

EDITORIAL

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN
A LA LUZ DE PRINCIPIOS DEL CONSTITUCIONALISMO

PRESENTACIÓN

Los autores del presente documento, todos profesores de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile, dejan constancia de que el espíritu que los ha animado a realizar este trabajo ha sido contribuir con elementos para el discernimiento del proceso constituyente que se desarrolla en nuestro país. Dicha contribución aspira a que Chile cuente siempre con una Constitución democrática y coherente con los valores que han caracterizado al constitucionalismo. La reflexión que se expresa en estas páginas intenta recoger lo mejor de nuestra valiosa tradición constitucional, a la vez que se abre a los cambios e ideas novedosas que contribuyan a un genuino progreso en la búsqueda del bien común. Valga este aporte, asimismo, como testimonio de un enriquecedor y respetuoso intercambio académico, puesto al servicio de la sociedad en momentos de trascendental importancia para el destino de nuestro país.

El texto es fruto de un trabajo iniciado el 17 de junio de 2022. Durante dos meses la comisión se reunió semanalmente para discutir la propuesta de nueva Constitución a partir de minutas preparadas por cada uno de sus integrantes. La metodología empleada consistió en un examen de la propuesta estructurado en torno a cinco principios fundamentales del constitucionalismo: (i) dignidad de la persona humana y sus derechos; (ii) soberanía, Estado e integración internacional; (iii) democracia; (iv) Estado de Derecho; y (v) separación de poderes, controles y contrapesos. En consecuencia, este análisis no constituye una evaluación completa y exhaustiva del texto constitucional propuesto.

Cada una de las secciones de este documento se inicia aportando antecedentes sobre el respectivo principio, para luego examinar los aspectos pertinentes de la propuesta de nueva Constitución considerando los desarrollos dogmáticos de la disciplina, los principios del pensamiento humanista y cristiano, así como la tradición constitucional chilena.

El presente documento representa una visión común de los miembros de la comisión sobre la propuesta de nueva Constitución. No obstante, cabe hacer presente que como todo trabajo colectivo que reúne a académicos con diversas aproximaciones, este texto contiene planteamientos concretos que pueden no ser compartidos en su totalidad o exactamente como se expresan, por todos los profesores que integraron la comisión.

I. DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y SUS DERECHOS

En el siglo XX, con motivo de su reconocimiento en los tratados internacionales dictados con posterioridad a las dos guerras mundiales, el concepto de dignidad adquiere un importante rol en el derecho. Por ejemplo, del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1948, se desprende el consenso entre las naciones arribado en torno al reconocimiento de “la dignidad intrínseca y de los derechos

iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, en tanto presupuestos fundamentales para “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”. Tras este consenso internacional, diversos textos constitucionales recogerán en forma expresa la dignidad humana.

Respecto a su fundamento, puede anotarse que la dignidad es un atributo de cada persona en virtud de su naturaleza racional común a todos los seres humanos, por lo que debe ser tratada siempre como un fin en sí mismo y nunca instrumentalizada como un mero medio. La tradición cristiana ha sido fundamental para el reconocimiento de la dignidad de cada ser humano, cualquiera sea su condición, la que se sustenta, en último término, en que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios. Así, la dignidad se predica únicamente respecto de la persona humana, cuya naturaleza racional implica el potencial para pensar, discernir y ejercer una voluntad libre y, por tanto, responsable.

Algunas teorías han tendido a identificar la dignidad personal con el desarrollo de cierta capacidad específica de las personas, por ejemplo, con la capacidad actual de comunicación verbal y explícita o de tener experiencias o percepciones conscientes de los individuos. Aquellas doctrinas no reparan en que el desarrollo de estas capacidades es consecuencia de la condición de persona dotada de dignidad, y no al revés. Si se subordina el reconocimiento de la dignidad personal al desarrollo de tal o cual capacidad, como dice Juan Pablo II,

no hay espacio en el mundo para quien, como el que ha de nacer o el moribundo, es un sujeto constitutivamente débil, que parece sometido en todo al cuidado de otras personas, dependiendo radicalmente de ellas, y que solo sabe comunicarse mediante el lenguaje mudo de una profunda simbiosis de afectos¹.

De este modo, la dignidad humana es un valor y principio base del sistema social, político y jurídico imperante, sobre el que se asienta y legitima la existencia del Estado, además de operar como límite al poder. De la dignidad humana derivan los derechos humanos, incluyendo aquellos que resguardan la libertad y la igualdad.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

1.1. Reconocimiento de la dignidad humana e inclusión de personas especialmente desfavorecidas

Es destacable que la propuesta de nueva Constitución reconozca ya en su primer artículo a la dignidad de los seres humanos como un “valor intrínseco e irrenunciable”, para luego expresar que los derechos humanos son atributos que derivan de dicha dignidad (art. 1.2.). De este modo, es posible sostener que los derechos humanos son concebidos como connaturales a las personas, operando como un límite externo de la acción estatal.

¹ JUAN PABLO II (1995): *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponible en: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Fecha de consulta 25/8/2022.

La propuesta manifiesta una preocupación por aquellas personas vulnerables o desfavorecidas que requieren de una especial protección, lo que es coherente con la idea de dignidad que la entiende como una cualidad del ser humano que lo hace merecedor, siempre y en todo lugar, de un trato respetuoso. Asimismo, se conforma con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que recoge y promueve la especial protección a aquellos grupos históricamente postergados o segregados (las mujeres, las personas con capacidades diferentes, los menores de edad, los adultos mayores, los pueblos indígenas, entre otros).

Se destaca en la propuesta que la formulación del derecho a la igualdad comprenda el “pleno respeto a la diversidad, la inclusión social y la integración” (art. 25.2). También el mandato al Estado de adoptar “todas las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para corregir o superar la desventaja o el sometimiento de una persona o grupo” (art. 25.5). Esta última cláusula aporta una habilitación constitucional expresa para las acciones afirmativas, aunque no considera el necesario marco de condiciones y limitaciones que exige el carácter acotado y temporal de estas medidas.

Por otra parte, se valora la consagración en la propuesta del derecho a un cuidado digno (art. 50), junto con el reconocimiento y valorización del trabajo doméstico y de cuidados (art. 49). Estos derechos y sus garantías representan un compromiso de la comunidad con sus integrantes más vulnerables y dependientes.

Con todo, cabe anotar que la propuesta efectúa una referencia redundante a derechos de ciertos grupos, para reconocerles, en diversas ocasiones, los mismos derechos de todas las personas bajo una fórmula particular. El riesgo de esta técnica reside en que la sobreprotección y sobreabundancia de derechos de distintos colectivos tienda a imponer una visión fundada en la primacía de los grupos más que en la del ser humano, de modo que el valor de las personas —expresado en una tutela constitucional reforzada— dependa de su adscripción o identificación con algunos de estos colectivos. A su vez, no es posible soslayar que parte de esta regulación descansa en sustratos conceptuales que parecen carecer de los amplios y permanentes consensos que son deseables para un texto constitucional.

1.2. *La naturaleza como sujeto de derechos*

En la propuesta de nueva Constitución los derechos dejan de estar vinculados de forma exclusiva a la noción de dignidad humana, por cuanto se eleva a la naturaleza como sujeto de derechos (arts. 18, 103, 119.8 y 127, entre otros). Sin perjuicio de compartir la necesidad de profundizar la protección del medio ambiente frente a las graves consecuencias de la contaminación y el cambio climático, esta opción se aparta de la tradición humanista y de la centralidad de la persona humana que ha de caracterizar al constitucionalismo.

Adicionalmente, se trata de un cambio de paradigma con efectos jurídicos difíciles de predecir, puesto que no solo es una innovación para nuestro medio, sino que tiene una muy limitada aplicación a nivel mundial². No es posible ignorar que el ejercicio de los de-

² IRARRÁZABAL, Ricardo y otros (2022): *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Medioambiente* (s.l., Foro Constitucional UC). Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Analisis-de-la-propuesta-de-nueva-Constitucion-Medioambiente.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

rechos de las personas, así como la actividad humana en general, pueden entrar en conflicto con alguna forma de preservación de la naturaleza. Al ser la naturaleza sujeto de derechos, dicho conflicto configurará una colisión de derechos fundamentales, lo que implicará, en principio, ponderar derechos de similar jerarquía y no, como ocurre hoy, un derecho humano y un bien jurídico de especial protección. Tampoco resulta irrelevante la intensidad y extensión de ciertos mandatos como el derecho de la naturaleza a que se respete y proteja su *existencia* (art. 103.1), o el deber especial de custodia que se impone al Estado respecto a los bienes comunes naturales (art. 104.1).

1.3. Silencio sobre el respeto a la persona que está por nacer

El proyecto de nueva Constitución omite cualquier referencia al que está por nacer. La preocupación de la propuesta por la protección de los más vulnerables no se condice con la exclusión de la persona en gestación, la primera de las vulnerables. En el texto no se reconoce expresamente el derecho a la vida de la criatura que está en el vientre materno, ni se mandata al legislador a proteger su vida del modo en que lo hace la actual Constitución (art. 19 N° 1 inc. 2). Esto contrasta con la protección que la propuesta entrega a animales, que son “sujetos de especial protección” (art. 131.1) y a la naturaleza, que tiene “derecho a que se respete y proteja a su existencia” (art. 103.1). También contrasta con la protección que se entrega a aguas, glaciares o humedales, respecto de los cuales el Estado tiene un “deber especial de custodia” (art. 134.1 y 2).

Dicha omisión es especialmente grave por cuanto la propuesta contiene un amplio reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos, incluida la interrupción voluntaria del embarazo (art. 61.2). Esta norma constitucionaliza un derecho al aborto en Chile —un serio atentado a la dignidad de la persona humana que adquiere rango constitucional—. Esta opción es inédita en el constitucionalismo comparado y en los tratados de derechos humanos ratificados por Chile.

Si bien el texto dispone que la ley regulará el ejercicio del denominado derecho a la interrupción del embarazo (art. 61.3), este escueto precepto es evidentemente insuficiente para asegurar la protección del que está por nacer, pues el texto constitucional propuesto no entrega un fundamento constitucional claro que permita justificar jurídicamente limitaciones al aborto. En efecto, el fundamento natural de una restricción sería la existencia de una norma que reconozca o mandate al Estado a proteger a la persona que está por nacer. Nada de esto se encuentra en el texto propuesto por la Convención. Asimismo, la redacción de la norma que reconoce la interrupción del embarazo se caracteriza por su amplitud y excepcional proscripción de la intervención estatal en este ámbito, ya que según su tenor literal el Estado “garantiza su ejercicio libre de (...) interferencias por parte de terceros, ya sea individuos o instituciones” (art. 61.2).

