



¿QUÉ DEBE DECIR LA NUEVA CONSTITUCIÓN? CONTENIDOS ESENCIALES (PARTE I)

FEBRERO 2022

SERIE
INFORME
LEGISLATIVO
66

AUTOR: LIBERTAD Y DESARROLLO

ISSN 0717-1544



AUTOR: LIBERTAD Y DESARROLLO



CONTENIDO

1. RESUMEN EJECUTIVO	4
2. ROL DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	5
3. RÉGIMEN DE GOBIERNO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN	8
4. PODER JUDICIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: ¿CÓMO ASEGURAR SU INDEPENDENCIA?	11
5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA NECESIDAD DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO	14
6. MINISTERIO PÚBLICO: QUÉ PROTEGER Y QUÉ EVITAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL	17
7. CONTRALORÍA: IMPORTANCIA Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN	19
8. BANCO CENTRAL AUTÓNOMO	22
9. DESCENTRALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN: IDEAS PARA EL DEBATE	24
10. FF:AA Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA	27

1. RESUMEN EJECUTIVO

La presente Serie Informe es parte del esfuerzo de Libertad y Desarrollo por aportar en la discusión constitucional con mínimos que pueden ayudar a guiar la redacción del texto constituyente.

Cada una de las secciones de este informe fue publicado como un Tema Público que se difundió ampliamente con la idea matriz “¿Qué debe decir la Constitución? Contenidos esenciales” y que más tarde incluso se plasmaron las ideas centrales en un breve video. Los temas elegidos distan de ser los únicos relevantes, sino sólo una selección de aquellos que parecen principales y que deberían ser parte de nuestro ordenamiento jurídico.

En cada apartado se comenta sobre lo que ya se encuentra en nuestra Constitución y que debería permanecer y en algunos casos, se hacen recomendaciones de lo que se podría modificar para modernizar, mejorar o precisar lo que dice actualmente nuestra Carta fundamental.

Se trata de 18 temas que se han dividido en dos Serie de Informe y que se han agrupado según temas de análisis. Esta primera aborda aquellos elementos que son esenciales a la forma de gobierno, rol del Estado y la participación que tiene el Poder Judicial en nuestro ordenamiento institucional. Además, se mencionan algunos elementos destacados sobre la forma que deben tomar algunos organismos autónomos constitucionales, como el Banco Central.

Este trabajo con mayores referencias, desarrollo y análisis sobre cada elemento en particular puede encontrarse en el apartado de nuestra web “Constitución en Chile. Aportes para el debate”, donde también están los Temas Públicos a los que aquí se hace mención, además de otros elementos para el análisis¹.

1. <https://lyd.org/centro-de-prensa/destacados/2019/11/constitucion-chile-aportes-para-el-debate/>

2. ROL DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Uno de los temas que es objeto de mayor debate en la discusión y redacción de la nueva Constitución es el rol que se asignará al Estado y a la sociedad civil. Si bien existe consenso sobre la primacía de la persona humana y sus derechos, no lo hay respecto al rol del Estado.

Cuando se formula la pregunta sobre cuál debería ser el rol del Estado a ser consagrado eventualmente en la Constitución, las primeras respuestas que surgen son las de un Estado subsidiario y, en contraposición, la de un Estado social de derechos. Por su parte, hay académicos que plantean que la Constitución no debiera jugarse por opción alguna en este sentido, sino que más bien debería ser neutra en esta materia, dejando la resolución del rol del Estado a la democracia y sus decisiones adoptadas por las mayorías correspondientes. A su turno, otros académicos promueven incorporar una mención expresa al Estado subsidiario y solidario de forma tal de compensar adecuadamente la faceta de no intervención estatal con la faceta de intervención, esto es, las dos fases del principio de subsidiariedad.

Justificado en la libertad responsable, el principio de subsidiariedad asigna a las personas, familias y socieda-

des intermedias la primera responsabilidad en la realización de sus funciones, no debiendo atribuirse el Estado aquellos derechos que competen a la persona y la sociedad civil. Así, el Estado debe ser deferente con la acción de las personas y los cuerpos intermedios que éstas forman, interviniendo sólo cuando no pueden hacerlo o, haciéndolo, no lo logran de un modo adecuado. Esto es lo que se conoce como la dimensión o faz negativa de la subsidiariedad, en virtud de la cual el Estado debe reconocer y proteger la libertad de las personas y su autonomía, así como la de los grupos intermedios, a fin de que satisfagan primeramente sus propias necesidades y cumplan con sus fines específicos. Pero el principio de subsidiariedad no se agota en la faz negativa, sino que tiene, desde su conceptualización, una dimensión positiva que obliga al Estado a emprender acciones en pro del bien común para propender a la mayor realización espiritual y material posible de las personas, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, cuando los particulares no pueden realizarlas o las realizan de modo deficiente. El bien común explica esta dimensión de la subsidiariedad.

