ACTUALYDAD CONSTITUCIONAL

INFORME SOBRE EL DESARROLLO DEL NUEVO PROCESO CONSTITUCIONAL

N°8 / 28 DE ABRIL DE 2023

DESTACADOS DE LA SEMANA

- Esta semana[1] las subcomisiones de la Comisión Experta comenzaron a discutir los diversos capítulos constitucionales, tanto los textos aprobados en general como las enmiendas presentadas a ellos, luego de que las secretarías las sistematizaran y elaboraran los respectivos comparados[2].

- Como advertimos la semana pasada[3], algunas de las enmiendas presentadas abren discusiones en diversos flancos que parecían ya estar zanjados con la aprobación unánime (en general) del texto. En la presente edición de Actualydad Constitucional continuamos analizando las principales discusiones que han surgido -y surgirán- en relación a dichas enmiendas.

- Las siguientes semanas seguirán siendo destinadas a la discusión y posterior votación en particular del texto base y sus respectivas enmiendas.

[1] Incluye lo sucedido desde el lunes 24 de abril al jueves 27 de abril, inclusive.
[2] Comparados disponibles en https://www.procesoconstitucional.cl/comision-experta/comparados/
[3] Ver Actualydad Constitucional N°7: https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/04/ACTUALYDAD-CONSTITUCIONAL-N%C2%B07.pdf

¿QUÉ PASÓ ESTA SEMANA?

1. COMISIÓN EXPERTA: CONTINUACIÓN DEL ANÁLISIS DE ENMIENDAS

La semana pasada fueron ingresadas más de 900 enmiendas, las que suprimen, agregan, sustituyen o modifican los artículos del texto acordado y aprobado en general en la etapa anterior. Mientras que para un grupo de comisionados el texto base constituía un acuerdo que debía ser respetado en su esencia en la etapa de enmiendas, para otro, todas las discusiones siguen abiertas, reflejándose esta tensión en las diversas enmiendas presentadas por ambos grupos. Sin perjuicio de lo anterior, también se utilizó la instancia para complementar aquellas materias que no habían sido abordadas anteriormente, o al menos no con el suficiente detalle.

Esta semana, al igual que en la edición anterior de este informe, continuaremos analizando las principales enmiendas y discusiones que se han dado respecto a ellas se han dado y seguirán dándose en las diversas subcomisiones:

a) Sistema electoral para el Congreso Nacional: ¿listas cerradas y bloqueadas?

Una de las enmiendas presentadas por los comisionados oficialistas al Capítulo IV (Congreso Nacional) mandata a la ley electoral para que establezca "listas cerradas y bloqueadas" para las elecciones parlamentarias[4]. La indicación tiene como efecto práctico que los electores dejarán de votar por personas, debiendo, en el caso de ser aprobada, comenzar a votar por partidos políticos, los que definirán de antemano un orden de prelación de candidatos seleccionados por lista.

Las falencias de los sistemas de listas cerradas y bloqueadas son conocidas. En primer lugar, parecen ser contraculturales respecto de la demanda ciudadana por tener cada vez mayores niveles de incidencia en la selección de sus autoridades. En segundo término, las listas cerradas y bloqueadas impiden que opere el mecanismo de *accountability* vertical, es decir, de rendición de cuentas efectiva entre el elector y el representante. En efecto, el vínculo elector-representante está mediado por el ejercicio del voto personalizado. Si las personas no tienen mayor poder de decisión respecto de qué autoridad será nominada por el partido, difícilmente podrán identificar a este candidato y ejercer un control ciudadano efectivo.

Por último, los mecanismos de selección y nominación de candidatos bajo esquemas de listas cerradas pueden ser proclives a cierta opacidad o carecer de criterios de transparencia, al otorgarle un excesivo poder de decisión a las cúpulas partidistas. Adicionalmente, diversos autores y especialistas en esta materia muestran que sistemas electorales que facilitan la

[4] Enmienda presentada por los comisionados Lagos, Rivas, Sánchez, Osorio, Quezada y Soto (Francisco).

evaluación de los representantes en forma individual desestimulan la corrupción, en la medida que contribuyen a que los electores "castiguen" malas prácticas a través del voto[5].

b) ¿Reemplazo constitucional o desmantelamiento institucional?