1.4. Reconocimiento de los pueblos indígenas

El reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas se ha entendido como un presupuesto indispensable para avanzar hacia una sociedad que respeta, protege y valora

las culturas y cosmovisiones de dichos pueblos. En América Latina ha sido una práctica generalizada la introducción de un reconocimiento constitucional expreso a los pueblos originarios, con el fin de otorgarles una especial protección y, de este modo, revitalizar su presencia, valor, culturas y otros derechos especiales de índole colectiva e individual, afectados por políticas nacionales y acciones de particulares de larga data que menoscabaron su diversidad y riqueza inmaterial.

Pese al compromiso adquirido en el acuerdo de Nueva Imperial, suscrito en 1989 por el entonces candidato presidencial Patricio Aylwin y representantes de pueblos indígenas, así como a la existencia de más de diez proyectos de reforma constitucional, Chile es uno de los tres países de Latinoamérica que carece de un reconocimiento constitucional expreso de sus pueblos indígenas³. En ese sentido, y sin perjuicio de las objeciones que merece la forma específica en la que el texto configura la plurinacionalidad (ver sección 2.2 de este documento), son aspectos destacables el que se reconozca a los pueblos indígenas (art. 5.1), su derecho a la identidad e integridad cultural (art. 65.1), a la preservación, revitalización y transmisión de sus saberes ancestrales, lenguas, costumbres y patrimonio cultural (arts. 12, 36.5, 96, 100 y 102), y a participar en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 34).

Por otra parte, no es posible ignorar que nuestros pueblos indígenas han sufrido la segregación y discriminación. La propuesta contiene normas específicas orientadas a superar esta situación que representa una vulneración de la dignidad que se reconoce a toda persona, incluyendo como criterio prohibido de discriminación la pertenencia a un pueblo y nación indígena o tribal (art.25.4). Especial mención merece el reconocimiento a nivel de principios de la interculturalidad, la que se concreta, entre otros aspectos, en la obligación del Estado de promover un diálogo transversal y respetuoso entre las diversas cosmovisiones que conviven en el país (art. 11)⁴.

1.5. Catálogo de derechos

1.5.1. Libertades y derechos individuales

La propuesta de nueva Constitución consagra un listado de libertades y derechos individuales con una larga tradición en nuestra historia constitucional, explícita otros que han tenido un reconocimiento y desarrollo jurisprudencial, tales como el derecho a la identidad (art. 64) y el derecho de acceso a la justicia (art. 108), y reconoce nuevas especificaciones de derechos, por ejemplo, el derecho a la seguridad informática (art. 88) y el derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia (art. 53).

³ ANTIVIL, Andrés y otros (2021): "Contribuciones a la discusión constitucional: reconocimiento y derechos de los pueblos indígenas", *Temas de la Agenda Pública*, N° 138, p. 2. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/content/uploads/2021/05/Arti%CC%81culo-Pueblos-indi%CC%81genas-y-Constitucio%CC%81n_VF-3.pdf. Fecha de consulta: 25/08/2022.

⁴ DONOSO, Sebastián (2022): *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Pueblos Indígenas* (s.l., Foro Constitucional UC), pp. 5-8. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Pueblos-Indigenas.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

En este ámbito, sin embargo, se advierte un debilitamiento de ciertas libertades y derechos individuales cruciales para el desarrollo de la sociedad civil, del pensamiento libre, de la educación y la religión. Ejemplo de esto es la regulación de la libertad de enseñanza (art. 41), que en el texto propuesto no incluye su dimensión institucional, eliminando la mención al derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales del actual artículo 19 N° 11. Se priva de este modo a la sociedad de la expresión jurídica y organizacional de la libertad de enseñanza. A ello se suma una serie de riesgos a la autonomía de las instituciones educacionales para desarrollar sus proyectos educativos, cuya concreción dependerá del alcance que se le dé a los ocho fines y nueve principios de la educación exigibles a todo tipo de establecimiento (art. 35), al régimen común al que quedarían sujetas las instituciones que se integren al Sistema Nacional de Educación (art. 36.3) y al derecho de la comunidad educativa a participar de forma vinculante en las definiciones del respectivo proyecto educativo (art. 42). Esta omisión e indeterminación en un derecho tan central para el constitucionalismo chileno representan un severo retroceso que desconoce el aporte de la educación no estatal a la formación de los chilenos desde los inicios de la República.

1.5.2. Derechos sociales de prestación

La propuesta de nueva Constitución contiene un nutrido catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. La consagración de este tipo de derechos es usual en el derecho comparado, en particular en América Latina. Derechos tales como el derecho a la salud, a la vivienda, a la seguridad social y a la educación se refieren a exigencias muy importantes del bien común y de una vida digna de las personas. Con todo, un realismo mínimo exige transparentar que el solo hecho de consagrar disposiciones de este tipo en una Constitución no implica, de por sí, que el Estado será capaz de proveer los bienes a los que ellas se refieren. Estas disposiciones pueden manifestar un compromiso que habilita al Estado y a la sociedad toda a actuar en estos ámbitos, así como establecer ciertas condiciones jurídicas de dicha actuación. Pero para la satisfacción de estos derechos resulta indispensable que la Constitución diseñe un sistema político que permita el buen gobierno y canalizar democráticamente las necesidades de la población, y una institucionalidad de Estado de Derecho estable y legítima. También que preserve las condiciones que permitan mantener y mejorar la capacidad económica e institucional del Estado, así como el aporte indispensable de la sociedad civil y de particulares.

El texto propuesto contiene una alta cantidad de derechos sociales. Así, consagra derechos a la educación, a la salud, a la seguridad social, al trabajo, a la libertad sindical, al cuidado, a la vivienda, a la ciudad y el territorio, a la seguridad alimentaria y a la alimentación, al agua, a la energía, al deporte, a la conectividad digital, al ocio, a la vida cultural y artística, al libro y a la lectura, a los sistemas de conocimiento, entre otros. A estos derechos se suman aquellos otorgados a grupos específicos. De la lectura de este catálogo se desprende que este contiene derechos de muy diversa entidad y abstracción en términos de su contenido y nivel de desarrollo dogmático, lo que exigirá diferenciarlos en su tratamiento y consecución.

En el derecho comparado se aprecian distintas formas de abordar cuestiones relacionadas con la protección social, incluyendo la ausencia de derechos sociales en la Constitución, la consagración constitucional de fines y directrices de la política económica y social, y también su consideración como derechos. El establecimiento de un catálogo extenso y diverso de derechos sociales es ciertamente una opción legítima desde el punto de vista jurídico, y resulta coherente con aquella percepción sobre la debilitada protección que la actual Constitución entregaría a los derechos sociales.

Con todo, la propuesta en ocasiones viene a constituir en estas materias un programa de política pública basado en una visión política que va más allá de lo propiamente constitucional. Esto tiene deficiencias propiamente constitucionales. Acaso la más relevante sea que la propuesta zanja o al menos toma posición en debates que son parte de la política ordinaria en Chile, lo que naturalmente dificulta que el texto pueda concitar un apoyo transversal, necesario para expresar el amplio consenso que toda Constitución debe suscitar. Ejemplo de esto es el énfasis en el rol del Estado en la satisfacción de derechos y el incierto o disminuido rol en el que quedan iniciativas particulares (ver sección 2.3 de este documento). La situación descrita es especialmente cuestionable dado que replica una de las principales deficiencias que atribuyen sus críticos al texto constitucional vigente, como es contener definiciones que responden a la visión política o filosófica de un sector del espectro político. Además, y desde una perspectiva institucional, se limita fuertemente al legislador democrático quien está llamado a determinar la configuración específica de estos derechos, evaluando las posibilidades reales y los contextos siempre cambiantes para su implementación.

1.5.3. Limitación de los derechos

La propuesta de nueva Constitución no contiene una cláusula general que habilite al legislador a limitar derechos fundamentales bajo ciertas condiciones: reserva legal, necesidad, especificidad, garantía del respeto al contenido esencial, entre otras. Solo respecto de algunos derechos la propuesta exige que sean limitados por el legislador, mediante lo que se denomina cláusulas o reservas específicas de limitación (por ejemplo, en relación con la libertad religiosa (art. 9), el derecho a la privacidad (art. 70.1), la libertad económica (art. 80.1), entre otros).

La ausencia de una cláusula general de limitación es especialmente preocupante en relación con la reserva de ley, es decir, la garantía de que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por el legislador democrático y no por otras fuentes normativas como la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En efecto, la propuesta enumera aquellas materias que solo pueden ser reguladas en virtud de una ley, dentro de las que no se mencionan expresamente los derechos fundamentales. El catálogo sí extiende la reserva legal a la regulación de “las demás materias que la Constitución exija que sean establecidas por ley” (art. 264 letra p), lo que comprendería únicamente aquellos derechos que contienen una cláusula específica de limitación. Ante la omisión de una cláusula general de limitación, podría arribarse entonces a la equivocada conclusión de que el resto de los derechos (la inmensa mayoría) podrían ser regulados tanto por ley como por la potestad reglamentaria

autónoma del Presidente de la República (art. 288.2). Esta tesis podría abrir el camino a arbitrariedades provenientes del ejercicio presidencial unipersonal de una potestad tan sensible y esencialmente deliberativa como la limitación de derechos fundamentales. Esto es especialmente preocupante dado que la propuesta contiene numerosos derechos de gran amplitud, otorgando amplios poderes al Estado, en particular respecto de los derechos sociales.

Por otra parte, cabe recordar que la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos (conocida como el *límite a los límites de los derechos*), ausente del texto propuesto, tiene como objetivo asegurar que, por medio de la regulación legal los derechos constitucionales no sufran limitaciones de tal envergadura que terminen por hacerlos ilusorios o impidan considerablemente su libre ejercicio. Esta institución proviene de la Constitución alemana, fue replicada en la Constitución española y luego recogida por la Constitución chilena vigente, mas no se encuentra en el proyecto de la Convención.

II. SOBERANÍA, ESTADO E INTEGRACIÓN INTERNACIONAL

Junto con el territorio y la población, la soberanía es tradicionalmente considerada uno de los elementos constitutivos del Estado. La soberanía describe el poder específico del Estado, como potestad superior en relación con otras existentes en un territorio. Jurídicamente, dicho poder se traduce en la capacidad del Estado de dictar su propio ordenamiento jurídico con validez para todo el territorio. El Estado, y por tanto la soberanía, han de estar orientados al bien común.

