bajo los cuales deben operar en cada caso.

**III. Complejidades en torno a su justiciabilidad.** Uno de los aspectos más controversiales en la discusión en Chile y comparada dice relación con los problemas de diseño institucional asociados a la justiciabilidad de los derechos sociales, esto es, a la posibilidad de exigir ante un juez o las cortes que se garantice efectivamente el derecho, invocando directamente la Constitución<sup>42</sup>.

39. Para Carlos Rosenkrantz, “nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no solo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas [...] no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo”. Carlos Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, 2002. Disponible en: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yfs\\_sela](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yfs_sela)

40. Para Daniel Brieba, la “igualdad democrática” es una teoría de justicia que “busca expresar exitosamente una igual consideración y respeto por todos los ciudadanos, y que a la vez pueda ser justificada interpersonalmente ante todos los miembros de la asociación o comunidad política [...] el más importante objetivo de toda asociación política es asegurar las condiciones sociales para la libertad de cada uno de sus miembros, y ello, a su vez, requiere que estos estén siempre en condiciones de establecer relaciones sociales de igualdad unos con otros”. Ver Daniel Brieba, “Igualdad democrática: la teoría de justicia de Anderson”, documento de trabajo Horizontal de 2015. Disponible en: <http://horizontalchile.cl/wp-content/uploads/2017/05/Brieba-Anderson.pdf> Ver también Daniel Brieba, “Igualdad democrática: la teoría de justicia de Anderson”, en Javier Gallego y Thomas Bullemore (eds.), *Igualitarismo. Una discusión necesaria*, CEP, 2016, p. 113.

41. Enrique Barros, “¿Debate constitucional ex nihilo?”, *Societas*, Vol. 17, 2015, pp. 169-173. Ver también Rodrigo Correa, “Crisis y vigencia del Estado de Derecho”, *Societas*, Vol. 16, 2014, pp. 199-204.

42. Ver, por ejemplo, Gómez, ob. cit., Peña, ob. cit., pp. 267 y ss., y Enrique Barros, “Una Constitución que nos comprometa”, Columna en *El Mercurio*, Reportajes, 27 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/blogs/2020/01/26/75856/Una-Constitucion-que-nos-comprometa.aspx>

a. **Dimensión democrática.** Existe un riesgo serio de “sobre constitucionalizar” aspectos de la vida económica y social, propios de las políticas públicas, en la forma de derechos. Se trata de ámbitos que quedan excluidos de la política democrática y que usualmente son la base de las diferencias de los programas políticos de las diversas coaliciones. Ello implica reemplazar la deliberación democrática entregando estas decisiones a los jueces. Evitar que el control judicial se transforme en un control político busca precisamente resucitar la política representativa como un instrumento válido de cambio social, de la política como deliberación y elección de cambios sociales, económicos y valóricos<sup>43</sup>.

b. **Dimensión técnica.** Los tribunales no son un foro adecuado para realizar planificaciones de política pública, revisar aspectos técnicos de legislaciones sectoriales o para crear derechos de contenido patrimonial<sup>44</sup>. Además, son los jueces los que pasan a controlar el presupuesto público ante los ciudadanos, tomando decisiones sobre qué recursos priorizar y niveles de satisfacción de bienes, como si fueran una autoridad electa, responsable y que rinde cuenta ante la ciudadanía por tales decisiones<sup>45</sup>.

c. **Dimensión de equidad.** Seguir el camino de la litigación para exigir derechos sociales implica que estos quedan restringidos a quienes tienen la capacidad e información suficiente para acceder a este<sup>46</sup>. La distribución equitativa y justa de derechos sociales requiere una perspectiva redistributiva que

los jueces no están en condición de planificar ni implementar. La misma requiere una mirada al sistema tributario y de políticas públicas que debiera ser de responsabilidad de los legisladores.

Todas estas complejidades deben llevarnos como comunidad política a evaluar seriamente los diversos modelos de implementación y exigibilidad de los derechos sociales.

### 2.3. DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA FUERTE A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ECONÓMICOS COMPARTIDOS

La Constitución vigente buscó establecer las bases de una Constitución Económica que tuviera un compromiso fuerte con la subsidiariedad y la economía de mercado. Un buen ejemplo es el sobredimensionamiento del estatuto del derecho de propiedad o buscar limitar excesivamente al Estado Empresario. Así como la Constitución no es el lugar para establecer políticas sociales de un signo político, tampoco lo es para plasmar un programa afín a un determinado sector político<sup>47</sup>.

Por el contrario, en otros ámbitos la Constitución vigente consagra una serie de reglas razonables, de protección de los derechos de los ciudadanos en estas materias: legalidad, proporcionalidad y justicia tributaria; libertad económica; o la no discriminación arbitraria en materia económica.

Las Constituciones exitosas y duraderas a nivel com-

43. Aninat, ob. cit. Ver también José Francisco García y Sergio Verdugo, *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Ediciones LyD, 2013.

44. Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, 115 *Yale Law Journal* 1346, 2006. El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, sumado a que la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio. Asimismo, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida. Ver Víctor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, 2004, p. 42.

45. Gómez, ob. cit., p. 94.

46. Por lo demás, los jueces tienen herramientas limitadas para proteger derechos sociales. Incluso en los países donde más desarrollos jurisprudenciales ha habido, se han observado problemas relevantes. Ver, por ejemplo, el caso de Colombia en David Landau, “The Reality of Social Rights Enforcement,” *Harvard International Law Journal* 53, N° 1, 2011, pp. 190–247.

47. Ver, por ejemplo, José Francisco García, “Estatuto Constitucional de la propiedad: reconfiguración necesaria”, en *Diario Financiero*, 12 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/estatuto-constitucional-de-la-propiedad-reconfiguracion-necesaria/2019-11-11/184843.html>

parado cuentan con principios constitucionales económicos que se caracterizan por permitir un espectro amplio de políticas económicas y sociales de gobiernos de diverso signo político. Ello no significa que sean neutrales desde la perspectiva de no garantizar derechos fundamentales de naturaleza económica, como, por ejemplo, garantizar ampliamente el derecho de propiedad. Pero sí lo son en el sentido de que no es la Constitución una carta política más que pueda ser usada para oponerse a legislación o a políticas públicas por sus opositores cuando no esté en juego algo esencialmente valioso para toda la comunidad política.



## 2.4. PROPUESTAS

Sobre la base de las consideraciones anteriores, proponemos:

**I. Reorganizar el catálogo de derechos en un nuevo capítulo de derechos, deberes y garantías,** que sistematice y ordene lo que hoy se encuentra en distintos capítulos de la Constitución vigente.

### II. Derechos Fundamentales.

#### a. Perfeccionar derechos civiles y políticos.

i. Incorporar la prohibición de tratos inhumanos y degradantes; en igualdad ante la ley y no discriminación arbitraria, especificar las categorías que requieran de especial protección (raza, género, nacionalidad, entre otras ampliamente consideradas en nuestra legislación y en tratados internacionales vigentes en nuestro país); reemplazar el debido proceso como mandato al legislador por la tutela judicial efectiva como estándar directamente vinculante para el juez; incorporar explícitamente la libertad religiosa; incorporar una regla de libertad de expresión amplia; consagrar la reserva legal del derecho de reunión, entre otros.

ii. Agregar como deber del Estado la promoción de la igualdad en dignidad y derechos entre mujeres y hombres, evitando toda forma de violencia, abuso o discriminación arbitraria.

iii. Modernizar el estatuto del derecho de propiedad, la propiedad minera, los recursos naturales y el agua, consagrando las reglas que garanticen el contenido esencial de estos derechos.

iv. Perfeccionar el estatuto de los tributos, cargas públicas, gravámenes y beneficios especiales, y cotizaciones en salud y previsión, definiendo con claridad su contenido esencial y límites.

#### b. Reconfiguración de los derechos sociales.

i. Perfeccionamiento de los derechos sociales actualmente reconocidos en la Constitución (medioambiente, salud, educación, trabajo, seguridad social y sindicalización), e inclusión de un nuevo derecho a vivir en una vivienda adecuada.

- ii. Cada derecho social tendrá una estructura que precisará su núcleo esencial; la configuración legal de los aspectos más relevantes; el sujeto obligado a la satisfacción del derecho; uno o más deberes del Estado específicos (promoción y fomento, entre otros).
  - iii. Desde el punto de vista de su exigibilidad, se incluirá, como regla general a su desarrollo en la ley respectiva, su reclamación judicial ante una nueva justicia administrativa.
  - iv. Sin perjuicio de que se establezcan en algunas materias directrices al legislador o un deber del Estado de garantizar mínimos exigentes, elementos de solidaridad, u otra directriz equivalente, también se consagrará la libertad de elección y la provisión mixta en materia de derechos sociales como educación, salud, seguridad social y vivienda, habilitando la participación activa de la sociedad civil y el sector privado en la cooperación con el Estado en estos bienes sociales fundamentales, garantizando también un contrapeso democrático fundamental.
- c. Sistematizar en una sección autónoma los **derechos políticos, de nacionalidad y ciudadanía**, revisando y sistematizando las reglas que actualmente se encuentran en el Capítulo II de la Constitución.

**III. Sistematizar en un artículo único los deberes de los ciudadanos**, hoy dispersos en la Constitución.

**IV. Régimen de garantías.** La sección final de este capítulo deberá, en un artículo único, especificar el esquema de exigibilidad de cada una de las secciones antes descritas en materia de derechos, incluyendo la regla de que todos los derechos consagrados en este capítulo, sin importar su sección, vinculan a todos los poderes públicos.

“

Cada derecho social tendrá una estructura que precisará su núcleo esencial; la configuración legal de los aspectos más relevantes; el sujeto obligado a la satisfacción del derecho; uno o más deberes del Estado específicos (promoción y fomento, entre otros).





### 3. RÉGIMEN DE GOBIERNO: HACIA UN MODELO DE COOPERACIÓN PRESIDENTE-CONGRESO QUE INCORPORE MECANISMOS DE UN RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL

#### 3.1. NUESTRO HÍPER PRESIDENCIALISMO EN CRISIS

El presidencialismo tiene larga data en la tradición constitucional chilena<sup>48</sup> y latinoamericana<sup>49</sup>, habiendo sufrido diversos cambios en el tiempo. La preeminencia del Ejecutivo por sobre el Legislativo podía verse ya en la Constitución de 1833, que establecía que el Presidente de la República era el jefe supremo de la nación y el administrador del Estado. Sin embargo, durante las últimas décadas del siglo XIX el régimen político chileno transitó a un mayor equilibrio entre poderes y a una flexibilización en sus relaciones con el Congreso Nacional.

La Constitución de 1925 vino a poner fin a este tránsito, reforzando el carácter presidencialista de nuestro sistema político, con una separación estricta de poderes y una preeminencia del Presidente de la República en el gobierno y en la administración de la nación.

Más recientemente, la Constitución de 1980 entregó aún más poder al Presidente, lo que derivó finalmente en un sistema presidencial reforzado o híper presidencialista, y que debió ser moderado durante gran parte de la vigencia democrática de la Constitución mediante arreglos informales entre los partidos de la coalición gobernante<sup>50</sup>.

Existen buenas razones para repensar el régimen político chileno. Se trata de un ejercicio que diversos



Ausencia de válvulas de escape para descomprimir crisis institucionales: la crisis de la figura del Presidente es la crisis del sistema político en su totalidad.

académicos e intelectuales han venido realizando desde hace décadas<sup>51</sup>. Desde la perspectiva del debate constitucional, tal vez este sea el aspecto más importante, aunque menos comprendido, en que la reforma constitucional pueda concretamente contribuir a hacerse cargo de esta crisis.