El reemplazo constitucional es una de las materias que quedó inconclusa en el primer acuerdo que definió el texto base aprobado en general, sin perjuicio de que se estableció un epígrafe denominado "Del procedimiento de reemplazo constitucional". Ante dicho vacío, tanto los comisionados oficialistas como de oposición presentaron sus respectivas propuestas, reconociendo que, si bien la Constitución vigente no contempla un procedimiento -permanente- de reemplazo constitucional, establecerlo no es una anomalía a nivel comparado.

Resulta preocupante, sin embargo, la enmienda presentada por los comisionados oficialistas, ya que se sustenta en la disolución anticipada del Congreso Nacional para convocar a la elección de un nuevo Congreso constituyente[6]. Esto resulta problemático desde diversos puntos de vista: por un lado, ya que es un verdadero salto al vacío, pues suspende el Poder Legislativo en el contexto de una crisis institucional, privando al Estado -por a lo menos 45 días- de dicho órgano y su correlativo rol de control del poder, debilitando con ello el sistema de pesos y contrapesos en su conjunto. Por otro lado, como bien señaló el comisionado Sebastián Soto[7], la propuesta es alarmante, pues de su lectura no queda claro si es que acaso el nuevo Congreso cumpliría también con sus labores legislativas comunes o estaría abocado exclusivamente a la redacción de una nueva Carta Fundamental. De acogerse esta última interpretación, la propuesta sería aún más grave, pues significaría prolongar la privación a la ciudadanía de un Poder capaz de representarla legislando en las materias más urgentes que, además de ser comunes en contextos de crisis, suelen no ser constitucionales.

Por último, cabe destacar que no es casualidad que los regímenes presidencialistas no contemplen recursos de esta naturaleza, pues constituyen una amenaza, en palabras del propio comisionado Soto, de ser utilizados como "un sucedáneo para cualquier otra crisis, aunque no sea constitucional".

c) La importancia de que el Estado esté al servicio de la persona y de la sociedad

---

[5] Véase, por ejemplo, Kunicova, Jana & Susan Rose-Ackerman. (2001). "Electoral Rules as Constraints on Corruption: The Risks of Closed-List Proportional Representation". Mimeo. Yale University; y Persson, Torsten; Guido Tabellini y Francesco Trebbi. (2003). "Electoral Rules and Corruption". En *Journal of the European Economic Association* 1 (4), pp. 960-980.

[6] La enmienda, presentada por los comisionados Rivas, Sánchez, Lovera, Osorio y Soto (Francisco), establece que "*el Congreso Nacional podrá disolverse anticipadamente con el voto conforme en cada Cámara de los dos tercios de sus miembros en ejercicio. En caso de aprobarse la disolución, el Congreso Nacional convocará simultáneamente a elecciones de la Cámara de Diputados y Diputadas y del Senado (...) El Congreso Nacional electo de acuerdo con el inciso anterior, elaborará un proyecto de nueva Constitución (...)*".

[7] Sesión 12 Subcomisión Sistema Político Comisión Experta (27/04/2023). Transmisión disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=DYrj3rCiIUk

El Capítulo de Fundamentos del Orden Constitucional goza de especial relevancia, pues en él se determina el orden o estructura esencial conforme al cual se organiza el Estado y la sociedad. En otras palabras, se establecen los principios y valores que cimientan la relación entre los gobernantes y los gobernados. Sus normas, lejos de ser meras declaraciones, gozan de plena fuerza normativa y permiten, además, desentrañar el sentido y alcance del resto de las disposiciones de la Constitución Política.