En los últimos años se ha discutido cuán profundas han sido las transformaciones que la soberanía y el Estado han sufrido a consecuencia del surgimiento, primero, del desarrollo del derecho internacional después de concluida la Segunda Guerra Mundial, y luego, del desarrollo del proceso de globalización desde fines del siglo XX. Se habla tanto de “crisis de la soberanía” como de “crisis del Estado”. Por una parte, el poder del Estado se entiende sujeto a diversas limitaciones tanto en el ámbito interno (por ejemplo, los derechos inalienables de las personas) como en el externo (por ejemplo, la sujeción al derecho internacional, los compromisos con otros Estados o actores internacionales), limitaciones que las tendencias ya mencionadas han profundizado. Por otro lado, la naturaleza global de muchos problemas (desde el narcotráfico hasta el calentamiento global), así como la dificultad de abordar desafíos complejos mediante una forma de burocracia como la estatal ponen en jaque la capacidad del Estado de promover eficazmente por sí mismo el bien común. Esta no es una cuestión meramente teórica o académica, particularmente si se tiene en cuenta la decisiva influencia que tiene en el modo en que se diseñan y entienden las instituciones políticas de una sociedad.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

2.1. *El bien común*

El concepto de “bien común” es un concepto de gran importancia en el pensamiento político humanista y cristiano. Refiriéndose a las condiciones que en la vida en sociedad

permiten la realización de cada una de las personas y de sus asociaciones, el bien común se opone tanto a visiones colectivistas del bien de la sociedad política como a ciertas visiones individualistas que lo reducen al mero agregado de bienes particulares. El bien común es la finalidad del Estado, toda vez que es la razón de ser de la autoridad política, pero la responsabilidad por el bien común no recae exclusivamente en el Estado, sino que también en todas las personas y asociaciones. De ahí que se deba avanzar en el bien común con la contribución de todas las personas, y, por lo tanto, facilitando el aporte de las familias y los diversos grupos asociativos. El bien común es un concepto utilizado en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), y ha sido invocado en diversas ocasiones por la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

El concepto de bien común tiene un rol marginal en la propuesta de nueva Constitución. No se consagra dentro de los “principios y disposiciones generales” del primer capítulo del proyecto. Tampoco tiene un rol central en el articulado, quedando relegado a la caracterización de la corrupción (art. 170), a orientar el derecho a la ciudad (art. 52.1), y a uno de los fines de la educación (art. 35.3). Así, pasa de ser una de las “Bases de la Institucionalidad” (art. 1º inciso 4º) que informan todo el texto de la Constitución actualmente vigente, a ser un simple elemento en tres normas específicas del proyecto de la Convención.

En consecuencia, el bien común no tiene en la propuesta un rol informador del texto en su conjunto, como sí lo tienen otros conceptos como, por ejemplo, la plurinacionalidad o la perspectiva de género. Dado el anhelo de que la sociedad entregue mayores seguridades a las personas en materias centrales para su realización –tales como vivienda, seguridad social y salud– el bien común debería haber sido un principio central de la propuesta, precisamente para resaltar una idea que es fundamental en la construcción de un Estado que provea mayores seguridades en las distintas dimensiones de la vida: que las condiciones para la realización humana son en gran medida comunes y que –dada la pluralidad de formas de realizar el bien humano– estas requieren de una variedad de acciones tanto del Estado como de la sociedad civil en toda su riqueza. Se habría consagrado así un principio unificador de las distintas necesidades sociales y brindado un fundamento normativo más claro al rol de la sociedad civil en cuestiones relacionadas con el bien común, fundamento ausente en el texto constitucional propuesto (ver sección 2.3 de este documento).

2.2. La titularidad de la soberanía y la plurinacionalidad

En la propuesta se establece que la soberanía reside en el “pueblo de Chile, conformado por diversas naciones” (art. 2). Ello representa un cambio respecto de la fórmula empleada en todas las constituciones de Chile desde 1818 en orden a que ella “pertenece” a (en la de 1818), o “reside” en (desde 1822 en adelante), la “nación”. Este cambio implica un innegable quiebre con nuestra tradición constitucional. Además, diluye la lógica subyacente a la denominada “soberanía nacional”, que apunta a un principio de unidad de una comunidad política que, a partir de su tradición histórica y sin perjuicio de su heterogeneidad, puede percibir el porvenir.

La propuesta contiene no solo el cambio en el titular de la soberanía, sino, además, la consagración de la denominada plurinacionalidad⁵. Esta noción comprende la idea de que el Estado de Chile está constituido por varias naciones, algunas de las cuales son reconocidas individual y expresamente en cuanto preexistentes (art. 5.2). No se trata del necesario reconocimiento de los pueblos originarios y sus respectivas culturas, tradiciones y cosmovisiones (ver sección 1.4 de este documento), sino de la afirmación, por primera vez en la historia constitucional chilena, de que no existe una sola nación, forjada a lo largo del tiempo y a partir de la contribución de personas y grupos distintos, sino varias naciones basadas en consideraciones étnicas.

Esta afirmación genera el riesgo de una soberanía fragmentada entre el Estado de Chile y los pueblos o naciones indígenas. Abona esta interpretación las consecuencias precisas que se deducen de la plurinacionalidad en la misma propuesta constitucional, la que garantiza a los pueblos indígenas el ejercicio de la libre determinación (art. 5.3), asegura su derecho al autogobierno y reconoce sus instituciones, jurisdicciones y autoridades propias o tradicionales (art. 34). Asimismo, impone al Estado el deber de incorporar la representación política de los pueblos indígenas en los órganos de elección popular mediante escaños reservados, así como en la estructura del Estado, sus organismos e instituciones (arts. 5.3 y 162). Desde la perspectiva de la distribución territorial del poder, crea las autonomías territoriales indígenas, delegando a la ley la definición de sus competencias exclusivas y compartidas con las comunas y regiones (arts. 234 y 235). También reconoce el pluralismo jurídico y a los sistemas de justicia de los pueblos indígenas que coexisten en un plano de igualdad con el sistema nacional (art. 309 y 322). A ello se suma la norma –situada en el contexto de la participación en las entidades territoriales– que exige el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas para la modificación de las materias que les afecten en sus derechos constitucionales (art. 191), la que presenta las dificultades que se desarrollan en la sección 4.1 de este documento.

Aunque la propuesta enuncia “la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado” (art. 5), no contiene elementos unificadores que afirmen dicha unidad en reemplazo de la idea de nación, que ha jugado dicho rol durante toda nuestra historia republicana. La amplitud de la autonomía política, territorial y jurídica que confiere el texto a los pueblos indígenas dificulta identificar el ámbito en el que se concreta la unidad entre las diversas naciones a las que alude la propuesta. Además, no se consignan en el texto límites suficientes para resguardar dicha unidad. En efecto, salvo la exigencia que se impone a los sistemas jurídicos indígenas de respetar los derechos constitucionales y reconocidos en los tratados internacionales (art. 309), no se advierten en el texto otros límites materiales a la labor que deberá desarrollar en este ámbito el legislador. Ello sin perjuicio del límite procesal que representa la potestad otorgada a la Corte Suprema de conocer de las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena (art. 329).

⁵ DONOSO, Sebastián (2022): *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Pueblos Indígenas* (s.l., Foro Constitucional UC), pp. 5-7. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Pueblos-Indigenas.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

Finalmente, resulta necesario anotar que la plurinacionalidad supone una reconfiguración de la convivencia al interior de nuestra sociedad. Cabe preguntarse por los efectos que tendrá su implementación en la fraternidad, cohesión social, paz y justicia, considerando el intenso debate que se ha generado en el país en torno a este concepto.

2.3. *Rol del Estado y sociedad civil*

La propuesta de nueva Constitución establece que Chile es un Estado Social de Derecho (art. 1.1). Se advierte que la regulación constitucional no solo fortalece el insustituible rol del Estado, sino que le atribuye un papel central y protagónico en la vida económica, social y cultural del país, en particular en la provisión de los bienes asociados a derechos sociales. En esto, no se aprecia un adecuado balance con el rol que le cabe a la sociedad civil, elemental para el ejercicio de sus derechos y libertades constitucionales⁶.

Así, por ejemplo, en materia de educación, junto con el establecimiento de un Sistema Nacional de Educación, la propuesta crea un sistema público integrado solo por instituciones estatales, agregando que “[l]a educación pública constituye el eje estratégico del Sistema Nacional de Educación” (art. 36.7). Esta identificación entre lo público y lo estatal supone desconocer el aporte fundamental que han realizado entidades particulares (iglesias, comunidades, grupos de profesores, entre otros) al desarrollo de la educación en Chile. Inquieta asimismo que el proyecto parece tender hacia la uniformidad en la educación entregada por particulares, cuando precisamente parte de la ventaja de la participación de la sociedad civil es su diversidad (ver sección 1.5.1 de este documento).

Algo similar ocurre con otros derechos. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, la propuesta de nueva Constitución deja la participación de clínicas, médicos y otros prestadores privados a la discreción del legislador al establecer que el Sistema Nacional de Salud “podrá estar integrado por prestadores públicos y privados” (art. 44.7). Así, una ley que eventualmente excluyera o impusiera obstáculos insalvables a la participación de los proveedores privados podría en principio ser constitucional, considerando además que no se consagra un derecho a la libre elección. Asimismo, se excluye a los privados de la administración de las cotizaciones de salud (art. 44.9). En materia de seguridad social se encarga a la ley la creación de un sistema de seguridad social público (art. 45.2), sin zanjar explícitamente si esto implica o no la participación de actores privados.

Estas disposiciones, sumado a la ausencia de un principio que reconozca y promueva la participación de las personas y asociaciones en el bien común, dan cuenta de que en la propuesta el Estado eclipsa el rol de la sociedad civil y de la iniciativa privada en asuntos de relevancia pública. Si bien la propuesta no prohíbe la participación de las asociaciones y entidades particulares —e incluso la reconoce en ciertos ámbitos específicos al referirse a los sindicatos (art. 47), las cooperativas (art. 73), los colegios profesionales (art. 74) y a los

⁶ ALVARADO, Claudio y otros (2021): *Orden Social y Económico. Criterios para la Deliberación Constitucional* (s.l., Foro Constitucional UC), pp. 4 y 7. Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2021/10/Orden-social-y-economico-Criterios-para-la-deliberacion-constitucional.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

cuerpos de bomberos de Chile (art. 181)— la presencia de la sociedad civil en la realización de los derechos sociales es secundaria y reducida, y su tratamiento corresponde al de un fenómeno que pareciera ser tolerado más que promovido en cuanto algo valioso para la realización de la persona y el progreso de la sociedad. Así como se puede afirmar que una sociedad en la que el Estado no se preocupa de las condiciones materiales y espirituales para una vida digna no es solidaria, puede decirse que tampoco es auténticamente solidaria una sociedad en la que sus miembros no son partícipes ni responsables del bien común y se vuelven ajenos al bien de todos y cada uno de sus integrantes. La propuesta así se aleja de la idea de que el Estado Social de Derecho es perfectamente compatible con la participación vigorosa de los particulares en la consecución del bien común.