Algunos de los elementos que debemos ponderar en esta materia<sup>52</sup>, son los siguientes:

- I. Ausencia de válvulas de escape para descomprimir crisis institucionales: la crisis de la figura del Presidente es la crisis del sistema político en su totalidad.
- II. Falta de responsabilidad y solidaridad del Congreso en la conducción del gobierno de la nación.
- III. Falta de deliberación al interior del gabinete, y de representación política efectiva en el mismo.

48. Ver, por ejemplo, José Victorino Lastarria, *La Constitución Política de la República de Chile comentada*, Imprenta Barcelona, 1856.

49. Ver, por ejemplo, Enrique Krauze, *La presidencia imperial*, Tusquets Editores, 1997 y Carlo Nino, ob. cit.

50. Peter Siavelis, "Accommodating Informal Institutions and Chilean Democracy" en Gretchen Helmke y Steven Levitsky (eds.), *Informal Institutions and Democracy Lessons from Latin America*, Cambridge University Press, 2006.

51. Se trata de un argumento que encontramos temprano en La Crítica del Grupo de los 24 (Grupo de Estudios Constitucionales) a comienzos de los años ochenta, o en libro editado por Óscar Godoy, *Cambio de régimen político*, Ediciones UC, 1992. Destaca en este, pensando un modelo semipresidencial para Chile, el trabajo de Enrique Barros. Por otra parte, es un elemento fundamental del diagnóstico el libro de Arturo Valenzuela, *El quiebre de la democracia en Chile*, Ediciones UDP, 2013.

52. Sintetizados y examinando la literatura relevante en José Francisco García, "Régimen político", en Lucas Sierra (ed.), *Diálogos Constitucionales*, CEP, 2015. Ver también Gastón Gómez, "Propuesta de régimen político", en Lucas Sierra (ed.), *Propuestas Constitucionales*, CEP, 2016.

### 3.2. INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA (Y LA REGLA DE MAYORÍA) EN CRISIS: CONGRESO NACIONAL Y PARTIDOS POLÍTICOS

La democracia constitucional tiene como uno de sus pilares la legitimidad de los representantes del pueblo, cuyo paradigma es el Congreso Nacional. Esa legitimidad puede verse erosionada si no se corrigen ciertos problemas de eficacia y eficiencia institucional, que con el pasar del tiempo se han puesto de manifiesto y que se traducen también en problemas de transparencia y rendición de cuentas.

Este diagnóstico ha sido desarrollado y profundizado recientemente por el Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción (Comisión Engel, 2015)<sup>53</sup>, la Comisión de Modernización del Estado convocada por el CEP (2017)<sup>54</sup> y diversos trabajos académicos<sup>55</sup>.

**I. Debilitamiento de los partidos políticos, pilares de la democracia constitucional.** La experiencia nos muestra que el debilitamiento y desprestigio de los partidos políticos es peligroso para una democracia. Países con partidos políticos representativos y respetados pueden encontrar soluciones institucionales a sus problemas sociales. Por el contrario, aquellos que carecen de estos tienen una mayor tendencia a caer en populismos y salidas autoritarias. A lo anterior se suma que es posible observar niveles muy bajos de disciplina partidaria, lo que probablemente está conectado con el desprestigio de los partidos políticos como instituciones que lideran el actuar político, y los pocos incentivos que los rígidos sistemas presidenciales introducen para

contar con una mayor disciplina, además de la escasa democracia interna que existe dentro de estas instancias.

**II. Efectos de la fragmentación política en las prácticas parlamentarias.** Los momentos iniciales de práctica parlamentaria, ayudados por una democracia tutelada con un sistema binominal, estuvieron caracterizados por la existencia de dos coaliciones estables que funcionaron en la práctica como dos grandes partidos. Adicionalmente, se pudo observar durante estos primeros años una cantidad relativamente baja de partidos políticos con representación parlamentaria. El fin del sistema binominal y su reemplazo por un sistema proporcional significó un cambio radical en la composición del Congreso Nacional, con un aumento significativo de los partidos políticos con representación parlamentaria, el cambio en las coaliciones políticas y una mayor inestabilidad de dichos pactos. Un sistema proporcional y altamente representativo demostró convivir con dificultad con un sistema presidencial como el nuestro, donde los incentivos a la disciplina partidaria y a los acuerdos institucionales han resultado ser bajos.

**III. El Congreso Nacional enfrenta importantes limitaciones técnicas.** De ello se sigue que tiene menor capacidad técnica que la del Ejecutivo para apoyar la realización de su labor legislativa en igualdad de condiciones, traduciéndose, en la práctica, en una asimetría con las asesorías técnicas que cuenta el Gobierno. En este sentido, los sistemas de asesorías técnicas y de apoyo al

53. Informe final del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, 24 de abril de 2015. Disponible en: <http://consejoanticorrupcion.cl/lanzamiento-final/>

54. *Un Estado para la Ciudadanía. Informe de la Comisión de Modernización del Estado*, CEP, noviembre de 2017. Ver también Isabel Aninat y Slaven Razmilic (eds.), *Un Estado para la ciudadanía: Estudios para su modernización*, CEP, 2018.

55. Ver, por ejemplo, José Francisco García, "Ni césares, ni caudillos, ni redentores: el fin del hiper-presidencialismo chileno", en José Francisco García (coord.): *¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional*, Thomson Reuters-Legal Publishing, 2014, pp. 351 y ss.; Claudio Agostini et al, "Emparejando la cancha. Nueva institucionalidad para la acción legislativa", *Informe de Políticas Públicas N° 9*, Espacio Público; *La participación de la sociedad civil en el proceso legislativo chileno*, PNUD, 2017; Sebastián Soto, "Fortaleciendo las capacidades de los congresistas en la deliberación de políticas públicas", en Isabel Aninat y Slaven Razmilic (eds.), ob. cit., pp. 265 y ss.

trabajo parlamentario han demostrado ser insuficientes y no ser un contrapeso real y efectivo a la labor que realizan sofisticados y complejos equipos técnicos de ministerios y servicios públicos. Esto ha significado que la etapa prelegislativa (por esencia secreta) ha adquirido mucha relevancia, y hace que la administración suela evitar la intervención parlamentaria y ser especialmente parca a la hora de dar explicaciones técnicas y justificar el contenido de sus propuestas legislativas, como lo evidencia la reforma tributaria impulsada durante el segundo gobierno de la ex Presidenta Bachelet.

**IV.** Junto con lo anterior, debemos constatar que la práctica política se ha visto afectada por el efecto conjunto de **numerosos mecanismos contramayoritarios y en “dosis” altas que impiden la vigencia efectiva de la regla de mayoría.** Ejemplo de ello son los controles preventivos del Tribunal Constitucional o la forma en que la Constitución de 1980 usa las leyes supramayoritarias (especialmente las leyes orgánicas constitucionales), que han erosionado y debilitado el proceso político democrático, limitando el rol de las mayorías parlamentarias.

### 3.3. OBJETIVOS DE UNA REFORMA DEL RÉGIMEN DE GOBIERNO Y DE REHABILITACIÓN DE LA POLÍTICA (Y LA REPRESENTACIÓN)

En los últimos años el diagnóstico antes propuesto ha ido convergiendo desde la perspectiva de los obje-

vos que debiera perseguir una reforma en esta materia. Así, por ejemplo, podemos destacar:

- I. El cambio de régimen político hacia un modelo de presidencialismo con relaciones flexibles entre el Presidente y el Congreso Nacional, o derechamente hacia un modelo semipresidencial, ha encontrado algún espacio de proyección, no solo en la academia, sino que en la política<sup>56</sup>.
- II. La literatura comparada sugiere que no existen modelos políticos puros, sino que cada vez es más común encontrar diseños híbridos al interior de un mismo tipo de régimen<sup>57</sup>.
- III. A nuestro juicio, objetivos específicos que orienten una reforma al régimen de gobierno son: (i) asegurar mayores grados de gobernabilidad; (ii) fortalecer la función ejecutiva, incluyendo mayores grados de deliberación al interior del gobierno, y específicamente del gabinete; y



<sup>56</sup>. Sin perjuicio de esfuerzos políticos anteriores, en los últimos años destacan, el Acuerdo RN-DC para un nuevo régimen político en Chile en enero de 2012; el segundo informe de la comisión del equipo constitucional de la candidatura de Bachelet en 2013; también durante 2015 las diversas propuestas constitucionales de partidos políticos vinculados a la Nueva Mayoría; y antes, por parte del PRO, su programa presidencial de 2009. Podemos destacar también la propuesta del programa a la primaria presidencial del candidato de Evópoli Felipe Kast (2017). Quizás la iniciativa legislativa más importante en los últimos años es el proyecto que “Modifica diversos artículos de la Constitución Política para establecer un régimen semipresidencial de gobierno”, Boletín N° 10.607-07, de los senadores Zaldívar, Montes, Larraín, Allamand y Harboe, presentado con fecha 12 de abril de 2016.

<sup>57</sup>. José Antonio Cheibub, Zachary Elkins y Tom Ginsburg, “Beyond Presidentialism and Parliamentarism”, *British Journal of Political Science*, Vol. 44, N° 3, 2014, pp. 515-544. Esto se manifiesta, por ejemplo, en las diferencias que existen en el sistema presidencial chileno y norteamericano, haciendo pensar en que lo sensato es generar un diseño institucional que incrementalmente apunte a mejorar el equilibrio en la relación Presidente—Congreso. En nuestro país quizás sea el profesor Pablo Ruiz-Tagle quien más tempranamente formuló una estrategia pragmática de reforma de transición hacia un modelo híbrido, con base en el presidencialismo, más allá de buscar tipos puros (por ejemplo, implementar un semipresidencialismo a la francesa). Ver, por ejemplo, Pablo Ruiz-Tagle, “El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reforma”, *Revista de Derecho Público*, vol. 76, 2014, pp. 229-247. En un sentido pragmático similar, ver Nicolás Eyzaguirre, Pamela Figueroa y Tomás Jordán, *Hacia un cambio en el régimen político: un presidencialismo parlamentarizado*, 2018 (inédito).

(iii) aumentar la solidaridad y responsabilidad del Congreso en el gobierno de la nación<sup>58</sup>.



Avanzar hacia un modelo de cooperación Presidente-Congreso, incluyendo instituciones y mecanismos del semipresidencialismo... Separar las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno, incorporando la figura del Primer Ministro.

IV. Una reforma de esta envergadura debe ser examinada desde una perspectiva sistémica integral, lo que implica su articulación con otras instituciones, precisamente con el objetivo de rehabilitar las instituciones de la democracia representativa. Por ejemplo, el sistema electoral de los miembros del Congreso Nacional, las normas que reglan el proceso legislativo, las reglas de funcionamiento interno del Congreso Nacional, el estatuto de los partidos políticos, entre otros<sup>59</sup>.

### 3.4. PROPUESTA

En consecuencia, avanzar hacia un modelo de cooperación Presidente-Congreso, incluyendo instituciones y mecanismos del semipresidencialismo, implica considerar, entre otros:

- I. **Separar las funciones de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno**, incorporando la figura del Primer Ministro, propuesto por el Presidente de la República y ratificado por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara de Diputados. Así:
  - a. El Presidente de la República, Jefe de Estado, es electo por sufragio popular, con potestades sobre la Defensa Nacional, Relaciones Exteriores, y preservar la integridad territorial; designación de autoridades relevantes institucionales; cuenta con iniciativa de reformas constitucionales y de ley en los ámbitos de su competencia; disolver el Congreso Nacional y convocar a nuevas elecciones por una vez durante el periodo; propone al Primer Ministro, quien debe ser aprobado por la mayoría absoluta de la Cámara de Diputados.
  - b. El Primer Ministro, Jefe de Gobierno, tiene potestades en materia de administración del Gobierno, iniciativa de ley general, presupuestaria, seguridad pública y orden público, ejercicio de la potestad reglamentaria, entre otros. Es quien designa y remueve a los ministros de Gobierno, a excepción de los ministros de Defensa y Relaciones Exteriores, que son nombrados por el Presidente.