Por otra parte, la cláusula de Estado social de derechos,

que es común en las constituciones europeas y que se encuentra vinculada a los llamados “Estados de Bienestar”, exige una mayor intervención del Estado en áreas como la educación, salud u otras materias vinculadas. Según algunos autores partidarios de esta cláusula, “la idea del Estado social consagra el principio fundamental de que el Estado no puede dejar en desamparo a quienes se encuentran excluidos por motivos sociales, culturales y económicos, ni marginarlos del desarrollo y la modernidad”.

La diferencia entre el principio de subsidiariedad y lo que se conoce como Estado Benefactor es el énfasis en la acción del Estado. Bajo el principio de subsidiariedad, el énfasis es cualitativo en el sentido que la acción del Estado debe estar orientada a retirarse prontamente tras la intervención. Es decir, es una intervención necesariamente concebida en su origen como transitoria y que aspira a no ser permanente.

Desde la perspectiva de la sociedad libre y del respeto de las libertades y de la dignidad de la persona, a nuestro juicio resulta fundamental que la Carta Magna reconozca a la persona como el centro de la sociedad y, como una prolongación de la persona, a los cuerpos intermedios que ésta forma, la que se erige no sólo para la satisfacción de las necesidades individuales o propias de las comunidades en cuestión, sino que también participa en la solución de los problemas públicos. Hoy el sector privado está llamado a participar en la provisión de bienes públicos y el Estado no sólo debe abstenerse de limitar esta iniciativa, sino que debería promoverla a fin de dar debido cumplimiento al principio de servicialidad del Estado.

¿CÓMO SE REGULA EL ROL DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

Son dos las normas que resultan fundamentales para entender cómo se regula el rol del Estado y de la sociedad civil en la actual Constitución.

1. Autonomía de los cuerpos intermedios y el Estado al servicio de las personas

El artículo primero constituye un principio inspirador para el resto de las disposiciones de la Constitución y del ordenamiento jurídico general. En esta norma, además de reconocerse que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se consagra la autonomía de los cuerpos intermedios y el deber del Estado de garantizar y respetar su adecuada autonomía y se establece expresamente que el Estado está al servicio de las personas.

Es de tal relevancia el valor de la autonomía de los cuerpos intermedios que la propia Constitución contempla una sanción para el caso que estos y sus dirigentes hagan mal uso de ella, interviniendo indebidamente en actividades ajenas a sus fines específicos (artículo 23).

Por otra parte, los incisos cuarto y quinto de dicho artículo se refieren al rol del Estado, estableciendo que está al servicio de la persona, su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece; y que es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades.

2. Rol del Estado y de la sociedad civil en la satisfacción de derechos fundamentales

Además del artículo primero ya descrito, el artículo 19 consagra el catálogo de derechos y deberes fundamentales. Entre otras materias de la mayor relevancia, este artículo y sus énfasis resultan trascendenta-

les para entender el rol que le cabe al Estado y a la sociedad civil en lo que dice relación con la provisión de bienes y servicios públicos cuando se refiere a los derechos prestacionales o sociales y en la satisfacción de los mismos.

En lo que respecta a los denominados derechos sociales, en la actual Constitución se reconoce que las prestaciones pueden ser efectuadas tanto por instituciones públicas, como privadas y que el Estado cumple un rol muy importante como garante de las prestaciones.

Finalmente, otra norma fundamental y que se refiere al rol del Estado en materia empresarial, es el artículo 19 N°21 que consagra la libertad de emprendimiento.

¿CÓMO CONSAGRAR EL ROL DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN?

Desde la perspectiva de una sociedad libre, la nueva Constitución debería reconocer que las personas y la sociedad civil son las protagonistas de sus vidas, prove-

yendo un marco para que la libre interacción entre las personas lleve a una sociedad justa, donde se valore el aporte individual. Ello no implica desconocer el rol que le cabe al Estado, especialmente en lo que se refiere a la provisión de bienes públicos y a la política social respecto de quienes no pueden satisfacer sus necesidades por sus propios medios.