Tanto en la Constitución vigente como en el texto aprobado en general por la Comisión Experta, se consagra como base fundamental la supremacía de la persona humana, siendo uno de sus elementos centrales el principio de servicialidad del Estado: el Estado está al servicio de la persona humana y no al revés (como ha ocurrido en gobiernos totalitarios). Esto es clave si es que se entiende a la Constitución como un instrumento de control del poder, pues "es el Estado el que -debido a su poder, sus facultades y el monopolio que tiene de la fuerza- corre un mayor peligro de instrumentalizar a la persona humana"[8]. Este principio sirve como límite para la actuación del Estado y sus órganos en la consecución de su finalidad, el bien común. En consecuencia, tanto el legislador como la administración y la judicatura deben respetar y promover los derechos de las personas, pero también, respetar su libre desenvolvimiento en los diversos ámbitos de la sociedad (como en educación, salud, vivienda, pensiones, entre otros), sin que le corresponda al Estado su ejercicio exclusivo.

Dicho lo anterior, resulta alarmante que a través de una enmienda se pretenda eliminar la disposición que establece que "El Estado deberá servir a las personas y a la sociedad"[9], así como también preocupan otras enmiendas en el capítulo de derechos fundamentales en las que se da primacía al Estado en desmedro de la sociedad[10].

d) Corte Constitucional: ¿dónde queda el control sustantivo?

Si bien la propuesta aprobada en general por la Comisión Experta mantiene la mayor cantidad de atribuciones del actual Tribunal Constitucional, que pasa ahora a denominarse "Corte Constitucional", no se logró alcanzar un consenso en algunas de ellas, deviniendo en un vacío en la materia. Una de las discusiones postergadas dice relación con el control sustantivo de constitucionalidad que se ejerce sobre las leyes y tratados internacionales. Los comisionados de oposición ingresaron una enmienda con el objeto de abordar dicho vacío, sin embargo, no existe una propuesta por parte de los expertos oficialistas, dando a entender su desafección con establecer expresamente un control sustantivo, lo que resulta preocupante.

---

[8] Instituto Respublica. "Primacía de la persona humana y servicialidad del Estado". Especial Debate Constitucional. Principios N°26.

[9] Enmienda presentada por los comisionados Cortés, Fuenzalida, Lagos, Quezada y Rivas.

[10] Por ejemplo, en educación se pretende considerar la educación entregada por privados como parte del servicio "público" educacional, imponiéndose la teoría del régimen de lo público; mientras que en salud se pretende quitar la libertad de elección del régimen al cual adscribirse, pudiendo, en consecuencia, el Estado monopolizar la actividad aseguradora.

La enmienda propuesta por expertos de oposición busca que la Corte Constitucional resuelva -por las dos terceras partes de sus integrantes en ejercicio- las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Es decir, la enmienda pretende que el control de constitucionalidad no sea sólo respecto de los vicios de procedimiento (lo que sí está contemplado en la norma aprobada en general), sino que también pueda ejercer un control sustantivo, evitando con ello que se promulguen normas abiertamente inconstitucionales. Por otro lado, la enmienda restringe la oportunidad para presentar el requerimiento de inconstitucionalidad al tiempo que media entre el despacho y la promulgación, siguiendo el modelo alemán. Con esto, se aleja a la Corte Constitucional del proceso legislativo y se es deferente con el rol que le cabe al propio legislador en la solución de los eventuales problemas de constitucionalidad durante la tramitación de las iniciativas.

2. COMISIÓN EXPERTA: TRABAJO EN SUBCOMISIONES

1. Subcomisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado

Esta semana la subcomisión comenzó con la discusión de los cinco capítulos radicados en ella[11], tanto de su texto base -aprobado en general por el Pleno-, como de las enmiendas posteriormente presentadas. Así, el debate se ha estructurado de la siguiente manera: para cada uno de los capítulos uno de los comisionados hace una exposición del texto base acordado y aprobado en general, en los términos más imparciales posibles, y luego los comisionados intervienen comentando sus apreciaciones generales sobre dicho texto, así como también adelantando sus posturas con respecto a algunas de las enmiendas presentadas[12].

En el debate han comenzado a aflorar las principales tensiones y discrepancias entre los comisionados. En materia de representación política, por ejemplo, se han evidenciado diferencias en torno a la edad mínima para votar: mientras algunos comisionados oficialistas promueven el voto voluntario para los jóvenes entre 16 y 18 años, tanto para referendos locales como para los comicios nacionales, los comisionados de oposición se han manifestado contrarios a dicha propuesta, manifestando que debe existir una regulación uniforme del concepto de “ciudadanía”.