Además de estas consideraciones, se debe llamar la atención sobre la escasa certeza que la propuesta entrega a los actuales proveedores particulares. En efecto, ya existe una extensa y variada red de naturaleza privada que participa activamente en la educación, la provisión de salud, y la seguridad social, entre otros, cuyo desarrollo queda en entredicho.

2.4. Relaciones internacionales y recepción del derecho internacional de los Derechos Humanos

A diferencia de la Constitución vigente, la propuesta de nueva Constitución establece principios en materia de política exterior, enumerando los fundamentos de dicha política y una serie de compromisos sustantivos. Particular atención merece que la propuesta “declara a América Latina y el Caribe como zona prioritaria en sus relaciones internacionales” (14.3). Esto constituye una definición contingente propia de la Política Exterior y no corresponde a una materia propia de una Carta Fundamental. Constitucionalizar aspectos de política exterior limita excesivamente la discreción de las autoridades para adaptarse a una realidad internacional siempre cambiante, privando al país de la necesaria flexibilidad en sus relaciones internacionales.

Por otra parte, es importante consignar que la propuesta establece la incorporación en el derecho interno y el rango constitucional de “[l]os derechos y las obligaciones establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de la misma materia” (art. 15.1). Esta norma zanja la discusión sobre el rango normativo de los tratados de derechos humanos generada a partir de la reforma constitucional de 1989.

La cuestión más relevante, no obstante, radica en incorporar a la Constitución y otorgar rango constitucional no solo a tratados internacionales ratificados por Chile, sino además a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos. Estas dos últimas fuentes, si bien reconocidas en el derecho internacional, no tienen un contenido claro ni constan necesariamente en un texto formal. Su existencia y contenido tendrá que ser alegada y probada en tribunales nacionales, cuestión novedosa en nuestra práctica jurídica local. Esto genera un riesgo de incertidumbre y de la expansión del ámbito de lo constitucional (y, por tanto, de la competencia de tribunales) por la vía de interpretaciones amplias de los

tratados, pero especialmente de la costumbre y principios internacionales cuyo contenido y límites nunca serán precisos.

Ahonda este problema el que además de atribuir rango constitucional a estas tres fuentes formales del derecho internacional, la propuesta de nueva Constitución otorga también valor jurídico a los denominados “instrumentos internacionales” (arts. 29, 307.1, 309.1, 322.2, 336 y 337.2). Se trata de una categoría amplia que podría abarcar una pluralidad de documentos internacionales de naturaleza, aspiraciones, orígenes, grados de consenso y formalidad muy diversa, incluyendo declaraciones de Estados, informes, acuerdos, documentos adoptados por organismos internacionales, y por privados (expertos, activistas, ONG), entre otros. En ocasiones la propuesta restringe la referencia a aquellos “instrumentos ratificados por Chile” o “de los que Chile es parte”, fórmula confusa, pues son los tratados los que se ratifican conforme a la Constitución y de los que un Estado es parte, por lo que no resulta claro cómo aplican estas categorías del derecho de los tratados a los “instrumentos”. En todo caso, no es de la esencia de estos instrumentos el que el Estado otorgue su consentimiento ni que se obligue a su cumplimiento mediante un tratado (como ocurriría, por ejemplo, con una sentencia de un tribunal internacional dictada en su contra). Más aún, en la práctica del sistema internacional muchos de estos instrumentos no tienen forma jurídica ni están diseñados para aplicarse internamente por tribunales, sino que más bien tienen una aspiración política o diplomática. En síntesis, aquí el proyecto utiliza una categoría indiferenciada que abre el sistema de fuentes jurídicas directamente aplicables por tribunales.

Todo lo anterior genera profundos cambios en la teoría de fuentes del derecho en Chile, tanto por la indeterminación de aquellas de carácter internacional que se incorporan con rango constitucional, como por las nuevas categorías indiferenciadas que serían directamente aplicables por tribunales. Si a ello sumamos la nueva relación entre la ley y el reglamento, y la consagración del pluralismo jurídico en el texto propuesto, se puede apreciar que este altera sustancialmente las fuentes del derecho.

Otra cuestión relevante en relación con la recepción del derecho internacional en el derecho interno se refiere al modo en que se resguardará la primacía de las fuentes de derecho internacional a las que la propuesta otorga rango constitucional. Este asunto no está abordado explícitamente en el texto. Lo razonable sería concebir que su control queda comprendido en los mecanismos generales de control de constitucionalidad previstos en el texto de la Convención, por ejemplo, aquellos radicados en la Corte Constitucional (art. 381) o en la Contraloría General de la República (art. 351.1), por cuanto el art. 15.1 incorpora estas fuentes a la misma Constitución. Sin embargo, existe el riesgo de que se genere una forma de control difuso efectuado por todos los tribunales del país, dado que no existe una atribución explícita de competencias para controlar la conformidad de las normas y actuaciones internas con lo dispuesto en las fuentes internacionales de rango constitucional. En efecto, la posibilidad de un control difuso se podría ver alentada por la disposición de la propuesta de nueva Constitución que establece que la función propia de los tribunales –la jurisdicción– se ejerce “conforme a [...] los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte” (art. 307.1). La existencia de un control difuso incrementa el riesgo de decisiones incongruentes y de una reducción del ámbito de legítima discreción de autoridades democráticas.

III. DEMOCRACIA

Una definición mínima de la democracia alude a aquella forma de gobierno a la que están llamados a participar por igual todos los ciudadanos. Es consecuencia de la noción de soberanía popular o nacional, involucra la idea del consentimiento de los gobernados en el ejercicio del poder público y se cimenta en la igualdad política.

La democracia exige el cumplimiento de ciertas condiciones para la toma de decisiones colectivas, como la libertad de expresión política a través de medios de comunicación, el reconocimiento amplio del derecho a sufragio y el derecho a optar a cargos públicos, sean o no de elección popular. Asimismo, para el funcionamiento de un régimen democrático se requiere la existencia de procesos libres, transparentes e imparciales para la elección periódica de los representantes y la expresión directa de la voluntad de la ciudadanía respecto de ciertos asuntos públicos.

La democracia no se agota en estos elementos y, por eso, se eleva a una forma de gobierno civilizada, que excluye por completo y siempre a la violencia. Es un espacio en el que han de expresarse valores sustantivos como el pluralismo político o la diversidad de opiniones e ideas políticas, la tolerancia, la sujeción a las leyes, y la protección y promoción de los derechos fundamentales. A su vez, el principio de igualdad al que está ligada la democracia, en conexión con la dignidad humana y el valor de la justicia, han ido reclamando una profundización de la democracia que permita la incorporación de sectores cuya participación política y en la vida pública aún se encuentra total o parcialmente pendiente.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

3.1. *Establecimiento de un sistema democrático*

La propuesta de nueva Constitución contiene los elementos y condiciones esenciales de un régimen democrático, precisando que en Chile la democracia se ejerce de forma directa, participativa, comunitaria y representativa (art. 151.1). Extiende el ejercicio del derecho a sufragio a personas de 16 y 17 años y a los chilenos en el extranjero respecto a las elecciones parlamentarias (arts. 160). Por su parte, se destaca positivamente que se haya eliminado la suspensión del derecho a sufragio de personas acusadas, mas no condenadas, por delitos que merezcan pena aflictiva, por cuanto ello afecta el derecho a la presunción de inocencia. A su vez, la propuesta considera elecciones periódicas de representantes estableciendo períodos fijos para los respectivos mandatos y límites a la reelección (arts. 284.1, 257, 223.5, 225.3, 206.2 y 207). Ordena a la ley la creación de un sistema electoral y la regulación de un registro electoral público (art. 161). También contempla un Servicio Electoral (art. 164), así como la justicia electoral (arts. 339, 340 y 341).

Con todo, cabe advertir que la ampliación de la noción de ciudadanía se traduce en la eliminación del requisito de no haber sido condenado a pena aflictiva, presente en nuestra historia constitucional desde la Constitución de 1822. Este requisito tampoco se considera al regular el derecho a sufragio (art. 160) ni el derecho a optar a cargos públicos, el que se modifica por el establecimiento de inhabilidades asociadas a la condena por determi-

nados delitos, permitiendo a la ley ampliar dicho catálogo (art. 172). Es decir, la propuesta considera como regla general la titularidad de derechos políticos de la persona condenada a pena aflictiva, con escasas excepciones.

Ello merece objeciones, en particular respecto a sus implicancias en el ejercicio del derecho a optar a cargos públicos. En primer término, se transita desde un régimen fundado en un criterio objetivo y uniforme referido a la gravedad de la conducta (que se expresa en una pena superior a tres años), a uno que atiende a la naturaleza del delito, obligando a optar por unos en desmedro de otros (tanto por la Constitución como por el legislador del futuro, con la consecuente competencia de agendas en la definición de aquellos delitos que acarrearán la inhabilitación). En segundo lugar, la regulación de la propuesta no comprende la totalidad de los delitos que pueden devenir en la imposición de una pena aflictiva. Al respecto, hay que considerar que la modificación de la noción de ciudadanía priva de fundamento constitucional al actual régimen de penas accesorias contemplado en la legislación penal, en lo concerniente a la inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos de aquellas personas condenadas a pena aflictiva. Finalmente, la técnica empleada en la propuesta entraña una amplia remisión al legislador para restringir el derecho constitucional a optar a cargos públicos, legislador que está sujeto a menores controles que en la actualidad (ver sección 5.2 de este documento).

3.2. *Democracia inclusiva y paritaria*

La propuesta de nueva Constitución define el régimen democrático como uno de carácter inclusivo y paritario (art. 1.2). Una de sus consecuencias es el deber que se impone al Estado de promover y garantizar la adopción de medidas para la participación efectiva de toda la sociedad en el proceso político (art. 151.2), en particular la participación democrática, incidencia política y representación de los grupos históricamente excluidos y de especial protección (art. 153).

Se sigue, de esta forma, la tendencia de algunos países que han asumido el compromiso de remover obstáculos que impiden la integración armónica en el proceso político de aquellos grupos tradicionalmente postergados. Para tales efectos, se han aprobado medidas de acción afirmativa destinadas a lograr una participación más real o equilibrada de estos ante los órganos estatales y en los procesos de toma de decisión pública. Si bien la jurisprudencia chilena ha validado la constitucionalidad de ciertas acciones afirmativas consagradas en la legislación, dichos mecanismos se verían ahora reforzados con la incorporación de una cláusula constitucional que habilita expresamente su adopción. Como se advierte más adelante, hay derivaciones normativas de esta cláusula que no están adecuadamente logradas, como ocurre, por ejemplo, con la regla de paridad de género.