58. Ver Gastón Gómez, "Propuesta de régimen político", en Lucas Sierra (ed.), *Propuestas Constitucionales*, CEP, 2016.

59. García, ob. cit. (2015). Ver también Eyzaguirre et al, ob. cit.

“

Perfilar con mayor claridad el rol y las atribuciones de las dos cámaras... La Cámara de Diputados será la cámara política y legislativa por excelencia... El Senado será la cámara de representación territorial con un fuerte foco en concretar los esfuerzos de descentralización.

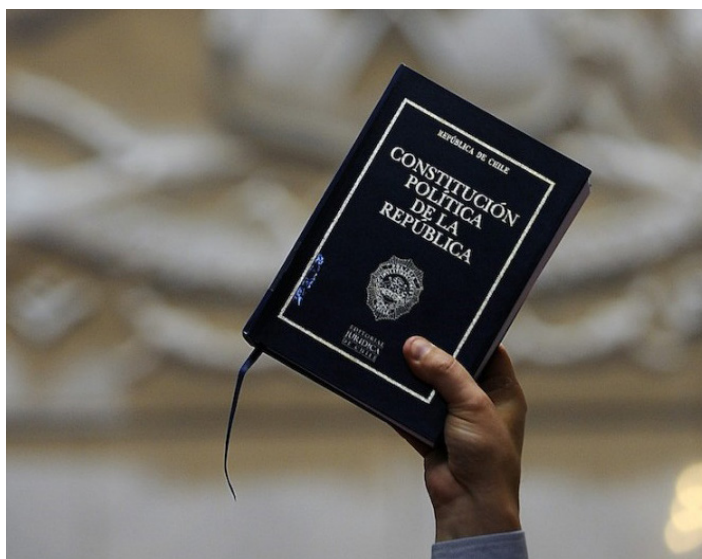


Imagen: Agencia Uno

## II. Incorporar mecanismos de responsabilidad política y superación de crisis de régimen.

El Presidente de la República por una sola vez durante su mandato podrá disolver el Congreso Nacional, llamando a nuevas elecciones parlamentarias. Asimismo, un grupo de diputados podrá activar una moción de censura contra el Primer Ministro. Para que prospere deberá ser aprobada por la mayoría absoluta de los diputados en ejercicio, quienes deberán proponer al Presidente de la República a la persona que cuenta con el apoyo de esa mayoría para encabezar el Gobierno.

## III. Flexibilizar el régimen de incompatibilidad entre la figura de ministro de Gobierno y la de diputado. Ello tiene por objeto fortalecer la cooperación entre el Presidente de la República y el Congreso.

## IV. Perfilar con mayor claridad el rol y las atribuciones de las dos cámaras.

- a. La Cámara de Diputados será la cámara política y legislativa por excelencia; en ella se ratificará al Primer Ministro y se presentarán las mociones de censura al mismo. Seguirá siendo la encargada de fiscalizar los actos de gobierno y será el foro natural de deliberación y creación legislativa, teniendo la iniciativa de los proyectos de ley (junto al Primer Ministro del Gobierno).
- b. El Senado será la cámara de representación territorial con un fuerte foco en concretar los esfuerzos de descentralización. En materia de reformas constitucionales y legislativas tendrá un rol estrictamente revisor, no teniendo iniciativa legislativa. Asimismo, tendrá mayores responsabilidades en las designaciones presidenciales de altas autoridades y magistraturas del Estado. Ejemplo de ello, embajadores o, respecto de órganos colegiados, de agencias regulatorias independientes. Asimismo, esta intervención será de la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio, sea en nombramientos de altas autoridades en razón de un mandato constitucional o legal. Asimismo, la ley respectiva deberá velar por aumentar los mecanismos de transparencia, participación de la sociedad civil y escrutinio de los candidatos propuestos.

## V. Perfeccionar el sistema electoral parlamentario.

- a. Pasar a un sistema electoral de diputados mixto, incorporando un componente mayoritario que refuerce la gobernabilidad y disminuya la excesiva fragmentación actual. Para ello, proponemos que la mitad de la Cámara de Diputados se elija sobre la base de distritos uninominales, y la otra mitad sobre la base de un sistema proporcional a definir (por ejemplo, listas nacionales de acuerdo al sistema proporcional).
- b. En el caso del Senado, un sistema electoral proporcional, y en que cada macro-región o macro-zona elija un número equivalente de senadores<sup>60</sup>.

VI. Eliminar las leyes orgánicas constitucionales, utilizando en su reemplazo leyes de quórum calificado (mayoría absoluta) para regular materias específicas (principalmente aspectos del Poder Judicial, Congreso Nacional, Banco Central, Tribunal Constitucional, Justicia Electoral y estados de excepción). En el caso del sistema electoral, junto con una regulación constitucional adecuada en sus elementos esenciales, su ley complementaria sí deberá ser contramayoritaria (quórum de 4/7, en los aspectos definidos por la CPR).

---

60. También debe considerarse la posibilidad de que los senadores sean designados por los miembros de la asamblea regional.

## 4. GOBIERNO, ADMINISTRACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO: AUMENTANDO LOS ESTÁNDARES DE EXCELENCIA Y EXIGENCIA EN BENEFICIO DE LOS CIUDADANOS

### 4.1. ELEMENTOS DE DIAGNÓSTICO

#### I. El desafío de la modernización del Estado Administrador y la dimensión constitucional

La modernización del Estado es un imperativo de justicia en nuestro país, qué duda cabe. No es posible pensar en una Nueva Constitución sin un nuevo Estado que esté a su altura.

La Constitución actual es muy poco exigente con el gobierno y la administración del Estado, limitándose a establecer directrices muy escuetas –y, a veces, hasta confusas– acerca de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), además de consagrar un principio de responsabilidad ante la lesión de derechos a los administrados<sup>61</sup>.

Asimismo, ha venido desarrollándose en el derecho comparado el *derecho a la buena administración pública*, regla que en la forma de derecho o de principio busca articularse como una garantía ante la necesidad de exigir decisiones discrecionales de calidad y respetuosas del procedimiento administrativo, pero que también sean eficientes, eficaces y consideren debidamente las observaciones de todos los interesados<sup>62</sup>.

En la realidad latinoamericana, este derecho al buen gobierno también se ha traducido en la larga aspiración regional de contar con un servicio civil de carrera, profesional y apolítico, algo que bajo la actual Constitución tampoco ha sido alcanzado. De esta manera, al establecer las bases generales de la Admi-

nistración del Estado, la Nueva Constitución también debería incorporar las principales directrices de la Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003.

#### II. La discrecionalidad del Presidente de la República en la designación de altas autoridades de Estado

El Presidente de la República tiene hoy, y es muy probable que lo siga teniendo en el futuro, incluso bajo un régimen de presidencialismo flexible, total discrecionalidad en sus designaciones o nominaciones ante otros órganos como el Senado y de altas autoridades del Estado. Un ejemplo de lo primero es que existe discrecionalidad total en la designación de 3 de 10 ministros del Tribunal Constitucional, sin la obligación de dar fundamento alguno; de lo segundo, la nominación ante el Senado, a partir de una quina elaborada por la Corte Suprema, de candidatos a ministros de la Corte Suprema.

Se trata de una potestad de nombramiento que debe ser mucho más exigente en cuanto a la idoneidad y excelencia de los designados o candidatos nominados, y que existan contrapesos efectivos en esta materia.

#### III. El Estado Regulador y la Constitución

La incorporación de Chile a la OCDE ha tenido, entre otras consecuencias, modernizar la manera (herramientas, instrumentos, evaluación) de las regulaciones sectoriales, como, asimismo, del diseño institucional de los órganos regulatorios. Del viejo

61. Un Ejemplo de esta realidad son las consecuencias prácticas que se siguen de la aparente distinción entre Gobierno y Administración que se efectúa al comienzo del capítulo cuarto de la Constitución al establecer la autoridad presidencial.

62. Su desarrollo comienza con su consagración expresa en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, con foco en los derechos del ciudadano, el bienestar, el bien común y el eficiente funcionamiento de las instituciones públicas. Así, por ejemplo, el artículo 41 de la Carta de Niza enuncia que todos los ciudadanos cuentan con: derecho a audiencia; derecho de acceso a los expedientes; derecho a una resolución administrativa motivada; derecho a reparación por los daños causados; y el derecho a dirigirse a las instituciones en las lenguas oficiales de los tratados. Ver Izaskun Linazasoro, “El derecho a la buena administración pública en Chile”, *Revista de Derecho Público*, N° 88, 2018, pp. 94-95, 101.

modelo de entidades fiscalizadoras unipersonales con alta discrecionalidad y baja autonomía política, hemos transitado crecientemente a un modelo de agencias regulatorias independientes, colegiadas, con alta autonomía técnica de los órganos políticos, y con ello, alta discrecionalidad técnica (pero ahora basada en su colegialidad y autonomía).

Es importante además hacer presente que la entrega de autonomía a la mayoría de las instituciones a las que se procura asegurar un funcionamiento independiente ha sido efectuado a nivel legislativo. Tal es el caso de las superintendencias, los restantes órganos regulatorios como la Unidad de Análisis Financiero o la Comisión de Mercado Financiero, y también las entidades fiscalizadoras como la Fiscalía Nacional Económica. Existen otras instituciones que, si bien cumplen funciones muy similares en materia regulatoria o fiscalizadora a las anteriormente menciona-

das, no están legalmente dotadas de autonomía. En este caso, el espectro es muy variado<sup>63</sup>.

Nuestra Constitución no dice nada en esta materia, pero la revisión de experiencias comparadas, al menos bajo regímenes de gobierno similares al nuestro, da cuenta de que debemos repensar esta cuestión a la luz de la experiencia de Constituciones recientes que han incorporado provisiones en tal sentido<sup>64</sup>.



Derecho a la buena administración pública, que garantice a los ciudadanos un Estado a su disposición, eficaz y con servicios de calidad y en tiempo oportuno.

## 4.2. PROPUESTAS

Sobre la base del diagnóstico anterior, proponemos:

- I. **Incorporar reglas y estándares exigentes a la administración pública.** Debemos pasar de una norma que establece lineamientos a la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado a reglas y mandatos exigentes de actuación estatal, los que, por supuesto, deben ser desarrollados en la ley respectiva, en materia de eficiencia, eficacia, coordinación, meritocracia, probidad y transparencia.
- II. **Incorporar el derecho a la buena administración pública,** que garantice a los ciudadanos un Estado a su disposición, eficaz y con servicios de calidad y en tiempo oportuno, incluyendo un mandato al legislador para que consagre un modelo efectivo de silencio positivo frente al retraso en la toma de decisiones por parte de la autoridad administrativa (permisos, autorizaciones, concesiones administrativas, etc.), y el derecho a la reparación por los daños causados.

63. En un extremo encontramos órganos que integran la Administración Central del Estado, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el Servicio Nacional de Aduanas o la Dirección Nacional de Servicio Civil. En el otro extremo, están los órganos desconcentrados funcionalmente que, aunque están dotados de patrimonio y personalidad jurídica propia, no son formalmente autónomos, como ocurre por ejemplo con el Servicio Nacional del Consumidor o el Servicio Agrícola y Ganadero.