También se observa la urgente necesidad de potenciar y concretar el principio de servicialidad del Estado.

Un Estado moderno podría reflejarse en la nueva Constitución, mediante la consagración de los principios de eficacia y eficiencia del Estado. En ese sentido, es indispensable avanzar hacia un Estado que sea capaz de prestar sus servicios de forma eficiente y ágil, que se acerque a la ciudadanía, eliminando la burocracia y obstáculos innecesarios, llegando con soluciones a tiempo.

Por último, se observa que es indispensable potenciar el rol de la sociedad civil en generar soluciones eficientes y urgentes. Para ello es necesario que el Estado promueva este tipo de colaboraciones y que la sociedad civil sea parte de la solución de los problemas de interés público.

3. RÉGIMEN DE GOBIERNO EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

La discusión sobre el sistema y régimen de gobierno será de aquellas esenciales en la elaboración de una nueva Constitución, pues en los últimos años han sido abundantes las críticas que diversos académicos han efectuado al régimen presidencial chileno. Se habla de un hiperpresidencialismo y de que debemos transitar hacia otros regímenes de gobierno, como el parlamentarismo o el sistema semipresidencial. La cuestión del régimen de gobierno no debe analizarse de manera aislada, sino considerando los diversos elementos del sistema de gobierno, en su conjunto, atendiendo asimismo a las tradiciones políticas arraigadas en la población chilena.

El sistema de gobierno debiera aspirar a cumplir con diversos objetivos, entre los que se encuentran: (i) la debida división de los poderes del Estado, en resguardo de los derechos y libertades, contemplando sistemas de controles, pesos y contrapesos, para que los poderes públicos se orienten en todo momento al bien común y al servicio de las personas; (ii) altos niveles de gobernabilidad, lo que supone, entre otros, una dinámica colaborativa entre el Poder Ejecutivo y Legislativo; (iii) niveles razonables de representatividad; (iv) contener reglas e instrumentos claros, capaces de orientar y resolver adecuada y eficazmente los problemas que puedan

presentarse entre los poderes públicos; (v) el proveer un ambiente de estabilidad, propicio para el progreso de las naciones y el bienestar consecuente de su población; (vi) brindar espacios de participación ciudadana, funcionales a la democracia representativa; (vii) que se dé una competencia funcional y coherente entre agentes anclas del poder estatal, a fin de que exista un equilibrio que evite una dominación de una de las funciones sobre el resto; y (viii) que sea comprendido por una mayoría de la población, a fin de evitar problemas de legitimidad durante el proceso de ajuste institucional.

Al observar el sistema político chileno, y en particular en lo que se refiere a la relación **Ejecutivo-Legislativo**, se advierte que hay escasos mecanismos e incentivos que faciliten la colaboración política entre el Gobierno y el Congreso. Este problema se acentúa cuando hay gobiernos con minorías parlamentarias. En esta relación Ejecutivo-Legislativo se observa que existe un desequilibrio importante en términos de las capacidades respectivas para enfrentar los debates legislativos. El Congreso no cuenta con una estructura organizacional que lo apoye para tomar decisiones complejas. No es que esté llamado, necesariamente, a tomarlas, pero sí está llamado, en un régimen presidencial, a hacer de un contrapeso efec-

tivo al Poder Ejecutivo. No obstante, este desbalance se aprecia tanto en regímenes presidenciales, como en otros regímenes, parlamentarios o semi presidenciales.

En materia de sistema electoral, y junto con la búsqueda de niveles razonables de representatividad, éste también debe contribuir a brindar estabilidad y gobernabilidad, y a generar una relación mayormente cooperativa entre el Ejecutivo y el Parlamento. Al respecto, se observa que el sistema electoral actual no está contribuyendo -al menos no en una dinámica con altos niveles de polarización- a generar una relación colaborativa. Se han atomizado las distintas fuerzas políticas al interior del Congreso, lo que hace más complejo a cualquier Gobierno lograr y alcanzar acuerdos. Las dificultades son evidentes cuando hay gobiernos con minorías parlamentarias, pero también cuando se tienen mayorías inestables en el parlamento. Por su parte, se advierte que la representación proporcional no ha sido un estimulante para mejorar la calidad del debate parlamentario.