Especial mención requiere el caso de las mujeres. La democracia ha recogido también los avances en la consecución de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el ámbito público y social, partiendo por la consagración del voto femenino, su incorporación a la educación profesional, a la fuerza laboral y cargos directivos y de representación popular. No obstante, en la gran mayoría de los países persisten bajos niveles de participación de las mujeres en la política. La constatación de barreras aún subsistentes (prejuicio social, dificultades

para compatibilizar familia y trabajo, entre otras) ha llevado a introducir mecanismos más intensos a fin de lograr un mayor equilibrio en la participación de mujeres y hombres.

Al respecto, uno de los objetivos presente en la propuesta de nueva Constitución es el fortalecimiento de la equidad entre mujeres y hombres. Así, vincula el ejercicio pleno y sustantivo de la democracia a una participación en condiciones de igualdad (art. 6.1), disposición que es complementada con el derecho a una remuneración equitativa, la que debe ser equivalente ante trabajos de igual valor (art. 46.2), así como mandatos al Estado de generar políticas de conciliación entre la vida laboral y familiar (art. 46.4) y de promover la corresponsabilidad social y de género en el contexto del trabajo doméstico y de cuidados (arts. 49.2 y 50.1).

No obstante, merece reparos el establecimiento con rango constitucional de una regla de paridad, rígida y sin matices, aplicable a todos los órganos colegiados del Estado, sean o no de elección popular, en virtud de la cual al menos el cincuenta por ciento de sus integrantes deberán ser mujeres (arts. 6.2, 254.3, 161.1, 312.2, 344.3 y 350). Esta opción no es consistente con ciertas condiciones que se han atribuido a las acciones afirmativas: (i) deben aplicarse en forma acotada, idealmente para aquellos cargos que cumplen una función de representación política como el parlamento; (ii) deben ser temporales en su duración, de modo que cesen cuando opere el cambio cultural deseado y desaparezcan las barreras estructurales que limitan la participación de las mujeres en la vida pública; y (iii) siendo medidas de corrección democrática que tienen el potencial de distorsionar la voluntad popular, deben estar sujetas a evaluación tanto para decidir su mantención, renovación o cesación. Estas razones aconsejan no rigidizar un modelo preciso mediante su consagración constitucional, sin perjuicio de establecer principios o directrices generales que amparen su admisión por medio de la legislación.

Finalmente, el deber que se impone al Estado de promover la integración paritaria en todos los espacios privados (art. 6.3) se encuentra en tensión con la autonomía de las asociaciones de naturaleza particular que la misma propuesta reconoce –y extiende a la definición de su organización interna– al regular la dimensión colectiva del derecho de asociación (art. 72.2).

3.3. Mecanismos de participación y de democracia directa

La profundización de la participación ciudadana en la toma de decisiones colectivas y en el control de la gestión pública es uno de los aspectos que se puede destacar de la propuesta de nueva Constitución. Ello supone un avance en relación con la Constitución actual, la que solo encomienda a los consejos regionales y a las municipalidades hacer efectiva la participación ciudadana a nivel local. De esta forma, la promoción de la deliberación y participación incidente y vinculante de la ciudadanía es un eje que atraviesa la propuesta de nueva Constitución. Se sigue la tendencia de constituciones a nivel comparado, acogiendo la idea de que las democracias contemporáneas exigen un mayor involucramiento y deliberación de la ciudadanía en el gobierno y devenir de la comunidad política.

Así, la propuesta concibe la participación como un derecho de los ciudadanos (art. 152.1) y se impone el deber de promover y garantizar dicho derecho a todos los órga-

nos del Estado (art. 152), a la Administración pública (arts. 175.1 y 178), al Poder Legislativo (art. 159) y a las entidades territoriales autónomas (arts. 155, 191 y 192). Asimismo, se reitera la exigencia de promover la participación de la comunidad en la definición de ciertas temáticas específicas, como las políticas de salud (art. 44.10), la planificación territorial y políticas habitacionales (art. 52.5), en materias ambientales (art. 154.1) y en el cumplimiento del deber de rendición de cuentas que pesa sobre las autoridades (art. 168). También avanza en la definición de mecanismos concretos de participación, como la iniciativa popular de ley y de reforma constitucional (arts. 157 y 383.1), urgencia popular en la tramitación de leyes (art. 275.2), procesos de audiencias públicas (art. 159) e iniciativa para solicitar al Presidente de la República la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 289.13).

La propuesta introduce además una serie de mecanismos de democracia directa: referéndum regionales y locales (art. 156), propuesta de reforma constitucional (art. 385), iniciativa de derogación de ley (art. 158), y referéndum y plebiscito en el contexto de la reforma y el reemplazo constitucional (arts. 384.1, 386.2 y 388.1). Estos mecanismos, en cuanto su diseño concreto asegure que sean un complemento de una sólida democracia representativa, profundizan la participación y control ciudadano, además de fortalecer la vinculación entre representantes y representados.

3.4. *Partidos políticos*

La propuesta de nueva Constitución no avanza en el fortalecimiento de los partidos políticos, desatendiendo un importante elemento del diagnóstico sobre el régimen político vigente. De hecho, el texto evita referirse a “partidos políticos”, empleando el término más genérico de “organizaciones políticas” (arts. 163, 164, 268, 271, 339). La regulación de las organizaciones políticas es sucinta. El texto señala que contribuyen a la expresión popular y las sujeta al cumplimiento de los principios de autonomía, probidad, transparencia financiera y democracia interna (art. 151.3), así como a ciertas obligaciones en materia de paridad y de participación femenina (art. 163). Por su parte, la propuesta alude específicamente a los partidos indirectamente a raíz de prohibiciones que se imponen a ciertas personas para participar en ellos (arts. 310 [jueces], 299 [miembros de FF.AA.], 297 [miembros de la policía]), así como para indicar la equivalencia entre candidaturas independientes y partidarias en el proceso de redacción de una nueva Constitución (art. 387).

Lo reseñado plantea la interrogante sobre si la propuesta se limita a modificar la denominación de los partidos políticos, o bien deja abierta la posibilidad de que el rol que tradicionalmente han cumplido los partidos pueda ser además asumido por agrupaciones o movimientos sociales. Este segundo escenario sería altamente perjudicial para el funcionamiento del sistema democrático, pues inevitablemente debilitaría a los partidos, actores insustituibles en una democracia representativa, en cuanto tienen un importante rol en la mediación y procesamiento de intereses políticos con una mirada de conjunto respecto de los problemas que aquejan a la sociedad. La democracia no puede descansar –ni exclusiva ni primordialmente– en entidades que se crean, justifican y operan en torno a intereses y causas específicas.

En un contexto global en que la democracia enfrenta fuertes desafíos, el fortalecimiento de los partidos resulta indispensable. Lo esperable de una constitución redactada en democracia hubiera sido un mayor compromiso con los partidos políticos, expresado en una regulación que permitiera perfeccionar, modernizar e incentivar la representación democrática, en línea con la necesaria gobernabilidad del sistema político. En efecto, la excesiva tendencia a la polarización y fragmentación que se observa en las democracias contemporáneas, incluyendo a la nuestra, hacían imperativo avanzar en el establecimiento de mecanismos electorales e institucionales tendientes a fortalecer a los partidos políticos y su representatividad.

IV. ESTADO DE DERECHO

Existen diversas formas de concebir el Estado de Derecho, pero una cuestión común a todas ellas es la sujeción de las personas, y en particular las autoridades públicas, al Derecho. En un Estado de Derecho la discrecionalidad de la autoridad se encuentra limitada por el Derecho, que le fija sus competencias y restricciones. Se trata de una garantía de las personas frente al poder estatal, que las resguarda de un trato desfavorable por parte de la autoridad motivado por la arbitrariedad o el mero capricho. Constituye, por tanto, una salvaguarda central de la libertad, y una forma de ejercer el poder consistente con la dignidad de la persona.

De ahí la importancia que se ha dado a la existencia de un ordenamiento jurídico estructurado sobre la base de reglas claras, estables y precisas, que den seguridad a los ciudadanos y que determinen un efectivo marco de acción a las autoridades. Asimismo, la vigencia del Estado de Derecho exige contar con una judicatura fuerte e independiente, de modo que los asuntos sometidos a la decisión de un tribunal sean resueltos conforme al Derecho y no sobre la base de otras consideraciones.

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

4.1. *Certeza jurídica*

El Estado de Derecho exige la existencia de un ordenamiento jurídico caracterizado por su predictibilidad, estabilidad y certeza. Sin desconocer que las normas constitucionales son susceptibles de ser interpretadas y que todo cambio constitucional puede producir incertidumbre en los hechos, la propuesta de nueva Constitución contiene disposiciones que son fuentes de manifiesta incerteza. Un ejemplo muy importante es la situación incierta en la que quedan personas e instituciones que participan de la realización de los derechos sociales tales como educación y salud (ver sección 2.3 de este documento).

Otro ámbito en el que la certeza es también de gran importancia es el económico. Así, en materia de libertad económica, la propuesta desconstitucionaliza el contenido y los límites de este derecho, garantía central del orden público económico, en cuanto se remite su configuración –sin criterios definidos– a la ley (art. 80.2). Esto se vincula con la amplitud con la que la propuesta concibe el rol del Estado en la economía (art. 182.2). En parti-

cular, le reconoce al Estado iniciativa para desarrollar actividades económicas, sin referencia alguna a posibles límites en su acción, además de eliminar la excepcionalidad de la sujeción de las empresas estatales a un régimen jurídico distinto del de los particulares (art. 182.3). Esta distinción de trato en favor del Estado puede redundar en un desmedro a la libertad de emprender de las personas, además de la posibilidad de que tengan que competir en desigualdad de condiciones con el Estado.

En cuanto al derecho de propiedad, un aspecto especialmente sensible para la certeza jurídica es el de las garantías ante una eventual expropiación. La propuesta alude al derecho a una indemnización por el “justo precio” del bien expropiado (art. 78.4). Aunque la fórmula no es inusual en el derecho comparado y la jurisprudencia nacional ha precisado esta noción a propósito de otras instituciones jurídicas, el concepto adoptado por la propuesta de nueva Constitución es más vago e impreciso que el del texto actual (“el daño patrimonial efectivamente causado”). Resulta difícil entender por qué no se optó por la noción más precisa si la voluntad de la Convención hubiese sido adoptar el mismo estándar de la Constitución vigente⁷.