64. Aunque la literatura está dividida en cuanto a las críticas sobre la “agencificación del Estado”, es importante tener presente que muchos de los reproches en esta línea son realizados a propósito de escenarios institucionales muy diferentes al chileno, como el de los países anglosajones (donde predomina el modelo administrativo *Whitehall Westminster*) o de Europa continental. Por el contrario, en escenarios institucionales en los que predomina un híper presidencialismo como el nuestro, la literatura suele estar de acuerdo sobre los beneficios que esta estrategia institucional tendría para moderar la intervención política en dichas instituciones y sobre las mejoras que esta traería para el desempeño de sus tareas. Esta mejora en el desempeño institucional resulta predicable de la experiencia latinoamericana, incluso a pesar de que todavía es necesario avanzar en la profesionalización del sistema de nombramientos y en profundizar una cultura meritocrática dentro de estas instituciones. Salvador Parrado & MIQ Agencies, 77(4) *International Review of Administrative Sciences*, 2011, pp. 687-712.



“

Establecer un mandato al legislador de consagrar estándares exigentes de capacidad y mérito en el ingreso a la función pública.



Imagen: Documento Modernización del Estado, Horizontal, 2020.

- III. **Consagrar a nivel constitucional el debido proceso administrativo**, y todas sus garantías, por ejemplo, derecho a audiencia, derecho de acceso a los expedientes y derecho a una resolución administrativa motivada.
- IV. **Agregar un principio de igualdad y no discriminación de trato entre trabajadores del sector público y privado**: ningún funcionario público podrá tener privilegios por sobre el resto de los trabajadores.
- V. **Estándares exigentes de ingreso a la función pública, incluyendo concursos internacionales**. Establecer un mandato al legislador de consagrar estándares exigentes de capacidad y mérito en el ingreso a la función pública, incluyendo el que pueda autorizar concursos públicos internacionales para designar a las autoridades superiores de los servicios públicos.
- VI. **Ciencia y tecnología al servicio del Estado y servicios públicos de excelencia**. El Estado utilizará las mejores soluciones tecnológicas disponibles y la evidencia científica más reciente para que su funcionamiento sea eficiente, elevar los estándares de los servicios públicos, y mejorar la transparencia y rendición de cuentas de los asuntos de interés público.

**VII. Incorporar reglas de habilitación y directrices constitucionales para la actividad regulatoria del Estado** y las agencias administrativas, sean unipersonales o colegiadas, en materia de gobierno, atribuciones y estándares de excelencia en el desempeño de sus funciones y de ingreso al servicio.

**VIII. Aumentar los estándares de excelencia al Estado Empresario y autorizar alianzas estratégicas con el sector privado.**

- a. Proponemos consagrar entre las materias de ley, la habilitación al Estado Empresario, sea en el modelo tradicional o en un nuevo modelo asociativo con el sector privado, aunque precisando que su actuación debe realizarse bajo el mismo marco regulatorio aplicable al sector en el que interviene, y con mandatos al legislador de garantizar el cumplimiento de su función, gobierno corporativo y personal bajo estándares de excelencia, transparencia y probidad.
- b. La creación y la investigación científica, así como la innovación tecnológica, serán incentivadas y apoyadas por el Estado, como forma de asegurar la respectiva libertad y autonomía o el refuerzo de la competitividad y la articulación entre las instituciones científicas y las empresas estatales, privadas o bajo alianza público-privada.

**IV. Creación por ley de una comisión asesora presidencial para la designación de altas autoridades del Estado.** La ley deberá crear una comisión de naturaleza técnica que cuente con altos grados de autonomía, que convoque a concursos públicos de antecedentes y precalifique a los candidatos en audiencias públicas. De tal listado el Presidente propondrá sus nominados al Senado. Con ello se busca limitar la discrecionalidad que posee hoy el Presidente de la República en nombramientos institucionales fundamentales.

## 5. JUDICATURA

### 5.1. DÉFICITS EN EL GOBIERNO JUDICIAL Y DESPERFILAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA

Es ya un lugar común entre expertos la inconveniencia de que el gobierno judicial se mantenga en los mismos términos actuales, esto es, que esté íntegramente en manos de la Corte Suprema. En efecto, nuestro Máximo Tribunal es la última palabra no solo en materia jurisdiccional, sino en los ámbitos de administración, disciplina y evaluación. Es necesario separar el rol jurisdiccional de las cortes del resto de sus atribuciones de gobierno judicial.

Con todo, no existe consenso en el diseño institucional que reemplazará el esquema actual<sup>65</sup>. Así, para algunos, las atribuciones de gobierno judicial deben pasar a un Consejo de la Magistratura (modelo europeo), mientras, para otros, debiese seguir un modelo descentralizado (siguiendo modelos anglosajones)<sup>66</sup>. Existe bastante evidencia que demuestra el fracaso en términos de eficacia, eficiencia y exce-

so de politización de los Consejos de la Magistratura tradicionales<sup>67</sup>.

Junto con lo anterior, es también claro que, desde la perspectiva estrictamente jurisdiccional, la Corte Suprema se ha transformado en una verdadera tercera instancia, desnaturalizándose su rol de casación y de uniformar la jurisprudencia.

Un tercer aspecto a revisar dice relación con el sistema de nombramientos de jueces de los tribunales superiores de justicia y de tribunales ordinarios. De ello ha dado cuenta el informe final de la Mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces, convocada por el Ministerio de Justicia y DD.HH. (2018)<sup>68</sup>, al igual que trabajos académicos recientes<sup>69</sup>.

Finalmente, es fundamental volver sobre la necesidad de creación de una nueva justicia administrativa, deuda pendiente por más de un siglo en nuestra tradición constitucional.

65. Ver, por ejemplo, Juan Enrique Vargas, "Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces", en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La judicatura como organización, Expansiva e IEJ*, 2007, pp. 97 y ss.; José Francisco García y María Mancusi-Ungaro, "Diseño institucional de la Judicatura y Gobierno judicial: lecciones para Chile desde el derecho comparado", en José Francisco García, Francisco Leturia y Claudio Osorio (eds.), *Reforma al Poder Judicial: Gobierno Judicial, Corte Suprema y Gestión. Bases jurídicas y de política pública para un debate necesario*, PUC, UAI y LyD, 2007, pp. 75 y ss.; y José Francisco García, "Repensando el rol de la Corte Suprema en nuestro ordenamiento jurídico", *Sistemas Judiciales (CEJA)*, Vol. 13, 2008, pp. 6-16.

66. Por ejemplo, en el caso del Estado de Nueva York, la comisión de selección por mérito de jueces de apelación (la comisión de postulaciones judiciales), está integrada por 12 miembros de composición diversa, los que duran entre 1 y 4 años; recomienda entre 3 y 7 candidatos por vacante con la aprobación de 8 comisionados; y evalúan los siguientes estándares respecto de los candidatos: carácter, temperamento, aptitud profesional, experiencia, calificaciones e idoneidad para el cargo. Se entrega un reporte escrito que evalúa estos estándares, el que se da a conocer públicamente una vez emitido en paralelo a su envío al gobernador del Estado. Véase El desafío de seleccionar a los mejores. *La selección de altas autoridades judiciales en Estados Unidos, Europa y Asia*, Due Process of Law Foundation, 2013, pp. 15 y ss. Disponible en: <http://www.dplf.org/es/resources/el-desafio-de-seleccionar-los-mejores-la-seleccion-de-altas-autoridades-judiciales-en>

67. A nuestro juicio, los modelos de Consejo de la Magistratura han demostrado estar altamente politizados y ser ineficaces e ineficientes en el cumplimiento de su labor institucional, por lo tanto no son una alternativa recomendable. Así, también lo ha entendido la mesa interinstitucional de nombramientos judiciales, a la luz de las directrices que ha dado a conocer en esta materia, inclinándose por un modelo de comisión de nombramientos judiciales que se orienta en la dirección correcta. En este sentido, propuso como orientación: "Se recomienda que el diseño institucional concentre, en un organismo colegiado, la facultad de nombrar a quienes deben integrar el escalafón primario del Poder Judicial. La creación de un consejo o comisión de nombramientos debería, a lo menos, hacerse cargo de la definición inicial y actualización de los perfiles de cargo para cada tipo de tribunal y judicatura, del proceso de selección y elaboración de nóminas de candidatos conforme a un ranking, y de la designación final. Para ello, debe contar con una secretaría técnica que tenga la capacidad de operativizar estos procesos". Véase el documento elaborado por la Mesa Interinstitucional sobre Nombramiento de Jueces, *Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramientos de jueces*, 10 de enero de 2019, p. 15 Disponible en: <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>

68. Mesa interinstitucional..., ob. Cit.

69. Ver, por ejemplo, Juan Enrique Vargas, "Nombramientos y promociones judiciales: ¿es realmente la política el problema?", Anuario de Derecho Público 2014 (UDP), 2014, pp. 140 y ss.; y Lucas MacClure, "Nombramiento de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación", *Debates de Política Pública N° 32*, CEP, mayo de 2019. En efecto, algunos de los déficits detectados son los siguientes: (i) existen grados de discrecionalidad muy altos tanto en los tribunales superiores de justicia como de la autoridad administrativa en el nombramiento de jueces, que no entrega garantías de transparencia y objetividad suficiente; (ii) el actual sistema de nombramientos, jerarquizado y concentrado en los tribunales superiores, perjudica la autonomía interna (la que tienen los jueces respecto de sus superiores jerárquicos); y (iii) existe evidencia que demuestra que, si bien la representación de jueces mujeres es mayoritaria en primera instancia, su presencia decrece de manera relevante a nivel de algunas cortes de apelaciones y especialmente en la Corte Suprema, lo que no solo debe ser un tema de preocupación, sino que abre un espacio para políticas de equidad de género y acciones afirmativas. Ello se da en un contexto más global que aspira a contar con judicaturas más diversas en su composición. Ver, por ejemplo, John F. Kowal, *Judicial Selection for the 21st Century*, NYU Law, Brennan Center for Justice, 2016, pp. 20-21.

## 5.2. PROPUESTAS

Sobre la base del diagnóstico anterior<sup>70</sup>, proponemos:

**I. Radicar las funciones del gobierno judicial actualmente concentradas en la Corte Suprema en un nuevo Consejo de la Justicia.** Se trata de un consejo compuesto por 9 miembros; 5 designados por los presidentes de las cortes de apelaciones, el ministro de Justicia, quien lo presidirá, y 3 representantes del Presidente de la República, con acuerdo del Senado por la mayoría absoluta de votos.

**II. Reformar la Corte Suprema en cuanto a su integración y fortalecer su rol de uniformar el derecho.**

- a. Proponemos una Corte Suprema de 5 miembros, que sesionará siempre en pleno, y adoptará sus acuerdos por mayoría.
- b. Serán designados por el Presidente de la República, con el acuerdo de la mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Los candidatos deberán tener 15 años de ejercicio en el ámbito judicial, o en la posesión de título de abogado, debiendo en este último caso haber destacado en su actividad académica o profesional.
- c. Los ministros de la Corte Suprema durarán en su cargo un periodo único, no renovable, de 10 años.
- d. Estará orientada esencialmente a su rol de uniformar el derecho.

**III. Perfeccionamiento del sistema de nombramiento de ministros de cortes de apelaciones y jueces.**

- a. Los ministros de cortes de apelaciones y jueces serán designados por el Presidente de la República a partir de una terna propuesta por el Consejo de la Justicia, que convocará a un concurso abierto, bajo estándares técnicos y transparente.
- b. Los candidatos deberán tener un número de años de ejercicio en el ámbito judicial, o en la posesión de título de abogado, debiendo en este último caso haber destacado en su actividad académica o profesional, lo que será determinado por la ley respectiva<sup>71</sup>.

**IV. Existirán directrices de equidad de género,** respecto de los procesos de nombramiento de ministros de la Corte Suprema y apelaciones, y jueces<sup>72</sup>.

70. Hemos incorporado algunos elementos de la propuesta constitucional del entonces candidato en las primarias presidenciales de 2013 de la Nueva Mayoría, Andrés Velasco, y el documento de Plural, *Propuestas para la Administración de Justicia en la República de Chile en el Siglo XXI*, de mayo de 2014.