Respecto del **sistema de partidos chileno**, se constata el fenómeno del multipartidismo. Tras las últimas modificaciones legales, además, se aprecia cómo germinan diversos partidos políticos sin un anclaje ideológico. La experiencia nos muestra que el debilitamiento y desprestigio de los partidos políticos es peligroso para una democracia. Así, no cabe duda de que nuestro sistema político, considerado en su conjunto, requiere de importantes ajustes, pero de sus falencias no se colige necesariamente que debamos reemplazar el régimen de gobierno presidencial.

REGÍMENES DE GOBIERNO: PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS

A los regímenes presidenciales se les suele asociar con una mayor rigidez por la duración fija y preestablecida del mandato. En el presidencialismo hay dos poderes que se originan directamente por la ciudadanía, de manera independiente: el del Presidente y el del Congreso.

Cuando ellos colisionan se socava la gobernabilidad y la estabilidad. Estas críticas al presidencialismo constituyen, en buena medida, el fundamento de quienes promueven en Chile el parlamentarismo o el régimen semi presidencial, pues estos regímenes permitirían una mayor flexibilidad y la conformación de mayorías gobernantes (al disponer mecanismos de salida como son el voto de censura y la disolución del Parlamento).

A los regímenes parlamentarios y semi presidenciales se les asocia con mayor flexibilidad, ya que el Jefe de Gobierno puede nombrarse y destituirse por el Parlamento, según las circunstancias requieran de una u otra persona; y aquel puede disolver el Parlamento. Estas herramientas proporcionan una solución rápida a los bloqueos.

Ahora, ello no quiere decir que los bloqueos no ocurran en los sistemas parlamentarios o semi presidenciales, sólo que se dan de un modo diverso. Prueba de ello son las múltiples elecciones de gobernante que pueden tener lugar, en pocos años, cuando no hay mayorías estables, y en la duración de los gobiernos, que puede ser muy breve. Así, los problemas de los gobiernos de minoría, que inquietan en un régimen presidencial, no desaparecen en el parlamentarismo ni en el semi presidencialismo.

Respecto del multipartidismo, cabe hacer presente que éste representa un problema para cualquier régimen de gobierno. Lo que evidencia es que se requiere de partidos disciplinados y dependientes entre sí para formar Gobierno. Por cierto, en el parlamentarismo, la facultad de disolver el Parlamento -que tiene el Primer Ministro- es un factor disciplinante.

Sobre la cuestión de la elección directa del gobernante, en Chile quien gobierna es directamente elegido por el pueblo, es su representante directo. En los regímenes parlamentarios y semipresidenciales, el Jefe de Gobierno es elegido por el Parlamento y es un agente del Parla-

mento. En el Chile actual, en que se demanda una participación más directa de los ciudadanos en la política y considerando nuestra tradición en la materia, resultaría difícil concebir que los ciudadanos quieran traspasar la facultad de elegir al gobernante a la elite política del Parlamento. La cuestión podría traducirse en conflictos de representación importantes.

Finalmente, en el régimen semipresidencial, y más allá de los problemas que comparte con el parlamentarismo -antes expuestos-, se da otro adicional que es el de la cohabitación. Éste consiste en que la mayoría parlamentaria le impone al Presidente de la República -que no gobierna y que es electo popularmente- un Jefe de Gobierno de una ideología política distinta a la de éste. Así, el agente del pueblo (Presidente) y del Parlamento (Jefe de Gobierno) entran en pugna.

Desde nuestra perspectiva, los problemas del presidencialismo no son endógenos a esta forma de Gobierno, sino que están determinados por las condiciones de entorno sociopolítico que en él inciden.

En este sentido, en materia de sistema electoral, debemos apuntar hacia un sistema con una menor fragmentación de las fuerzas políticas y con un comportamiento más centrífugo, que moldee grandes mayorías, propicie mayor eficacia gubernamental, estimule la competitividad en los comicios y favorezca la identificabilidad del vínculo representante-elector a nivel de distritos. Introducir un componente mayoritario para la elección de los parlamentarios o al menos para una parte del Parlamento, o efectuar cambios al sistema de representación proporcional de manera que podamos contar con representantes más cercanos a la población, y con barreras más altas de permanencia en los partidos y para ser electos, podrían ser opciones a considerar. El momento de la elección del Parlamento es otra cuestión a revisar.