En relación al Congreso, los principales nudos se encuentran en torno a su sistema electoral, en concreto, a la posibilidad -o no- de formar pactos electorales previos[13]; a la idea de establecer listas “cerradas y bloqueadas” para las elecciones parlamentarias; a los mecanismos de paridad (de resultados o de salida) para el Congreso Nacional, así como de escaños reservados para

[11] Capítulos III (Representación política y participación); IV (Congreso Nacional); V (Gobierno y Administración del Estado); VI (Gobierno y Administración Regional y Local); y XIV (Procedimientos de cambio constitucional).
[12] La discusión en particular de cada una de las enmiendas está prevista que comience la próxima semana.
[13] Sobre esta discusión, ver Actualydad Constitucional N°7: https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/04/ACTUALYDAD-CONSTITUCIONAL-N%C2%B07.pdf

pueblos indígenas (sin distinguir si en una o ambas cámaras); a eventuales mecanismos de corrección -o excepción- a la regla del umbral de 5% (con la obtención de votos equivalentes a ocho escaños en el Congreso); y a la posibilidad de reducir el número de escaños por distrito (a un máximo de cinco, mediante un eventual redistritaje).

Por otra parte, mientras que con respecto al capítulo de Gobierno y Administración del Estado se dieron algunos debates en torno a las materias de ley y la conveniencia o no de mutar hacia un sistema de "dominio legal mínimo", la discusión del capítulo Gobierno y Administración Regional y Local fue bastante armónica -reflejo del consenso en la materia-, sin perjuicio de algún debate en torno a la conveniencia o no de alterar el mandato de autoridades electas (concretamente, de los alcaldes).

Por último, donde sí se dio una álgida discusión fue al tratar el capítulo XIV (de procedimientos de cambio constitucional). Ello, por un lado, a propósito de algunas enmiendas presentadas por comisionados de oposición que buscan establecer "contornos" a las materias de reforma constitucional, evitando así la existencia de "fraudes a la Constitución" -por ejemplo, regulando materias permanentes vía disposiciones transitorias-[14] y, por otro lado, a raíz de la discusión sobre los procedimientos de reemplazo constitucional[15].

2. Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos

Esta semana la subcomisión recibió audiencias de representantes de diversos órganos y a invitados ad-hoc para pronunciarse sobre las enmiendas admitidas a tramitación relativas al Banco Central, a la Contraloría General de la República y a Justicia Electoral y Servicio Electoral. Respecto a las enmiendas relativas al Banco Central, asistió la presidenta de dicho organismo, Rosanna Costa, quien enfocó su presentación en una indicación propuesta por expertos oficialistas que establece nuevos objetivos para el Banco Central, tales como la estabilidad y eficacia del sistema financiero, el pleno empleo, la diversificación productiva y el cuidado del medio ambiente y el patrimonio natural, así como cualquier otra materia que su Consejo fundadamente determine, lo que fue analizado en la edición anterior de Actualydad Constitucional[16].

Sobre la estabilidad financiera sostuvo que actualmente se entiende como un objetivo implícito del Banco Central, dado que se debe resguardar para cumplir con el normal funcionamiento de

---

[14] Una de ellas establece que "*los proyectos de reforma constitucional no podrán versar sobre materias de ley ni otras que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales de la Constitución. Tampoco podrán establecer prestaciones pecuniarias de ningún tipo*"; mientras que la otra dispone que "*mediante una reforma constitucional sólo podrán aprobarse disposiciones transitorias que tengan por objeto regular los plazos de entrada en vigencia y los efectos de disposiciones permanentes de la Constitución*". Ambas fueron presentadas por los comisionados González, Ossa, Ribera, Martorell, y Soto (Sebastián).

[15] Sobre esta discusión, ver punto 1. b) anterior.