71. Bajo este modelo, ni la formación en la Academia Judicial ni el desempeño previo como juez serán requisitos o condiciones de postulación (pero la ley podrá asignarles mayor puntaje dependiendo del perfil del cargo definido en el concurso público respectivo).

72. En este sentido, la Asociación de Magistradas Chilenas (MACHI), en sus *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno*, ha propuesto diversas medidas de acción afirmativa. Así, en materia de acceso a cargos administrativos o judiciales, ha propuesto que "a igualdad de condiciones, elegir a la persona candidata a un puesto en función del sexo menos representado" (p. 68). O también, por ejemplo, "establecer cuotas de género en todos los departamentos de dirección de la institución" (p. 72). Asociación de Magistradas Chilenas, *Recomendaciones para el abordaje de una política de género en el Poder Judicial chileno, 2015*. Disponible en: <http://www.magistradaschilenas.cl/wp-content/uploads/2018/04/MACHI-COMPLETO.pdf>

**V. Creación de una nueva justicia administrativa.** Ello considera un orden separado del actual sistema unificado, con tribunales de primera y segunda instancia (eventualmente un tribunal superior administrativo), bajo el cual debiese quedar la justicia tributaria y aduanera, de contratación pública y ambiental, y la justicia de cuentas. Esto se relaciona tanto con el diagnóstico y las propuestas constitucionales relativas al Poder Judicial, como al hecho de que debiese ser este orden jurisdiccional el encargado de activar y controlar los mandatos legislativos en materia de derechos económicos y sociales. Ante estos tribunales debe buscarse la responsabilidad en casos de actuaciones ilegales, o bien la certeza o claridad en casos de dudas manifestadas por los particulares o los propios órganos de control.

**VI. Simplificar el procedimiento de indemnización por error judicial, ampliándolo a la deficiente administración de justicia.** Hoy en día, son muy excepcionales los casos en que se hace efectiva la indemnización por error judicial contenida en el Art. 19 N° 7 i) de la CPR. Para ello, proponemos simplificar el engorroso procedimiento existente y ampliar las hipótesis al error judicial y a la deficiente administración de justicia.

## 6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La mayoría de las Constituciones recientes contienen algún mecanismo de control judicial de constitucionalidad de la ley<sup>73</sup>. Una defensa de la justicia constitucional supone la existencia de tribunales independientes, una Constitución democrática cuyos valores sea deseable defender normativamente y un tribunal que sea capaz de justificar sus poderes mostrando que ellos contribuyen a reparar defectos del sistema político<sup>74</sup>.

### 6.1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL CHILENA

Contrario a lo que a veces se sostiene públicamente, Chile tiene una larga tradición de justicia constitucional que ha evolucionado en el tiempo<sup>75</sup>. Para mediados de los años sesenta, la necesidad de un árbitro institucional fue evidente debido al alto nivel de conflicto entre el Presidente de la República y el Congreso, razón por la cual hubo varias propuestas para reforzar el poder de la Corte Suprema o establecer un tribunal separado. Es así como finalmente el ex Presidente Frei Montalva logró un acuerdo político para instaurar el primer Tribunal Constitucional en Chile.

La Corte Suprema preservaría su recurso de inaplicabilidad, pero las disputas constitucionales más importantes, generadas a raíz de procesos legislativos en marcha, serían resueltas por un árbitro institucional separado. Lamentablemente, la experiencia de ese Tribunal Constitucional fue muy breve como para evaluarla, en tanto alcanzó a dictar poco más de una decena de sentencias<sup>76</sup>.

La Constitución de 1980 estableció un Tribunal nuevo, llamado a dar legitimidad legal al actuar de la Junta<sup>77</sup>. Sorprendentemente, dicho Tribunal también actuó contra los intereses de Augusto Pinochet, al contribuir a generar condiciones democráticas para el plebiscito de 1988<sup>78</sup>, ganando un prestigio relevante<sup>79</sup>.

La reforma constitucional del año 2005 fue, en parte, un acto de confianza a dicho Tribunal. Junto con eliminar la indeseable forma como estaban nombrados sus miembros, el constituyente acordó entregarle nuevos poderes a dicho Tribunal, fortaleciéndolo e inaugurando una nueva etapa<sup>80</sup>. Así, este cambió de perfil: pasó a ser compuesto por académicos y políticos<sup>81</sup>, lejano a la visión legalista que nos dejó la dictadura.

73. Es frecuente encontrar propuestas en “manuales” diseñados para constituyentes, y la instauración de una corte con poderes constitucionales parece haberse convertido en una suerte de Constitución “modelo” que constituyentes frecuentemente implementan. Dicho control tiene diversas justificaciones normativas, y ha sido objeto de debate importante en la literatura. Las mejores críticas a la justicia constitucional asumen la existencia de un tribunal con autoridad final y poderes de revisión fuerte en contextos de democracias estables donde no hay graves problemas asociados de derechos fundamentales. Ver, por ejemplo, Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review,” *The Yale Law Journal* 115, 2006, 1346–1406. Pero dichas críticas ceden cuando existen tribunales constitucionales que operan en contextos de democracias frágiles o en vías de transición (ver Samuel Issacharoff, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press, 2015). O cuando existen problemas estructurales asociados a los derechos fundamentales, o cuando el control de constitucionalidad de la ley se presenta de manera más débil, dialógica o mínima. Por todos ellos, ver un excelente resumen de las distintas posiciones en Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, 2008.

74. Así, la Constitución debe regular las condiciones que permitan que una democracia sea competitiva, libre y sostenible, y se hagan cargo de los incentivos perversos que puedan tener gobiernos de mayoría. Ejemplos de esas condiciones consisten en respetar los derechos políticos de las minorías y la libertad de expresión, entre muchas otras. Las mismas se encuentran tratadas extensamente en trabajos de teoría democrática conocidos. Una defensa parecida es la que hizo John Hart Ely en *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

75. Sergio Verdugo, “The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change,” en Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, 2019.

76. En general, la escasa literatura parece crítica o justificativa de la incapacidad del Tribunal de reducir el nivel de conflicto político que se experimentó. Enrique Silva C., *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, vol. 38, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2008.

77. Ver, por ejemplo, Robert Barros, *Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, 2002.

78. Eugenio Valenzuela Somarriva, *Contribución Del Tribunal Constitucional a La Institucionalización Democrática*, vol. 30, Cuadernos del Tribunal Constitucional, 2003.

79. Patricio Zapata, *Justicia constitucional*, Editorial Jurídica, 2008, pp. 203-208.

80. Gastón Gómez, “La Reforma a la Jurisdicción Constitucional. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno,” en Francisco Zúñiga, *Reforma Constitucional*, Lexis Nexis, 2005.

81. Diego Pardow y Sergio Verdugo, “El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005. Un enroque entre jueces de carrera y académicos,” *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVIII, 2015, pp. 123–44.

En los últimos años, tras sentencias controversiales de gran notoriedad pública, se han instalado algunos cuestionamientos al rol que cumple en la discusión legislativa. Junto con lo anterior, se ha manifestado la necesidad de establecer mayores grados de coordinación y cooperación con el Poder Judicial a propósito de los requerimientos de inaplicabilidad.

La evidencia demuestra que el 97% de las causas a las que se ha avocado consisten en inaplicabilidades por inconstitucionalidad, por lo que es un debate relevante que debe darse<sup>82</sup>. Además, los conflictos que se producirán en materia de transferencia de competencias regionales necesitan de un árbitro institucional, siendo el adecuado el TC.



82. Tribunal Constitucional, *Cuenta Pública del presidente del Tribunal Constitucional 2018*, Tribunal Constitucional, 2019, p. 18.

83. Grupo de estudio de reforma al Tribunal Constitucional, *25 propuestas para un Tribunal Constitucional del siglo XXI*, 2019, 74 p. Disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/07/informe-final-grupo-estudio-reforma-al-tc.pdf>

## 6.2. PROPUESTAS

Basándonos en las propuestas desarrolladas en los debates de los especialistas en los últimos años<sup>83</sup>, proponemos:

- I. Eliminar el control preventivo obligatorio de leyes.** Se puede considerar su mantención para el análisis de los tratados internacionales.
- II. Reemplazo del control preventivo facultativo de leyes por un control represivo racionalizado.** Se trata de un requerimiento a petición de la cabeza del Jefe de Gobierno o de un grupo de parlamentarios, una vez que ha concluido la tramitación legislativa del proyecto, entre la promulgación y la publicación de la ley, siguiendo el modelo europeo.
- III. Perfeccionar los requerimientos de inaplicabilidad y fortalecer la declaración de inconstitucionalidad.** Respecto de la inaplicabilidad, sus perfeccionamientos se asocian a cuestiones en torno a su admisibilidad y tramitación; racionalizar el momento procesal para su presentación (existencia de una sentencia con excepción de acciones constitucionales y materias penales); aumentar la intervención del juez de fondo y el estándar de fundamentación de la medida de suspensión del procedimiento pendiente; y crear un recurso extraordinario en casos excepcionales en que las sentencias de inaplicabilidad acojan el requerimiento, pero son desconocidas por el juez de fondo. Respecto de la inconstitucionalidad, reducir el quórum desde 4/5 a la mayoría absoluta de los integrantes del TC para que sea una herramienta eficaz.
- IV. Estatuto de ministros del Tribunal Constitucional.** Mantener el número de ministros del TC en 10, eliminando el voto dirimente del presidente en las causales reguladas hoy. Los ministros durarán en su cargo un periodo único, no renovable, de 10 años.
- V. Perfeccionamiento de otras atribuciones relevantes.** Otras atribuciones que se propone modificar son las siguientes: (i) eliminar la atribución de declaración de inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos; (ii) entregarle al TC competencias en materia de resolución de conflictos por transferencia de competencias a gobiernos regionales, provinciales y locales; (iv) traspasarle la resolución de todas las contiendas de competencia; y (d) ampliar el control de constitucionalidad a los reglamentos de las cámaras (Cámara de Diputados y Senado).



## 7. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

### 7.1. ELEMENTOS DE DIAGNÓSTICO

El contralor concentra una gran cantidad de atribuciones, por un largo periodo de tiempo (8 años). Por ello, el debate constitucional debe abrirse a la posibilidad de pasar hacia un órgano colegiado en reemplazo de una autoridad unipersonal.

En efecto, esta institución depende completamente en su actuar institucional de los criterios del jefe del organismo, que puede forzar hasta el límite los criterios normativos institucionales. Cabe hacer presente que es el único órgano público en que todos sus funcionarios (salvo el o la subcontralora) son de exclusiva confianza del contralor, lo que inhibe cualquier tipo de control interno eficiente, y, por el contrario, podría abrir la puerta a una mayor discrecionalidad en el ejercicio del poder que es incompatible con el estado de derecho y la libertad.

Desde la perspectiva de mejorar la eficacia y eficiencia institucional en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, un buen diagnóstico es posible de encontrar en el informe OCDE (2014) que examinó de manera integral el funcionamiento de Contraloría, promoviendo poner mayor énfasis en el rol de audi-

toría (en un esquema de sanciones ex post) y menos en el control ex ante de legalidad (toma de razón)<sup>84</sup>. En efecto, la ganancia institucional del control de juridicidad de los actos de la administración a través de la toma de razón es marginal, como lo demuestra la gran cantidad de actos que la propia Contraloría ha definido como exentos, y el hecho de que la toma de razón no protege al acto de su impugnación posterior ante tribunales.