La incerteza jurídica en materia de expropiación se agudiza al considerar otras disposiciones del proyecto de nueva Constitución. Una de ellas es la regulación de los títulos y mecanismos destinados al uso y asignación de los “bienes comunes naturales” inapropiables, categoría nueva y, por tanto, de efectos jurídicos inciertos. La propuesta vincula el uso de estos bienes a autorizaciones administrativas temporales, sujetas a causales de caducidad, extinción y revocación y a obligaciones específicas de conservación (art. 134.5). Los actuales derechos de aprovechamiento de aguas pasan de ser títulos de propiedad (art. 19 N° 24, inciso final de la Constitución vigente) a meras autorizaciones administrativas de carácter intransferibles que obligan a su titular al uso que justifica el otorgamiento (art. 142). Esto entraña una innegable precarización de los respectivos títulos jurídicos. Se suma a lo expresado, que la disposición 35° transitoria de la propuesta contempla la conversión inmediata y de pleno derecho de todos los derechos de aprovechamiento de aguas en autorizaciones administrativas, sin considerar la necesaria gradualidad que requiere un cambio de esta magnitud, ni la debida compensación a quienes resultan afectados por una degradación jurídica que se impone externamente. Debe advertirse que otra disposición transitoria (36.1) ordena que en el plazo de seis meses la autoridad administrativa deberá iniciar un proceso de redistribución de los caudales de las cuencas, sin prever mecanismos para la defensa judicial o administrativa de quienes sean afectados⁸. Un segundo ejemplo es la regulación del derecho que se reconoce a los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos (art. 79). La propuesta introduce significativos niveles de incerteza para los particulares propietarios de tierras involucradas en los conflictos territoriales, por cuanto se establece que la restitución

⁷ FERMANDOIS, Arturo y otros (2022): *Minuta. Comentarios a las propuestas de norma constitucional sobre expropiación y propiedad indígena* (s.l., Foro Constitucional UC), pp. 1-3. Disponible en: https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/04/Minuta-Expropiacion-y-Propiedad-Indigena_vf.pdf. Fecha de consulta: 25/08/2022.

⁸ IRARRÁZABAL, Ricardo y otros (2022): *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Medioambiente* (s.l., Foro Constitucional UC). Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Analisis-de-la-propuesta-de-nueva-Constitucion-Medioambiente.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

constituye el mecanismo preferente de reparación, agregando una habilitación constitucional a la expropiación al señalar su carácter de “utilidad pública e interés nacional” (art. 79.3).

La seguridad jurídica también se ve afectada en un nivel importante con la consagración del consentimiento indígena. En el contexto de la participación en entidades territoriales, la propuesta de nueva Constitución establece el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y otorgar su *consentimiento* libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en la Constitución (art. 191.2). La norma no solo excede el marco del Convenio 169 de la OIT que exige consentimiento únicamente en los excepcionales casos de traslado o reubicación de los pueblos indígenas (art. 16.2), sino que además es incierta respecto de su alcance. Si bien, la norma se encuentra situada en el ámbito de la participación en entidades territoriales, no existe claridad acerca de las competencias que en definitiva asumirían —en virtud de la ley— las entidades territoriales autónomas del nuevo Estado Regional. Por otra parte, la norma abre el espacio a una compleja discusión respecto de los casos en que existe tal afectación de derechos, lo que deberá considerar el amplísimo catálogo de derechos contenido en la propuesta y en el derecho internacional de los Derechos Humanos que quedará incorporado en la nueva Constitución (art. 15.1), así como la existencia de diversos derechos especiales otorgados a pueblos indígenas. En todo caso, y cualquiera que sea su interpretación, esta norma cambia sustantivamente las competencias autorizadas de los poderes públicos al exigir para determinadas decisiones de la autoridad pública el consentimiento de una fracción de la ciudadanía.

4.2. *Independencia judicial y el Consejo de la Justicia*

La propuesta de nueva Constitución consagra expresamente el principio de independencia judicial (art. 310.1). Se identifica la independencia personal de los jueces y se indica que la independencia es respecto de otros jueces (independencia interna) y de todo otro poder o autoridad (independencia externa). Igualmente, se señala para qué ha de garantizarse la independencia de los jueces: para que conozcan y juzguen actuando y resolviendo de manera imparcial, y estando solo sometidos al imperio de la ley. La independencia judicial constituye una garantía para el propio juez o jueza, así como para el resguardo y confianza en la institución judicial, pero, en último término, está concebida en beneficio de las personas, a quienes la misma propuesta asegura el derecho al acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva (art. 108.1).

Se aprecia, en este sentido, que ha existido una larga discusión sobre la independencia interna de los jueces asociada al hecho de que ciertas facultades de nombramiento, promoción y disciplina recaigan en los tribunales superiores. A su vez, desde la perspectiva de la independencia de los jueces respecto de presiones externas, incluyendo las que puedan ejercer actores políticos, se debe tener presente que hoy todos los nombramientos son realizados, en última instancia, por el Presidente de la República (con excepción de los miembros de la Corte Suprema, en que, además, interviene el Senado). Esta forma de incidencia política se encuentra moderada por el hecho que los jueces de instancia, de cortes de apelaciones y de la Corte Suprema, son elegidos de una nómina elaborada internamente por el mismo Poder Judicial.

Este modelo es reemplazado en el proyecto de nueva Constitución por uno radicado en un nuevo Consejo de la Justicia (art. 342.1). Dicho organismo autónomo tiene múltiples atribuciones (art. 343), correspondiéndole, básicamente, aquellas funciones no jurisdiccionales del actual Poder Judicial: el nombramiento de jueces y funcionarios, su evaluación y calificación periódica, su promoción y traslado, su habilitación, formación y perfeccionamiento, la adopción de medidas disciplinarias, la revisión integral de la gestión de todos los tribunales, entre otras. Un modelo como este se plantea como orientado a promover una mayor independencia interna, esto es, a evitar la incidencia de los jueces superiores jerárquicos en las labores jurisdiccionales de los jueces inferiores, como consecuencia de las facultades que ostentan en relación con la carrera judicial.

La existencia de un Consejo de la Justicia constituye una novedad en nuestro ordenamiento institucional; no es parte de nuestra tradición jurídica. Cabe tener presente, sin embargo, que la existencia de Consejos de la Justicia es un tema que ha sido largamente discutido y que no es extraña al constitucionalismo contemporáneo. La mayor o menor eficacia del modelo en el logro del objetivo de promover la independencia judicial dependerá de su regulación legal y efectivo funcionamiento, pero también son determinantes ciertas definiciones de rango constitucional.

Al respecto, la alta concentración de importantes funciones en un solo órgano, unido a que este estará integrado por una parte sustancial, mas no mayoritaria de jueces (8 de un total de 17 integrantes), puede dar lugar a una merma en la independencia externa de los mismos, en especial frente a interferencias de tipo político. En efecto, el Consejo reúne las funciones no jurisdiccionales del Poder Judicial ya mencionadas (las que ejerce sin contrapesos), tiene la amplia facultad de efectuar una revisión integral de la gestión de todos los tribunales, y su potestad de nombramiento se extiende a órganos de control cruciales para el sistema democrático, como es el caso de cuatro de los once jueces de la Corte Constitucional (art. 378.3.c) y, acaso más importante aún, de todos los integrantes de los tribunales electorales regionales y del Tribunal Calificador de Elecciones (arts. 340.4 y 339.6) –hoy este último organismo está compuesto por cuatro jueces de la Corte Suprema y un ex Presidente o Vicepresidente de la Cámara de Diputados o del Senado, todos ellos elegidos mediante sorteo–. El Consejo de la Justicia asume además la gestión administrativa y la superintendencia directiva y correccional de la justicia electoral (art. 341). Todo esto implica una alta concentración de poder que se extiende a la judicatura, al control de constitucionalidad, e incluso a la siempre sensible justicia electoral. Otro aspecto problemático es que los ocho jueces que integran el Consejo de la Justicia sean elegidos por sus pares (art. 344.1.a). Esto, probablemente, acelerará la aparición de facciones dentro del gremio judicial en torno a afinidades políticas⁹.

⁹ SILVA P., José Pedro, FRÍAS O., Nicolás y AVENDAÑO O., Valentina (2022): *Análisis de la propuesta de nueva Constitución. Sistemas de Justicia* (s.l., Foro Constitucional UC). Disponible en: <https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2022/08/Sistemas-de-Justicia.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.

4.3. *Pluralismo jurídico*

El pluralismo jurídico consagrado en la propuesta de nueva Constitución se manifiesta en el reconocimiento de las normas jurídicas y sistemas jurisdiccionales de los pueblos indígenas. Hoy existe algún tipo de reconocimiento específico y muy acotado del derecho indígena, consagrado a nivel legal, no constitucional. La Ley N° 19.253, por ejemplo, señala en el plano propiamente jurídico que “[l]a costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad” (art. 54 inc. 1°).

En consonancia con el modelo de Estado plurinacional adoptado por la Convención (ver sección 2.2 de este documento), la propuesta de nueva Constitución consagra la potestad de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción (art. 307.2). Los principios de plurinacionalidad, pluralismo jurídico e interculturalidad pasan a ser elementos definitorios de la función jurisdiccional en cuanto a su estructura, integración y procedimientos (art. 322.1). El principio de pluralismo jurídico del texto asume la existencia de “sistemas normativos de los pueblos indígenas” (art. 322.2) o “derecho propio” (art. 329). En su expresión de mayor alcance, el documento de la Convención reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, los que “coexisten coordinados en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia” (art. 309). Dicho de otra manera, se consagra un tipo de pluralismo jurídico fuerte o de alto alcance, y que se refleja en el derecho de dichas comunidades a dotarse de sus propias autoridades, de su propio derecho y de tener justicia propia.

En lo concerniente específicamente a la jurisdicción indígena, son pocos los ordenamientos jurídicos que la reconocen constitucionalmente, y todavía menos con la amplitud que consagra la propuesta. Aun así, debe admitirse que la idea general que inspira la propuesta sobre la materia se encuentra dentro de las posibilidades aceptadas por el constitucionalismo global. Como señala al respecto la Comisión de Venecia, se trata de “una estrategia constitucional legítima destinada a garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas de ese país, no obstante la unidad e integridad del mismo”¹⁰.

Sin perjuicio de lo señalado, por tratarse de un cambio estructural de gran envergadura, unido a la poca determinación y precisión del ámbito de actuación con que ha sido plasmada en el texto propuesto, la jurisdicción indígena envuelve una compleja implementación, incrementa las posibilidades de conflicto y genera elevados grados de inseguridad jurídica, incluso para quienes se identifiquen como integrantes de algún pueblo indígena.