[16] Sobre esta discusión, ver Actualydad Constitucional N°7: https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/04/ACTUALYDAD-CONSTITUCIONAL-N%C2%B07.pdf

los pagos internos y externos. Sin embargo, se trata de un objetivo compartido con otras instituciones, como, por ejemplo, con la Comisión para el Mercado Financiero y con el Ministerio de Hacienda. En cuanto al empleo, Costa señaló que en el largo plazo la política monetaria incide en la inflación y otras variables nominales, pero no puede incidir en variables reales como el empleo, más aún cuando depende de un conjunto de políticas de otras autoridades. En lo que respecta a la diversificación productiva, recalcó que no está dentro de los roles que cumple el Banco Central, sino que se encuentra asociado a la política económica que impulse el gobierno a través de su agenda legislativa. Por su parte, en materia de medio ambiente, manifestó que la política monetaria no tiene capacidad para incidir de manera relevante en el cuidado del medio ambiente y en el patrimonio natural, ni en el corto ni en el largo plazo. Por último, se refirió a los objetos que el propio Consejo fundadamente podría determinar, señalando que en la experiencia comparada no existen casos en que el propio Banco Central determine sus objetivos, dado que, de ocurrir, una mayoría circunstancial podría abordar materias que excedan el mandato de la institución.

3. Subcomisión de Principios, Derechos Civiles y Políticos

Esta semana la subcomisión recibió en audiencia a expositores para conocer su opinión respecto a la forma en que deben incorporarse las áreas de su interés en los capítulos de principios y de derechos fundamentales. La Defensora de la Niñez, Patricia Muñoz, habló del rol insustituible de la familia frente al Estado, de la importancia de la participación política de adolescentes y del reconocimiento explícito de niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. El Monseñor Juan Ignacio González, en representación de Confesiones Religiosas de Chile, hizo énfasis en incorporar los elementos esenciales de la libertad religiosa de acuerdo a tratados internacionales suscritos por Chile, la posibilidad de firmar acuerdos entre las confesiones y el Estado, así como incluir una cláusula de no coacción y el derecho de los padres a la formación moral de sus hijos. Mauricio Henríquez, por la Fundación Iguales, profundizó sobre el principio de igualdad y no discriminación; y Domingo Namuncura e Iván Cheuquelaf, de la Comisión de Expertos de Derechos Indígenas, plantearon la necesidad de profundizar en los temas indígenas, tanto respecto a su reconocimiento constitucional -sin ser necesario la individualización de los pueblos-, sus derechos -colectivos, sociales, políticos y culturales- y su participación política, aunque no necesariamente escaños reservados, sino que abriéndose a otros mecanismos como cuotas de incorporación en las listas de los partidos políticos.

Por otra parte, se empezaron a estudiar y discutir las enmiendas presentadas al texto aprobado en general. El día viernes de la semana pasada se abordaron las propuestas sobre estados de excepción constitucional, continuando esta semana con las acciones constitucionales. Destaca la discusión que se ha dado respecto a los derechos sociales y sus mecanismos de exigibilidad. Primeramente, cabe destacar que se reconoce transversalmente la inconveniencia de otorgar recursos directos a partir del texto constitucional, siendo necesario que sea el legislador -y no los jueces- quien traduzca los derechos en prestaciones, pudiendo los jueces ordenar su cumplimiento sólo respecto de las prestaciones contempladas en la legislación. Ahora bien, los comisionados ofrecen herramientas diversas para abordar las pretensiones ciudadanas: mientras algunos proponen incluir mandatos al legislador para revisar las normas existentes e

identificar modificaciones legales y reglamentarias dentro de ciertos plazos, pudiendo los jueces ordenar su cumplimiento de existir inercia legislativa o de implementación; otros proponen, en cambio, distinguir entre los derechos sociales cuya prestación ha sido determinada por el legislador respecto de los que no, cabiendo en los primeros el recurso de protección, mientras que en los segundos, la canalización de las demandas ciudadanas se haría a través de un "Consejo Económico y Social" , cuya creación propone una de las enmiendas de comisionados de oposición. Dicho órgano sería de carácter técnico y consultivo, cuyo objetivo sería encontrar salidas técnicas a los problemas de deliberación política en las materias sociales.