Uno de los desafíos especialmente relevantes para Contraloría se refiere a la fiscalización de los municipios, como también a su rol en el contexto del nuevo esquema de competencias regionales y especialmente la hipótesis de transferencia de las mismas. Respecto de lo primero, se trata de una discusión mayor acerca del esquema de control integral de este tipo de órganos. Sin embargo, son la institución que hoy enfrenta los mayores riesgos de corrupción institucional, bajos estándares de transparencia, etc., y ello amerita una respuesta institucional acorde. Además, en materia de ejercicio de competencias regionales, el nuevo esquema, y la hipótesis de transferencia de las mismas, generará necesidades más intensas de control y ello requiere de contralorías regionales preparadas para esta nueva realidad<sup>85</sup>.

84. Ver *Entidad Fiscalizadora Superior de Chile. Mejorando la agilidad estratégica y la confianza pública*, OCDE, 2014, p. 17. Ver también CEP, ob. cit., p. 127; Alicia de la Cruz y Fernanda Garcés, "Orientaciones para un control interno fuerte y eficiente. Y una coordinación efectiva con la Contraloría General de la República", en Isabel Aninat y Slaven Razmilic, ob. cit., pp. 677 y ss.; y Enrique Rajević y Fernanda Garcés, "Control de legalidad y procedimiento de toma de razón", en *Un mejor Estado para Chile*, Consorcio para la reforma del Estado, 2009, pp. 613 y ss.

85. Ello requiere, por un lado, fortalecer las contralorías regionales, las que en los últimos años se han visto afectadas por una alta rotación, disparidad en los criterios de control, de aplicación de reglas, normas contables, etc., y del capital humano institucional. Asimismo, este fortalecimiento debe considerar los desafíos que generará la legislación de transferencia de competencias regionales. Por el otro, requiere aumentar la capacidad de control de la Contraloría respecto de los municipios. Las direcciones de control de las municipalidades debieran estar sujetas a supervisión directa de la Contraloría.

## 7.2. PROPUESTAS

En virtud de lo anterior, proponemos:

- I. **Gobierno institucional de carácter colegiado que reemplace la figura del contralor como autoridad unipersonal.** Se trata de un debate que debe surgir como corolario y no inicio del perfeccionamiento de atribuciones de Contraloría.
- II. **Reforzar su dimensión auditora y de control de gasto público. Debiese encomendarse a la ley (y eventualmente fijar los principios a nivel constitucional) los criterios para realizar el control de los recursos a través de auditorías (y no a la decisión del contralor, como sucede actualmente)<sup>86</sup>.** Asimismo, imponer constitucionalmente un vínculo entre la actividad de control del gasto realizada por la Contraloría y el control de la ejecución presupuestaria, de tal manera que en esta materia el contralor reporte al Congreso.
- III. **Precisar sus potestades en materia de control de juridicidad.** A Contraloría le corresponde esencialmente dar cuenta o representar los actos que considera contrarios al ordenamiento jurídico, pero no le corresponde adoptar las medidas activas para corregirlos, lo que es responsabilidad de la respectiva instancia administrativa. En este contexto, el trámite de toma de razón debiese reservarse para actos de las autoridades jerárquicas de la administración central y regional. Sin perjuicio de lo anterior, el uso de las ordenanzas municipales para regular aspectos territoriales de amplio alcance debe ser fiscalizado por Contraloría, para evitar que normas de rango infra legal contravengan el ordenamiento jurídico o la Constitución.
- IV. **Traspasar el tribunal de cuentas a la nueva justicia administrativa, sacándolo de la órbita de Contraloría.**

<sup>86</sup>. Respecto del fortalecimiento de las auditorías, el foco debe estar puesto en el fortalecimiento de los procesos para priorizar tareas y consolidar los sistemas de control de calidad, perfeccionar las metodologías de fiscalización, aumentar la capacidad técnica del personal, mejorar la medición de desempeño de la propia CGR en este y otros ámbitos, entre otros.

## 8. OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

### 8.1. ELEMENTOS DE DIAGNÓSTICO

El constitucionalismo contemporáneo reconoce la necesidad de encargar ciertas tareas fundamentales para el funcionamiento del Estado a instituciones de carácter técnico distintas de aquellas comprendidas en la división trinitaria de los poderes del Estado. Ello explica, por ejemplo, la inclusión del Banco Central o del Tribunal Calificador de Elecciones en la Constitución, así como que el constituyente les haya dotado de autonomía para el cumplimiento de sus tareas<sup>87</sup>.

La eliminación de las leyes de quórum supramayori-

tario generará desafíos respecto de la autonomía de estas instituciones, que la nueva institucionalidad deberá resguardar a fin de evitar que estas queden a merced de los incentivos y estímulos de los ciclos electorales y políticos<sup>88</sup>.

El desafío futuro consiste en asegurar que las autonomías de estos órganos sean efectivas, evaluando los componentes esenciales que deben estar asegurados en la Constitución, y cuáles deben quedar entregados a la ley respectiva, identificando qué materias específicas quedarán reguladas bajo quórum calificado.

### 8.2. PROPUESTAS

Sobre la base del diagnóstico anterior, y sin perjuicio de lo que ya ha sido mencionado en capítulos anteriores respecto del Tribunal Constitucional o la Contraloría General de la República, proponemos:

**I. Desconstitucionalizar algunos órganos con regulación o reconocimiento constitucional, cuyo tratamiento en la Constitución vigente tenía un origen histórico o cuya autonomía puede ser garantizada a nivel legal.** Se trata del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA); el Consejo de Calificación Cinematográfica; el Consejo Nacional de Televisión; el Servicio Electoral (SERVEL) y el Ministerio Público. Estos órganos mantendrían su vigencia sobre la base de sus cuerpos normativos infraconstitucionales. También proponemos eliminar el capítulo XI sobre Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, lo que, en todo caso, requerirá incluir uno o dos artículos en el capítulo de Gobierno, manteniendo su reconocimiento constitucional.

87. En algunos casos, su inclusión responde a la tradición constitucional chilena, como ocurre con la Contraloría General de la República, el Tribunal Calificador de Elecciones o el Tribunal Constitucional, que ya habían sido reconocidos previamente mediante reformas a la Constitución de 1925. En otros casos, como el Consejo Nacional de Televisión o el Consejo Nacional de Seguridad, su inclusión y autonomía se explica por el contexto particular en que fue dictada la Constitución de 1980 y por las preferencias ideológicas de sus autores que estaban motivados por un liberalismo del miedo. Finalmente, existen otros órganos como el Ministerio Público y el Servicio Electoral cuya inclusión constitucional pareciera buscar procurarles independencia respecto de los restantes poderes tradicionales del Estado. Véase en este sentido Punto III del Mensaje de la ley N° 19.519 que crea el Ministerio Público.

88. Esto es particularmente importante en un contexto mundial donde existe un evidente auge de populismos y liderazgos autocráticos, y en los que estas instituciones han demostrado ser un freno institucional importante ante los abusos y retrocesos democráticos que suponen estos liderazgos. A nivel regional esto es particularmente evidente en Brasil y México. En el primer caso, existe una intención política de asediar a las entidades autónomas debido a los frenos que suponen para el ejecutivo. Ver Rubens Valente, "Órgãos de controle sofrem assédio e caça às bruxas como método de governo", O Globo, 7 de junio de 2020. En el caso de México, la oposición que estas instituciones autónomas han supuesto para el Ejecutivo ha llevado a que incluso el mismo Presidente haya amenazado con eliminarlas. Ver "AMLO contra organismos autónomos", Reforma, 25 de julio de 2019; "La guerra de AMLO contra los organismos autónomos", El Heraldo, 31 de Julio de 2019.

**II. Fortalecer la regulación constitucional del Tribunal Constitucional, Banco Central, Justicia Electoral y Contraloría, las que cumplen un rol fundamental en la actividad institucional del Estado.** Ello, en atención a que existen muchos incentivos políticos para intervenir o influir en su funcionamiento. En este sentido, sería recomendable constitucionalizar el sistema de integración y atribuciones.

“

Fortalecer la regulación constitucional del Tribunal Constitucional, Banco Central, Justicia Electoral y Contraloría, las que cumplen un rol fundamental en la actividad institucional del Estado.



## 9. FORMA DE ESTADO. HACIA UN ESTADO DESCENTRALIZADO

### 9.1. UN MODELO DE ESTADO UNITARIO AGOTADO

La organización del territorio nacional y la estructura del Estado es uno de los aspectos centrales de toda Constitución. En Chile, esta fue una de las principales discusiones a resolver después de la guerra de Independencia.

Luego de los llamados “ensayos federales” de 1826, Chile se configuró institucionalmente como un país unitario. En la Constitución de 1828, el gobierno interior y la administración de las provincias correspondía a las asambleas provinciales y los intendentes (Art. 108). Estos eran nombrados por el Presidente a propuesta de una terna elaborada por la Asamblea.



En la Constitución de 1833, la división del territorio se hacía en provincias, departamentos, subdelegaciones y distritos (Art. 115). El intendente, quien tenía el gobierno superior de cada provincia, era “el agente natural e inmediato” del Presidente (Art. 116). La misma fórmula se repitió en la Constitución de 1925. En las tres Constituciones se regulaban también las municipalidades, dirigidas por autoridades electas. Sin embargo, y especialmente desde la Constitución de 1833 en adelante, el poder

se ha concentrado en el nivel central.

Si bien la Constitución de 1980 en su versión original exhibía gran desconfianza en las autoridades de los gobiernos subnacionales, estableció a nivel constitucional el Fondo Nacional de Desarrollo Regional (conocido como “FNDR”). Dos leyes de principios de los noventa fueron claves para avanzar en un mayor grado de descentralización y autonomía de los gobiernos locales: la Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N° 18.695) y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (Ley N° 19.175). En los últimos años, los llamados a profundizar los procesos descentralizadores tomaron fuerza. Por ejemplo, con la reforma de 2009 (efectiva desde el año 2013), los consejeros regionales (CORES) pasaron a ser electos por sufragio popular.

Actualmente, la Constitución establece en su Art. 3 que Chile es unitario, que la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada o desconcentrada, y que los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas.

En los años 2017 y 2018 fueron aprobadas una reforma constitucional (Ley N° 20.990) y dos leyes complementarias (Leyes N° 21.073 y 21.074) que establecieron una reforma de gran envergadura: la eliminación de la figura del intendente y su reemplazo por la creación de gobernadores regionales electos por voto popular. Asimismo, se establecieron los delegados presidenciales nombrados por el Presidente con miras, principalmente, a labores de orden público y gobierno interior y a la coordinación de los representantes ministeriales en la región (Seremis). Esta reforma va acompañada, además, de un mecanismo de transferencia de competencias a

los gobiernos regionales. Si bien dicho mecanismo está actualmente en transición, deberá entrar en régimen en el año 2022.

Pero, a pesar de los avances, Chile muestra importantes y persistentes inequidades territoriales<sup>89</sup>. Nuestro país se encuentra entre los más centralizados de la OECD, con un gasto público total (como porcentaje del PIB) débil, así como un bajo nivel de gasto subnacional (como porcentaje del gasto público)<sup>90</sup>. En el año 2014, los gastos subnacionales gubernamentales en Chile representaron un 3.0% del PIB y un 13.1% de los gastos públicos, lo que contrasta con el promedio de la OECD que es del 16.6% y del 40.2% respectivamente. Desde el punto de vista de la recaudación fiscal, los ingresos subnacionales constituyen tan solo un 14% de la recaudación nacional, mientras que en la OECD el promedio es tres veces mayor (42,3%).

Estas desigualdades territoriales y el centralismo en la toma de decisiones han formado parte del debate técnico y político de las últimas décadas en nuestro país. Por ejemplo, la Comisión Asesora Presidencial de Descentralización y Desarrollo Regional (2014) propuso un modelo para avanzar en una política que incluyera descentralización administrativa, fiscal y económica, en conjunto con el fortalecimiento de las capacidades locales y regionales, participación ciudadana y control democrático<sup>91</sup>.