Uno de los objetivos principales de cualquier constitución consiste en delimitar de manera razonablemente precisa la forma en que se organizan las instituciones de la República. El capítulo IX sobre Sistemas de Justicia tiene 52 artículos, de los cuales solo

¹⁰ CONSEJO DE EUROPA. COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (COMISIÓN DE VENECIA): “Opinión sobre la Redacción y Adopción de una Nueva Constitución (Chile)”, CDL-AD(2022)004 (18/3/2022) párr. 85. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)004-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)004-spa). Fecha de consulta: 25/08/2022.

tres se refieren, propiamente a la justicia indígena (arts. 307.2, 309 y 329), por lo que la regulación de la justicia indígena queda entregada casi por completo a la ley. La propuesta no identifica dichos sistemas, ni menos, obviamente, los aspectos esenciales de los mismos. Cuando se dice que “[e]l Estado reconoce los sistemas jurídicos de los pueblos y naciones indígenas”, dicho reconocimiento no tiene necesariamente un correlato en sistemas ya existentes. El texto está orientado a habilitar la ampliación o creación de sistemas de justicia que operen paralelamente en un plano de igualdad con el Sistema Nacional de Justicia. De hecho, la propuesta permite que la ley reconozca, además, nuevos pueblos y naciones indígenas (art. 5.2). El proyecto de nueva Constitución asume la existencia actual o futura de varias justicias indígenas con marcos institucionales y normativos diversos y cambiantes, derivado de su carácter consuetudinario (costumbre jurídica).

La coordinación entre el Sistema Nacional de Justicia y los sistemas de justicia indígenas queda entregada íntegramente a la ley (art. 309.2), sin proporcionar orientaciones ni límites en cuanto al ámbito de vigencia material, personal y territorial de la jurisdicción indígena. Tampoco existe una norma que permita resolver los conflictos entre derechos indígenas y principios de alcance o relevancia nacional, como elementos básicos del Estado de Derecho. Sobre el particular, la Comisión de Venecia, en su opinión consultiva sobre Chile, manifestó que

[p]ara garantizar esta coordinación con éxito sin comprometer el Estado de Derecho, será necesario abordar un número importante de cuestiones cruciales y complejas. Por ejemplo: si la jurisdicción del sistema indígena es aplicable solo a las disputas entre personas indígenas; si debe tener jurisdicción solo sobre asuntos civiles o también sobre los penales; si, en el caso de que tenga jurisdicción penal, la misma esté determinada por la identidad del imputado o de la víctima; si puede haber una opción de las partes para volver a la jurisdicción ordinaria; cuáles son los límites del derecho sustantivo indígena; cómo se resolverían las difíciles cuestiones de coordinación entre los tribunales indígenas y los ordinarios, etc. En definitiva, si la nueva Constitución chilena incluye el reconocimiento de un sistema de justicia indígena paralelo, todavía habrá que resolver muchas cosas para hacerlo viable y compatible con el Estado de Derecho en general¹¹.

Por la importancia de la cuestión, la propuesta debería haber abordado los elementos esenciales de estas definiciones, de manera de proporcionar mayores niveles de certeza y de fijar límites a la acción del legislador.

Parte de la compatibilidad con el Estado de Derecho reside en cuán efectivo será el cumplimiento por parte de los sistemas jurídicos indígenas del único límite (amplio y difuso, al mismo tiempo) establecido en el texto propuesto: los derechos que establece la

¹¹ CONSEJO DE EUROPA. COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO (COMISIÓN DE VENECIA): “Opinión sobre la Redacción y Adopción de una Nueva Constitución (Chile)”, CDL-AD(2022)004 (18/3/2022) párr. 89. Disponible en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2022\)004-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2022)004-spa). Fecha de consulta: 25/08/2022.

Constitución y los tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que Chile es parte (art. 309.1). La manera de delinear y garantizar el respeto por los límites recaerá, según el artículo 329, en la Corte Suprema, la que “conocerá y resolverá las impugnaciones deducidas en contra de las decisiones de la jurisdicción indígena”. Si se pretendía que los sistemas jurídicos indígenas efectivamente coexistieran con el nacional en un plano de igualdad (art. 309.1), habría sido más coherente darle facultad a la Corte Constitucional para dirimir contiendas de competencia. Así ocurre, por lo demás, en otros países sudamericanos que consagran un modelo similar, como es el caso de Bolivia.

V. SEPARACIÓN DE PODERES, CONTROLES Y CONTRAPESOS

El principio de separación de poderes es una de las bases fundamentales del constitucionalismo. Si bien su origen puede rastrearse en autores medievales, es Montesquieu quien le da la forma que luego es acogida en las constituciones de finales del siglo XVIII y de principios del siglo XIX. Todas nuestras constituciones han buscado en alguna medida la separación de poderes y aunque su nivel de logro es controvertido, lo cierto es que el principio ha sido y sigue siendo parte de la tradición constitucional chilena y del constitucionalismo global.

Junto a la separación de poderes, toda Carta Fundamental aspira también a generar una estructura de control que evite la concentración del poder. Como anotó la Comisión de Organización Institucional del Foro Constitucional UC, “si inicialmente esos pesos y contrapesos se concretaron en la existencia de tres poderes clásicos, hoy la estructura orgánica del Estado es mucho más compleja y contempla tanto balances intra-poderes como inter-poderes”. Igualmente, si en un inicio se configuró una estructura de controles para evitar la tiranía, hoy los frenos y contrapesos deben enfrentar otra serie de riesgos políticos comunes en esta época: “la tentación de los gobernantes a aumentar su poder o a prolongar sus períodos de ejercicio, el abuso de las mayorías y la paralización del gobierno producto del desencuentro entre el Gobierno y la oposición”. Por eso, concluye el documento, “los controles y contrapesos están destinados a reconducir, enderezar o reorientar las decisiones políticas dentro de los marcos del derecho y con respeto a las potestades propias de cada órgano del Estado”¹².

ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN

5.1. *Bicameralismo*

La propuesta de nueva Constitución elimina el Senado, que existe en Chile desde 1812 (y como parte de un congreso bicameral desde 1822), y crea una nueva institución: la Cámara de las Regiones (art. 254). Junto a ello, reemplaza a la Cámara de Diputados por

¹² PEÑA, Marisol y otros (2021): *Organización Institucional. Criterios para la Deliberación Constitucional* (s.l., Foro Constitucional UC), pp. 5-6. Disponible en: https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2021/10/organizacion_institucional.pdf. Fecha de consulta: 25/8/2022.

un Congreso de Diputadas y Diputados (art. 251). La propuesta dista de ser un mero cambio de nomenclatura, modificando sustancialmente la estructura del Poder Legislativo.

Un primer elemento de análisis tiene que ver con la composición del Poder Legislativo. Si bien la regulación constitucional vigente genera ciertas diferencias en la integración de la Cámara de Diputados y del Senado, el empleo de la misma fórmula electoral –que atiende a criterios poblacionales y de proporcionalidad– ha diluido dicha distinción. La propuesta de nueva Constitución avanza en la profundización del criterio de representación territorial aplicable a la Cámara de las Regiones, estableciendo un mismo número de representantes para cada una de ellas (art. 254.3), reponiendo el requisito de residencia para los candidatos (art. 257.1) y generando ciertas relaciones con la respectiva Asamblea Regional (arts. 254.4 y 269.2). Además, la elección de los integrantes de la Cámara de Regiones ya no se realizaría simultáneamente con la elección presidencial y de diputados, sino que con la de las autoridades comunales y regionales al tercer año después de asumido un gobierno (art. 254.2). Aunque la propuesta no define el sistema electoral que será empleado, parece acertado que ambas ramas del Poder Legislativo encarnen claramente distintos criterios de representación: poblacional y territorial. Esto favorece la existencia de decisiones legislativas que incorporen aproximaciones diversas, así como la representación regional.

Un segundo aspecto a considerar dice relación con lo que se ha denominado un bicameralismo asimétrico, esto es, la existencia de dos cámaras diferenciadas en cuanto a sus atribuciones en el proceso legislativo. Ante todo, debe destacarse que es una larga tradición en Chile, al menos desde 1833, el que, más allá de las potestades estrictamente legislativas, las dos cámaras tengan atribuciones diversas. Tradicionalmente la Cámara de Diputados ha sido la cámara fiscalizadora mientras que el Senado reúne una serie de atribuciones más institucionales tales como la resolución de algunas contiendas de competencia, la aprobación de determinados nombramientos y la emisión de dictámenes solicitados por el Presidente, entre otras.

La modificación que hace la propuesta de nueva Constitución introduce una asimetría en el proceso de formación de la ley que es de la mayor importancia. Hasta ahora, todo proyecto de ley debe ser conocido y aprobado en los mismos términos por ambas cámaras. La propuesta, en cambio, ubica al Congreso de Diputadas y Diputados en una clara posición de superioridad pues solo exige la intervención de la Cámara de las Regiones respecto de proyectos de ley sobre determinadas materias (las denominadas “leyes de acuerdo regional”; art. 268). La participación de la Cámara de las Regiones en la tramitación legislativa queda concebida como la excepción a la regla general, y por tanto dicho órgano tendrá la carga de demostrar su competencia. Si bien la Cámara de las Regiones puede requerir conocer un proyecto de ley que no sea de acuerdo regional, su posición puede ser desechada con el voto de la simple mayoría de la cámara baja (art. 273). Cabe anotar además que la propuesta establece ciertos plazos acotados para la intervención de la Cámara de las Regiones (art. 273.3).

A ello se suma que muchas de las atribuciones de carácter institucional que en la actualidad ejerce el Senado –como nombramientos, admitir la renuncia del Presidente de la República o declarar el impedimento absoluto del presidente electo– son entregadas en la propuesta al Congreso de Diputadas y Diputados (arts. 253 letras b y d; 283.2) o bien a ambas cámaras reunidas en sesión conjunta (art. 263), en la que la Cámara de las Regio-

nes representa menos de un cuarto del total de parlamentarios (de mantenerse la cantidad mínima de miembros prevista en la propuesta de nueva Constitución; arts. 252.2 y 254.3).

La fórmula que adopta la propuesta es extraña a nuestra tradición constitucional y a los sistemas políticos presidenciales comparados, y sacrifica los aportes de un adecuado bicameralismo para la democracia. Ello, porque las ventajas de fortalecer la representación territorial en la nueva Cámara de las Regiones –en particular en el contexto de la instauración de un Estado regional– se reducen significativamente con la debilidad que presenta esta cámara desde la perspectiva de sus atribuciones.