4. Subcomisión de Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

Esta semana la subcomisión inició el estudio de las normas y enmiendas formuladas al Capítulo XIII de Protección del Medio Ambiente, Sostenibilidad y Desarrollo. Para nutrir el debate, la subcomisión escuchó las exposiciones de diversos expertos en materia ambiental. El ex ministro de Medio Ambiente, Marcelo Mena, destacó algunas enmiendas presentadas por el oficialismo relativas a la protección a la biodiversidad, democracia ambiental y reconocimiento del cambio climático. En tanto, el académico de regulación ambiental, Ezio Costa, consideró positiva la enmienda que eleva a nivel constitucional el Servicio de Evaluación Ambiental, y valoró la enmienda que crea una Defensoría de la Naturaleza, señalando que actualmente las víctimas no cuentan con organismos que velen por sus derechos.

Sin embargo, el experto en derecho ambiental Edesio Carrasco, y haciendo un contrapunto con los expositores anteriores, enfatizó que la actual institucionalidad ambiental ya cuenta con órganos que cumplen el rol de la Defensoría de la Naturaleza propuesta a través de enmiendas. Así, señaló que el Consejo de Defensa del Estado cumple ese rol respecto a acciones de daño ambiental, mientras que la Superintendencia de Medio Ambiente, cumple el rol de fiscalizar y sancionar en caso de incumplimiento, además del control judicial para paralizar total o parcialmente una actividad. Además, señaló que durante los últimos años ha habido grandes avances en materia ambiental y que la Constitución vigente no ha sido un cerrojo o impedimento para que el legislador otorgue más y mejor protección ambiental. Destacó así que Chile es el país con mejor desempeño ambiental en Latinoamérica (ranking Universidad de Yale y OCDE), superando a aquellas naciones cuyos textos constitucionales sirvieron de modelo para la elaboración de las normas ambientales de la propuesta rechazada de la Convención Constitucional.

Además, la subcomisión inició el debate de las normas y enmiendas presentadas al Capítulo II de Derechos Fundamentales, Garantías y Deberes Constitucionales, con el cual continuarán la próxima semana.

¿QUÉ ES LO QUE VIENE?

LAS SUBCOMISIONES CONTINUARÁN LA DISCUSIÓN EN PARTICULAR DEL TEXTO BASE Y LAS ENMIENDAS

Conforme a lo establecido en el Reglamento del Proceso Constitucional, cada una de las subcomisiones de la Comisión Experta deberá discutir las enmiendas presentadas en las áreas de su competencia, para luego proceder a su votación en el siguiente orden: primero las supresivas, luego las sustitutivas y finalmente las aditivas[17]. Una vez que se haya votado la totalidad de las enmiendas se entenderá que la subcomisión ha despachado el capítulo constitucional, debiendo remitirlo a través de un informe al Pleno de la Comisión Experta, en el que se procederá al debate y votación en particular de los artículos. En esta instancia se podrán renovar enmiendas si se cuenta con la firma de 8 comisionados[18].

En línea con lo anterior, las subcomisiones continuarán debatiendo sobre las diversas enmiendas presentadas, para luego comenzar a votar, lo que no está previsto que ocurra aún, sino que probablemente sea después de la elección de los integrantes del Consejo Constitucional.

Por último, mientras que para el Pleno está prevista la visita y exposición del presidente del Senado, Juan Antonio Coloma, para el martes 2 de mayo, las subcomisiones también recibirán a algunos actores. Así, por ejemplo, la Subcomisión sobre Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos recibirá a representantes del Ministerio Público y el Tribunal Constitucional para conocer su opinión acerca de las enmiendas propuestas en sus respectivos organismos.

[17] Para ser aprobadas deberán obtener el apoyo de 3/5 de los integrantes en ejercicio de la subcomisión, es decir, 4 votos favorables. Sólo excepcionalmente, con el acuerdo de 3/5 de los integrantes de la subcomisión, se podrán introducir nuevas enmiendas durante la votación, pero con la única finalidad de salvar posibles incoherencias o errores de estilo, o a fin de concordar una redacción que concite unidad de propósitos.

[18] Cabe recordar que la Comisión Experta tiene un plazo de tres meses desde su instalación para despachar el anteproyecto de nueva Constitución, el que vencerá el 6 de junio del presente año. Dicho anteproyecto será entregado al Consejo Constitucional, cuyos miembros serán elegidos por votación popular el domingo 7 de mayo.