En la literatura, la descentralización es conceptualizada en tres ámbitos: política (que tiene relación con las autoridades y participación), administrativa (que se refiere a las competencias, atribuciones y responsabilidades

con que cuenta) y fiscal (que se vincula a la distribución de los recursos)<sup>92</sup>. En Chile, las 345 municipalidades cuentan con un mayor grado de autonomía mirado desde los tres ámbitos: autoridades electas, competencias propias y autonomía financiera (a través de la recaudación de ingresos propios y de recibir ingresos desde el Fondo Común Municipal). Los gobiernos regionales, por su parte, avanzarán hacia una mayor descentralización política y administrativa con las últimas reformas, pero no así para materializarlas en el plano fiscal.

Avanzar hacia un país más descentralizado puede constituir una oportunidad para aumentar la participación y avanzar en reducir la desigualdad<sup>93</sup>. Existen también beneficios en permitir mayor participación en el uso y destino de los bienes públicos locales, los que cubren un área física determinada<sup>94</sup>. Incluso existe evidencia de que la descentralización ayuda a involucrar más a los ciudadanos en las políticas públicas<sup>95</sup>. Por su parte, los gobiernos locales tienen mayores espacios para la innovación. Por lo demás, una mayor descentralización puede ayudar a una distribución más equitativa de los recursos<sup>96</sup>.



89. Ignacio Irrarrázaval y Jorge Rodríguez, *Descentralización: ¿para dónde vamos?*, Centro de Políticas Públicas UC, 2018. Disponible en: <https://bit.ly/30Hx70A>.

90. Making Decentralization Work in Chile: Towards Stronger Municipalities, OECD, 2017. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264279049-en>.

91. Comisión Asesora Presidencial en Descentralización y Desarrollo Regional, *Propuesta de política de Estado y agenda para la descentralización y el desarrollo territorial de Chile*, 2014.

92. Ignacio Irrarrázaval y Eduardo Pérez, "Institucionalidad subnacional y el problema de coordinación de competencias". En Consorcio para la Reforma del Estado (ed.), *Un mejor Estado para Chile: Propuestas de modernización y reforma*, 2009, pp. 175-205.

93. Por ejemplo, la literatura muestra que los gobiernos locales cuentan con mayor información para la toma de decisiones que afectan a la comunidad, lo que permite ajustar la provisión de servicios públicos a las necesidades locales. José Yáñez, "Principios a considerar en la descentralización de las finanzas públicas", en Ignacio Irrarrázaval, (ed.), *Desafíos de la descentralización: Propuestas para consolidar la autonomía y el financiamiento local y regional*, CEP, 1993, pp. 25-55.

94. Leonardo Letelier, *Teoría y práctica de la descentralización fiscal*, Ediciones UC, 2012.

95. Irrarrázaval y Pérez, ob.cit.

96. *Making Decentralization Work: A Handbook for Policy-Makers*, OECD, 2019. Disponible en <https://doi.org/10.1787/g2g9faa7-en>.

ly/30Hx70A



Avanzar hacia un modelo de Estado descentralizado sobre la base de cinco macro-zonas o macro-regiones... El régimen de gobierno de las macro-zonas debe, en términos generales, replicar el régimen de gobierno central.

Complementariamente, se ha documentado que el proceso de descentralización tiende a producir una distribución más equitativa de los recursos a nivel territorial, avanzando en cerrar brechas entre regiones<sup>97</sup>. Por supuesto, existen riesgos en los procesos descentralizadores. Por ejemplo, ello no sería eficiente para la asignación de bienes públicos nacionales<sup>98</sup>. En algunos casos, puede existir mayor

corrupción y caudillismo a nivel local, pero en la medida en que este proceso descentralizador vaya de la mano con un adecuado sistema fiscalización (tal y como se propuso en la sección de Contraloría General), de transparencia en la gestión municipal y rendición de cuentas ante la ciudadanía, las ventajas que brinda superan con creces los posibles riesgos<sup>99</sup>.

Frente a las dificultades de la organización del territorio, se ha optado por la creación de nuevas regiones, fragmentando la división político administrativa en unidades cada vez más pequeñas (Arica y Parí-nacota y Los Ríos en 2007; Ñuble en 2017), esto es, la “provincialización” de las regiones. Sin embargo, ello complejiza la idea de contar con bienes públicos regionales y hace más difícil la competencia con la capital. Un camino alternativo es la propuesta que ha liderado el ex presidente Ricardo Lagos respecto de la promoción de las macro-regiones, que ahora gozan de mayor autonomía, y donde, además, las provincias puedan cumplir un rol importante<sup>100</sup>.

## 9.2. PROPUESTAS

Bajo este contexto, proponemos:

### I. Avanzar hacia un modelo de Estado descentralizado sobre la base de cinco macro-zonas o macro-regiones.

- a. El régimen de gobierno de las macro-zonas debe, en términos generales, replicar el régimen de gobierno central, sobre la base de un gobernador regional, elegido por sufragio popular, y una asamblea regional unicameral, bajo una lógica de cooperación.
- b. El gobierno regional contará con facultades gubernativas y normativas amplias. Para ello, la Constitución deberá consagrar:

97. Yáñez, ob. cit.; Letelier, ob. cit. Por ejemplo, la competencia entre estados o regiones permite distribuir el poder político, administrativo y fiscal del país, y no concentrarlo en una sola capital, generando mayor movilidad y nuevos espacios para el desarrollo del capital social. FALLETI (2006) Una Teoría Secuencial De La Descentralización: Argentina y Colombia en perspectiva comparada. *Desarrollo Económico* 46 (183): 317. Octubre 2006. 98. Yáñez, ob. cit.

99. Letelier, ob. cit.; Prud'homme, R., 1995. *The Dangers of Decentralization*. *The World Bank Research Observer*, 10(2), pp. 201-220

100. Ver también las propuestas de Francisco Zúñiga en Sierra (ed.), ob. cit., 2016, y de Sebastián Soto, en Sierra (ed.), ob. cit., 2015.

- i. Competencias originarias. Un conjunto amplio de competencias de los gobiernos regionales en materias tales como planificación del ordenamiento territorial, planes de descontaminación, infraestructura y transporte regional, patrimonio histórico y cultural, de policía ordinaria, entre otras.
- ii. Competencias compartidas con el gobierno central, gobiernos locales y eventualmente autoridades metropolitanas.
- iii. Competencias transferibles desde el gobierno central, pero sobre la base del cumplimiento de condiciones objetivas, a solicitud de los gobiernos regionales.

**II. Promover un modelo de macro-municipios (en torno a 60), que supere la atomización actual (345)** para transformarlos en un actor protagónico en el proceso de descentralización política, administrativa y de ejecución presupuestaria, y del sistema democrático chileno, y, al mismo tiempo, generar incentivos reales a la hora de dotar a la política local de mayores estándares de excelencia, rendición de cuentas, responsabilidad y transparencia. Lo anterior también requiere aumentar el marco de competencias de los municipios, garantizándoles la debida autonomía gubernativa y presupuestaria, y definiendo el ámbito de competencias compartidas y de coordinación con los gobiernos regionales.

**III. Consagrar reglas de descentralización fiscal**, para efectos de garantizar y hacer efectiva la autonomía presupuestaria de los gobiernos regionales y locales, incluyendo las reglas de solidaridad entre los territorios, y de transparencia y rendición de cuentas.

- a. Debemos permitir que las regiones puedan verse beneficiadas más directamente por las actividades que se llevan a cabo en ellas, reciban las compensaciones ambientales y, sobre todo, tengan mayor poder de decisión para la asignación de los recursos que reciben, incluyendo aquellos del FNDR<sup>101</sup>.
- b. Este avance debe cuidar los equilibrios macroeconómicos, la responsabilidad fiscal, evitar la disparidad entre territorios y mantener el principio del desarrollo equitativo, sustentable y solidario entre regiones.
- c. Asimismo, debe ser un avance gradual, y contar con un desarrollo suficiente de la institucionalidad que lo haga posible, sin afectar los objetivos antes descritos en (b). Un ejemplo en esta materia es ampliar la segunda hipótesis de aplicación de la regla del Art. 19, N° 20, inciso 4 de la Constitución vigente<sup>102</sup>.

**IV. Consagrar reglas de responsabilidad fiscal a los gobiernos regionales y municipales.** Sin perjuicio de las reglas generales de responsabilidad fiscal y endeudamiento público que se consagren, se establecerán reglas específicas en esta materia a los gobiernos subnacionales.

<sup>101</sup>. Ver, por ejemplo, Isabel Aninat et al (eds.), *Más allá de Santiago: Descentralización fiscal en Chile*, CEP-UC, 2020.

<sup>102</sup>. El Art. 19 N° 20 inc. 4 de la Constitución dispone que: "Sin embargo, la ley... podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo".



**V. Establecer un mecanismo efectivo de resolución de las contiendas de competencias que puedan suscitarse entre los distintos niveles del Estado o entre autoridades del mismo nivel subnacional.** Se propone que sea el Tribunal Constitucional el órgano encargado de resolver las cuestiones de competencia entre autoridades nacionales, regionales, y locales; y que además tenga la potestad de resolver las contiendas de competencias entre autoridades administrativas que no sean de competencia del Presidente de la República de acuerdo a la ley orgánica constitucional respectiva<sup>103</sup>.

**VI. Ampliar los mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones a nivel de los gobiernos subnacionales, incluyendo los locales.** La evidencia internacional da cuenta de la importancia de avanzar en mecanismos tales como iniciativas ciudadanas que permitan presentar propuestas de ordenanzas, votarlas en procesos vinculantes, o contar con mecanismos que permitan ejercer un veto. Se trata de instituciones participativas reguladas por la ley, que no puedan ser objeto de manipulación del gobierno central o subnacional respectivo, las que se deben combinar con espacios abiertos de discusión y deliberación no necesariamente vinculantes<sup>104</sup>. Por lo demás, Chile cuenta con experiencias positivas en participación ciudadana en algunos ámbitos tales como el sistema de evaluación ambiental, la aplicación del Convenio 169 de la OIT y el proceso participativo del proceso constituyente de la Presidenta Bachelet, de las cuales se deben extraer lecciones y sintetizar recomendaciones a la hora de perfeccionar y ampliar a nivel legal los mecanismos de participación ciudadana.



“

Ampliar los mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones a nivel de los gobiernos subnacionales, incluyendo los locales.

103. Ver Informe Final del Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, 2019.

104. Ver, por ejemplo, Francisco Soto y Yanina Welp, Los “diálogos ciudadanos”. Chile ante el giro deliberativo, LOM, 2017.

## 10. REFORMA Y REVISIÓN TOTAL DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

### 10.1. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL EXCESIVA Y AUSENCIA DE UN PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN TOTAL DE LA CONSTITUCIÓN (PREVIO A LA LEY N° 21.200)

A pesar de que nuestra Constitución ya superó las cincuenta leyes de reforma constitucional, ellas se han concentrado principalmente en normas contenidas en los capítulos que requieren de los 3/5 de los diputados y senadores en ejercicio. En cambio, pocas reformas han sido posibles respecto de las normas en capítulos que requieren 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio para su modificación. Ello no necesariamente da cuenta de una falta de consenso amplio en estas últimas materias, sino de la excesiva rigidez para hacerlo.

El mecanismo de reforma constitucional futura debe pensarse considerando las bases conceptuales que sostienen esta propuesta: una Nueva Constitución debe ser capaz de responder satisfactoriamente la pregunta que las futuras generaciones nos formularán acerca de por qué, respecto de ellos, deben regir las reglas que hoy nosotros deliberamos y aprobamos. Esta pregunta solo podrá responderse favorablemente si la justicia de las reglas abarca no solo el presente, sino también el porvenir. En otras palabras, la rigidez

constitucional debe permitir que las generaciones futuras puedan, razonablemente, ir innovando en el pacto político<sup>105</sup>.