Miramos con especial preocupación el debilitamiento de los contrapesos al interior del Poder Legislativo. Con el término del Senado se pierde un elemento central del sistema de controles y contrapesos, el que no es reemplazado adecuadamente por la Cámara de las Regiones. La existencia de dos cámaras ha sido tradicionalmente una forma de control del poder, ayudando a prevenir que una mayoría política del momento subvierta la institucionalidad democrática. Pero las menores atribuciones de la Cámara de las Regiones en comparación con el Senado, su rol disminuido e insuficiente como legislador, la menor duración en el cargo de sus miembros (cuatro años en lugar de ocho), la renovación total de sus integrantes en una sola elección, y su falta de arraigo y consolidación en nuestro sistema institucional como órgano nuevo en contraste con los dos siglos que tiene el Senado, hacen de esta un débil contrapeso. Las mayorías que bajo el imperio del nuevo texto se empiecen a configurar al interior del Congreso de Diputadas y Diputados carecerán por tanto de un control y contrapeso interno que hoy es fundamental en nuestro sistema institucional, y que contribuye a frenar eventuales tentaciones populistas y autoritarias.

Asimismo, la propuesta debilita a una de las cámaras que, por su integración más reducida, la renovación parcial de los senadores que permite reflejar mayorías de distintos momentos y por la experiencia de sus miembros, tradicionalmente ha servido para atemperar, matizar y sofisticar la legislación, redundando en una producción legislativa más reflexiva y de mejor calidad.

5.2. *Equilibrio entre los poderes políticos*

En nuestra tradición constitucional, y en general en la tradición constitucional latinoamericana, el sistema político ha tenido como figura central a los presidentes de la república. Por eso, aunque tempranamente se adoptó el principio de separación de poderes, el balance y equilibrio entre los mismos ha sido objeto de intensa discusión desde nuestras primeras cartas fundamentales.

La Convención ha escrito su propuesta sobre la convicción de que el sistema chileno es “hiperpresidencialista”. Desde la ciencia política, el derecho y la historia diversos académicos han cuestionado o matizado esa idea, abriendo legítimos debates respecto al real balance de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo.

La propuesta efectúa algunas modificaciones que atenúan el poder del Presidente de la República en la relación con el Congreso Nacional. Así, elimina la iniciativa exclusiva del Presidente de la República que nació en 1925 y fue configurada con densidad en las reformas de 1943 y 1970; modifica las reglas del veto presidencial (art. 274) que, en lo

sustancial, nacieron en la reforma constitucional de 1893; introduce algunos cambios en la tramitación de las leyes de presupuesto (art. 277) que modifican reglas nacidas en la Constitución de 1925; elimina el control preventivo del Tribunal Constitucional incorporado el año 1970 con el propósito de dirimir los conflictos entre el Presidente y el Congreso Nacional; suprime la competencia exclusiva del Presidente para fijar las urgencias (art. 275.2) que proviene de la Constitución de 1925; retorna al dominio mínimo legal (art. 264), manteniendo la potestad reglamentaria autónoma con contornos inciertos (art. 288.2); entre otras modificaciones.

Por su parte, la propuesta fortalece las atribuciones del Poder Legislativo destinadas a controlar aquellas funciones propias del Presidente de la República. Ello se advierte en materia de aprobación de tratados internacionales (arts. 289.3 y 289.10), en la supervisión de la implementación de las políticas de defensa nacional y militar (art. 253 letra e), respecto a su intervención en la declaración y fiscalización de los estados de excepción constitucional (arts. 301.5, 302.1, 301.7, 304.2 y 305), y en el ámbito del control presupuestario (arts. 278.3 y 277.5). Adicionalmente, el Congreso de las Diputadas y Diputados conserva buena parte de sus atribuciones fiscalizadoras (art. 253 letra a).

No es posible adelantar con precisión el efecto que todos estos cambios, conjuntos y en simultáneo, tendrán en el equilibrio de poderes y en la gobernabilidad. Con todo, no podemos dejar de prevenir sobre dos riesgos relevantes.

En primer término, muchas de las reformas que originaron las instituciones y reglas que hoy se eliminan o modifican considerablemente buscaron erradicar defectos arraigados y ciertas prácticas parlamentarias cuyo juicio negativo era compartido por amplios sectores del espectro político. Un eventual efecto de los cambios propuestos será entonces alentar el resurgimiento de viejas malas prácticas o conductas que, amparadas en la regla constitucional, generan perjuicios para la gobernabilidad. Por ejemplo, la aprobación indisciplinada de leyes que irrogan gasto al Estado, o la dictación de leyes particulares (para situaciones concretas) producto de la eliminación de la disposición que establece que las leyes son normas de “carácter general que estatuyen las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (art. 63 N° 20 de la actual Constitución). En suma, el texto abandona reglas asentadas en el equilibrio de poderes chileno que proveen soluciones a problemas concretos que hemos encontrado en nuestra experiencia constitucional, por lo que no puede descartarse que, de aprobarse, estas normas despierten viejas prácticas demagógicas que buscaron ser erradicadas en diversas reformas constitucionales a lo largo del siglo XX.

Un segundo aspecto a subrayar es el excesivo poder que acumula el Congreso de Diputadas y Diputados. Esto es especialmente sensible atendido que en la propuesta de nueva Constitución la ley es directamente llamada a regular más de sesenta disposiciones, especialmente derechos y garantías, sin perjuicio de más de cien otras normas que requerirán su regulación. Así, cabe anotar que se ampliará el ámbito de la acción legislativa con el retorno del dominio mínimo legal (art. 264). En el proceso de formación de la ley solo será obligatoria la intervención de la Cámara de las Regiones en la tramitación de las leyes de acuerdo regional, las restantes podrán ser acordadas únicamente por el Congreso de Diputadas y Diputados (art. 268). Dicho órgano sesionará y decidirá, salvo las excepciones del artículo 271, por mayoría de los presentes (art. 270.1), hallándose en funciones la tercera parte de

sus miembros en ejercicio (art. 256). Su voluntad se impondrá al veto presidencial con la simple mayoría; solo si el Presidente de la República rechaza la totalidad del proyecto de ley se requerirá el quórum de los tres quintos de sus miembros en ejercicio (art. 274). La labor legislativa del Congreso de Diputadas y Diputados no quedará sujeta al límite sustantivo que proporciona la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos (ver sección 1.5.3 de este documento), y se perderá parte importante del control que ejerce actualmente el Tribunal Constitucional al debilitarse la acción de inaplicabilidad y eliminarse el control preventivo de la ley (ver sección 5.3 de este documento). En definitiva, independientemente de la conveniencia o razonabilidad de cada una de estas medidas consideradas individualmente, su efecto agregado implica que el Congreso de Diputadas y Diputados tendrá escasos contrapesos.

5.3. Controles y contención de los órganos políticos

La existencia de controles y contrapesos es parte importante de toda constitución. Con ello se protege la libertad y derechos de las personas, el Estado de Derecho, y se asegura la gobernabilidad democrática en el largo plazo. Aun cuando los controles pueden ser percibidos como mecanismos que retrasan las decisiones, un diseño institucional sin controles debilita la democracia. En las secciones anteriores abordamos el control al interior del poder legislativo y a los contrapesos derivados de las relaciones entre los poderes políticos. Resta referirse a otras definiciones de la propuesta de nueva Constitución que inciden directamente en controlar y constreñir a los órganos políticos.

Una importante innovación institucional de la propuesta es la instauración del Estado Regional, el que, entre otros objetivos declarados, permitiría profundizar la distribución y limitación del poder político desde una perspectiva territorial. El texto proporciona lineamientos en materia del autogobierno de las entidades territoriales autónomas, su capacidad decisoria y la disposición de recursos para hacerla efectiva (arts. 187.2, 195, 196.1, 245.2 y 227). Su regulación queda entregada fundamentalmente a la ley, por lo que los efectos que produzca el Estado Regional en la contención del poder político dependerán de su implementación. Especialmente relevante para el tema que nos ocupa será el establecimiento de una robusta institucionalidad y mecanismos de control de las entidades territoriales autónomas. Si bien la propuesta intenta reforzar el control de la Contraloría sobre ellas, se crean amplios espacios de autonomía –financiera, regulatoria, de gestión, entre otros– que exigen un control más eficaz, capaz de evitar abusos o desviación en el uso del poder.

Otra modificación relevante que introduce la propuesta de nueva Constitución es la ampliación de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas (ver sección 3.3 de este documento). Ello representa, entre otras ventajas, un fortalecimiento del control en el ejercicio del poder político.

Finalmente, cabe referirse al control previsto para resguardar la sujeción de los actos normativos de los órganos políticos a lo dispuesto en la Constitución. En primer término, la propuesta elimina de entre las potestades de la jurisdicción constitucional el control de constitucionalidad de proyectos de ley. Sin perjuicio de otras consideraciones que puedan hacerse, resulta útil advertir los riesgos derivados de la eliminación del control preventivo respecto

de vicios de competencia o procedimentales durante la etapa de tramitación legislativa. Su mantención es esencial para el resguardo de la integridad de la deliberación democrática de carácter legislativo. Por ello, no parece acertado suprimir un control que sirve ante todo para frenar oportunamente posibles transgresiones a los límites que prescribe la Constitución. A su vez, subsisten dudas sobre las implicancias, extensión y eficacia del control del procedimiento legislativo por la vía de las contiendas de competencias (art. 381.1 letra i), así como del control de constitucionalidad de la potestad reglamentaria (art. 381.1 letra f).

Además de la eliminación del control preventivo de constitucionalidad de la ley, la propuesta restringe el control posterior de disposiciones legales, al establecer que la acción de inaplicabilidad solo podrá ser interpuesta por el juez de la gestión pendiente, de oficio o a petición de partes (art. 381.1 letra a). Esta modificación cercena la posibilidad de que las personas que sean partes de un juicio puedan recurrir directamente de inaplicabilidad ante la Corte Constitucional, lo que supone reducir los mecanismos de control del poder. Cabe considerar, además, que la práctica demuestra que los jueces y tribunales ordinarios son reticentes a requerir del Tribunal Constitucional un pronunciamiento sobre si la norma legal que han de aplicar puede generar un efecto inconstitucional. En efecto, durante el año 2021 se presentaron 2.606 requerimientos de inaplicabilidad. De estos solo 10 fueron interpuestos por jueces¹³. Ello lleva a pensar que es probable que esta acción sea menos enablada que en la actualidad, restringiendo significativamente una valiosa vía de protección constitucional para las personas, así como los controles y límites a la potestad legislativa.

ALEJANDRA OVALLE (presidenta)

JOSÉ LUIS CEA

GERMÁN CONCHA

ARTURO FERMANDOIS

JUAN JOSÉ ROMERO

CECILIA ROSALES

SEBASTIÁN SOTO

*Comisión de profesores de Derecho Constitucional UC
para el análisis de la propuesta de nueva Constitución*

Pontificia Universidad Católica de Chile

FRANCISCO JAVIER URBINA (secretario técnico)

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2022): *Cuenta Pública del Presidente del Tribunal Constitucional. 2021* (s.l., Tribunal Constitucional), p. 45. Disponible en: <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/Cuenta-Publica-2021.pdf>. Fecha de consulta: 25/08/2022.