Por otro lado, hasta la reciente Ley N° 21.200, de diciembre de 2019, que incorporó una sección 2 en el capítulo XV de reforma constitucional de la Constitución vigente, para viabilizar el proceso constituyente, no contábamos con un mecanismo institucional de revisión total de la Carta Fundamental. En efecto, aunque con variaciones, diversas Cartas Fundamentales regulan también la posibilidad de una revisión total de la Constitución. Este es el caso de España<sup>106</sup>, Austria<sup>107</sup> y Suiza<sup>108</sup>. En nuestro continente, podemos destacar los casos de Argentina y Colombia.

En consecuencia, la Ley N° 21.200 de reforma constitucional incorpora un mecanismo de revisión total de la Carta Fundamental conducente a una Nueva Constitución. Lo anterior explica y justifica el que la Ley N° 21.200 establezca una serie de límites procedimentales y materiales a la Convención Constitucional, los cuales son obligatorios para la Convención y objeto de protección por medio de un mecanismo judicial externo a la misma.

<sup>105</sup>. Correa González, ob. cit.

<sup>106</sup>. En el caso de la revisión total de la Constitución española, se prevé un procedimiento agravado respecto del ordinario de reforma constitucional. Difiere en la iniciativa la necesidad de disolución de las cortes y el llamado a nuevas elecciones, la necesidad de que las nuevas cámaras ratifiquen la decisión adoptada por las anteriores, el quórum de 2/3 de los miembros de cada cámara y un referéndum obligatorio. Art. 168 de la Constitución Española. Ver De Otto, ob. cit., pp. 56-58; Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 2010, pp. 135-136; Abraham Barrero e Irene Sobrino, "Constitutional change in Spain", en Xenophon Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change. A comparative perspective on Europe, Canada, and the USA*, Routledge, 2012, pp. 306-307.

<sup>107</sup>. El elemento característico de la revisión total en el caso de la Constitución de Austria es la necesidad de un referéndum adicional a la aprobación de 2/3 de la Asamblea Nacional. Art. 44, párrafo 3. La dogmática y la Corte Constitucional entienden por "revisión total" la reforma de tres principios considerados esenciales: el principio democrático, el principio federal y el Estado de Derecho. Ver Manfred Stelzer, "Constitutional change in Austria", en Contiades, ob. cit., p. 17; y Manfred Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria. A Contextual Analysis*, Hart, 2011, pp. 23-24.

<sup>108</sup>. El Art. 193 de la Constitución Suiza regula el procedimiento de revisión total de la Constitución, incluyendo la iniciativa (que puede ser popular), la necesidad de un referéndum ratificatorio del pueblo en algunas hipótesis, entre otros. Ver Thomas Fleiner, "Constitutional revisión: the case of Switzerland", en Contiades, ob. cit., pp. 344 y ss.; y Thomas Fleiner, "Participation of citizens in constitutional making. Assets and challenges – the Swiss experience", en Xenophon Contiades y Alkmene Fotiadou (eds.), *Participatory Constitutional Change. The People as Amenders of the Constitution*, Routledge, 2016.

## 10.2. PROPUESTAS

Sobre la base de las consideraciones anteriores, proponemos:

- I. Establecer un quórum de reforma parcial menos rígido que el actualmente existente.** Todo artículo de la Constitución, podrá ser reformado (i) por mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio, debiendo ser esta reforma ratificada en el periodo legislativo siguiente por parte del nuevo Congreso, por el mismo quórum; o (ii) por 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio en un periodo legislativo determinado, sin requerir ratificación posterior.
  
- II. Consagrar un mecanismo de revisión total o reemplazo de la futura Constitución.** Para ello proponemos una regulación que descansa en los siguientes pilares:
  - a. La propuesta de revisión total o reemplazo debe ser aprobada por 2/3 de los senadores y diputados en ejercicio, e importa la disolución del Congreso Nacional que la aprueba y la convocatoria de nuevas elecciones parlamentarias.
  - b. El nuevo Congreso Nacional actuará como órgano constituyente.
  - c. Existirá un plebiscito ratificador del proyecto de nueva Constitución como un todo que sea elaborado por el Congreso, el que se disolverá tras su conclusión.

# ANEXO. COMPARADO DEL CAPÍTULO I: BASES FUNDAMENTALES DE LA REPÚBLICA

---



## ANEXO. COMPARADO DEL CAPÍTULO I: BASES FUNDAMENTALES DE LA REPÚBLICA

<i>Constitución de 1925</i>	<i>Constitución de 1980 vigente</i>	<i>Proyecto de Nueva Constitución M. Bachelet</i>	<i>Nuestra propuesta</i>
Capítulo I Estado, Gobierno y Soberanía	Capítulo I Bases de la Institucionalidad	Capítulo I Disposiciones Fundamentales del Orden Constitucional	Capítulo I Bases de la República
<p>Art. 1°.- El Estado de Chile es unitario. Su gobierno es republicano y democrático representativo.</p>	<p>Art. 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.</p> <p>La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.</p> <p>El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.</p> <p>El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.</p> <p>Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de esta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.</p>	<p>Art. 1°.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.</p> <p>La dignidad del ser humano es inviolable. A su respeto y protección está obligado el Estado, así como todas las personas y las diversas formas en que las mismas se agrupan.</p> <p>La familia, en sus diversas modalidades, es el núcleo fundamental de la sociedad.</p>	<p>Art. 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.</p> <p>La dignidad humana es inviolable.</p> <p>El Estado reconoce y ampara, con igual consideración y respeto, los más diversos proyectos de vida personales, familiares o asociativos.</p> <p>El Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común.</p> <p>Es deber del Estado resguardar la integridad de su territorio, dar protección a la población, asegurar el derecho de toda persona a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, y promover el mejoramiento sostenido y equitativo de su calidad de vida.</p> <p>También es su deber promover un desarrollo ambientalmente sustentable, que concilie la protección del medioambiente y el patrimonio histórico y cultural, con el desarrollo económico y social del país.</p> <p>El Estado adoptará todas las medidas legislativas y administrativas idóneas para proteger a niñas, niños y adolescentes contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, garantizando así su bienestar, desarrollo e integridad física y psíquica.</p>
<p>Art. 2.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, la cual delega su ejercicio en las autoridades que esta Constitución establece.</p>	<p>Art. 2.- Son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional.</p>	<p>Art. 2.- La República de Chile es un Estado de Derecho democrático y social. Su organización territorial es unitaria. Su administración es descentralizada y desconcentrada, pudiendo adoptar otra modalidad que disponga la ley.</p>	<p>Art. 2.- La República de Chile es un Estado Democrático de Derecho. Su organización territorial es descentralizada.</p> <p>Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la descentralización</p>

			del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones y comunas del territorio nacional.
<p>Art. 3.- Ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo, arrogarse sus derechos ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición.</p>	<p>Art. 3.- El Estado de Chile es unitario.</p> <p>La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.</p> <p>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.</p>	<p>Art. 3.- El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra.</p> <p>El Estado reconoce, ampara y promueve a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la autonomía para cumplir sus propios fines específicos, con apego a lo establecido en esta Constitución.</p> <p>Es deber del Estado resguardar la seguridad y la soberanía de la Nación y de su territorio, dar protección a su población, promover la integración armónica y solidaria de sus habitantes y pueblos, así como asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Son deberes especiales del Estado la protección del medioambiente y el patrimonio histórico y cultural.</p>	<p>Art. 3.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.</p> <p>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los Derechos Humanos. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</p>
<p>Art. 4.- Ninguna magistratura, ninguna persona ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo.</p>	<p>Art. 4.- Chile es una república democrática.</p>	<p>Art. 4.- La soberanía reside en la Nación y en sus diversos pueblos indígenas. Su ejercicio se realiza por los ciudadanos a través de las elecciones y los plebiscitos que esta Constitución y las leyes establecen, así como por los órganos y autoridades públicas en el desempeño de sus cargos. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.</p> <p>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos humanos. Es deber de los órganos del Estado y de todas las personas respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, así como aquellos establecidos en los tratados</p>	<p>Art. 4.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, actuando válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.</p> <p>Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.</p> <p>Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente</p>

	<p>internacionales vigentes ratificados por Chile, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Los órganos del Estado deberán conciliar estos derechos con los establecidos en esta Constitución.</p>	<p>se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.</p> <p>La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.</p>
--	--	---

<p>Art. 5.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.</p> <p>El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.</p>	<p>Art. 5.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad de tales, así como sus derechos y su cultura. Los pueblos indígenas participarán como tales en el Congreso Nacional, mediante una representación parlamentaria, cuyo número y forma de elección serán determinados por una Ley Orgánica Constitucional.</p>	<p>Art. 5.- El Estado reconoce a los pueblos indígenas que habitan en su territorio como parte de la Nación chilena, obligándose a promover y respetar su integridad y su cultura.</p> <p>La ley, la que deberá ser de quórum calificado, podrá adoptar las medidas que permitan una representación adecuada de estos en el Congreso Nacional.</p>
--	--	--

<p>Art. 6.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.</p> <p>Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.</p> <p>La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.</p>	<p>Art. 6.- Chile es un Estado de derecho, fundado en el principio de la supremacía constitucional. En consecuencia, todo el orden jurídico debe subordinarse a la Constitución, fuente principal del derecho, y los órganos del Estado, previa investidura regular de sus integrantes, deben actuar dentro de su competencia, en la forma establecida por esta Constitución y por las normas jurídicas dictadas conforme a ella.</p> <p>El carácter autónomo que esta Constitución otorga a determinados órganos no los priva de su pertenencia al Estado, con los derechos, deberes y limitaciones que a tal condición concierne.</p> <p>Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares e integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.</p> <p>La infracción a esta norma generará las sanciones que determinen esta Constitución y las leyes.</p>	<p>Art. 6.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.</p> <p>Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. La ley podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando afectaren los derechos de las personas o la seguridad de la Nación.</p>
--	--	--

		<p>El Tribunal Constitucional resolverá aquellas contiendas de competencia suscitadas entre órganos del Estado, que no involucren a los Tribunales Superiores de Justicia.</p>	
	<p>Art. 7.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.</p> <p>Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.</p> <p>Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.</p>	<p>Art. 7.- Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.</p> <p>Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.</p>	<p>Art. 7.- La Constitución garantiza el pluralismo político y el compromiso del sistema democrático contra la violencia, sea política o de cualquier otra naturaleza.</p>
	<p>Art. 8.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.</p> <p>Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum único calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.</p> <p>El Presidente de la República, los ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.</p> <p>Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que</p>	<p>Art. 8.- El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.</p> <p>Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley podrá establecer, para todos los efectos, la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.</p> <p>El Presidente de la República, los ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.</p> <p>Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que</p>	



supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.

Art. 9.- El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.  
Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimientos de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrá ser dirigente de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley. Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales, y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

Art. 9.- Es deber de los órganos e instituciones del Estado garantizar el orden institucional de la República. Toda conducta que tenga por finalidad atentar contra la democracia y los derechos fundamentales es contraria a la Constitución y debe encontrarse tipificada en el Código Penal.

El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario al Estado de derecho.

Las conductas punibles tipificadas como delitos terroristas, así como la responsabilidad en su comisión, serán establecidas en un título especial dentro del Código Penal. Las reglas procedimentales para su juzgamiento serán materia del Código Procesal Penal.

Contacto:  
[horizontal@horizontalchile.cl](mailto:horizontal@horizontalchile.cl)  
[www.horizontalchile.cl](http://www.horizontalchile.cl)

 Horizontal Chile

 horizontal\_chile

 horizontalchile

 horizontalchile