Junto con el cambio en el sistema electoral para la elec-

ción de los parlamentarios, podría explorarse la posibilidad de que esa elección se produzca en la segunda vuelta presidencial y contemplar asimismo una elección de medio término del Congreso, como existe en otras naciones. Por su parte, la introducción de la figura de los ministros parlamentarios, es decir parlamentarios que pasan al gabinete sin perder su calidad de parlamentarios, es otra variable a considerar. Asimismo, consideramos que debe fortalecerse la asesoría parlamentaria mediante la creación de una oficina especial o unidad en el Congreso Nacional, profesional y técnica, dedicada a asesorar al Parlamento sobre todo en aquellas materias en las que hoy vemos las falencias más grandes, como ocurre con el análisis de iniciativas que tienen costo fiscal, con la Ley de Presupuestos y aquellas que tienen impacto regulatorio económico.

En materia del sistema de partidos, se estima necesario elevar los requisitos para conformar partidos políticos, para que estos sean efectivamente plataformas representativas nacionales, y puedan articular las bases programáticas de mejor manera. Asimismo, deben mejorar su democracia interna, los sistemas de rendición de cuentas y de *accountability* de cara a la ciudadanía.

Por cierto, la cuestión del régimen de gobierno y el buen funcionamiento de la democracia también nos demanda a reflexionar sobre cómo dar mayor cabida a la participación ciudadana.

Finalmente, cabe recordar nuevamente que en las reformas que se impulsen en la materia no deben debilitarse los controles y contrapesos que se ejercen tanto sobre el Poder Ejecutivo, como el Legislativo. Tales controles, como el bicameralismo, el Banco Central autónomo, la justicia constitucional, la Contraloría General de la República, entre otros, importan un resguardo muy relevante de nuestras libertades y derechos siendo, asimismo, un control a los líderes carismáticos y al populismo.

4. PODER JUDICIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN: ¿CÓMO ASEGURAR SU INDEPENDENCIA?

No puede exagerarse la importancia de la independencia judicial para la salud de la democracia y el Estado de Derecho. La independencia judicial permite que se cumplan dos fines: la imparcialidad del juzgador y el límite a los abusos del poder.

El juez no es independiente en el vacío, sino que respecto de algo o de alguien. Por esto, se dice que la independencia judicial tiene dos caras: se entiende que el juez es independiente del poder político, es decir, el Presidente de la República y los parlamentarios. Esta forma de independencia se denomina independencia externa, porque blinda a los jueces de las influencias externas al Poder Judicial. Por otra parte, un juez podría recibir presiones de parte de sus superiores jerárquicos, de las organizaciones gremiales a las que pertenece o de sus pares. A esta cara se la denomina independencia interna o independencia del juez.

Los principales principios y mecanismos institucionales que aseguran la independencia externa del Poder Judicial son:

a) Principio de separación de poderes: mientras más dividido se encuentre el poder estatal, más

fácil será preservar la independencia de los jueces.

b) Estructura del Poder Judicial: la Constitución estatuye a los tribunales de justicia como un poder del Estado, asegurando su protección frente al Ejecutivo y el Legislativo, por lo que la nueva Carta Magna no debe debilitar su estructura.

c) Obligatoriedad de las decisiones judiciales: en su artículo 76, la Constitución reconoce a los tribunales la facultad de hacer ejecutar lo juzgado, impartiendo órdenes directas a la fuerza pública. A esto se le llama facultad de imperio y es central a la idea de la justicia.

d) Prohibición a los poderes políticos de revisar el contenido de los fallos: el mismo artículo 76 de la Constitución establece la exclusividad de la función judicial, que está en el corazón de la independencia judicial. Sin embargo, es interesante que la Constitución actual no establece una norma simétrica, impidiendo a los tribunales invadir las atribuciones de los poderes políticos. Aunque se trata de un asunto controvertido, es claro que, cada día más, los jueces toman decisiones que suponen desconocer

el texto de la ley o que se inmiscuyen en las atribuciones del Poder Ejecutivo. Sería importante que, al menos en principio, la nueva Constitución estableciera el respeto a las atribuciones de las autoridades políticas como un criterio de juicio.

e) Inamovilidad de los jueces: el artículo 80 de la Constitución señala que los jueces son inamovibles mientras dure su buen comportamiento.

LA ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL POR NOTABLE ABANDONO DE DEBERES

Incluso un poder tan protegido como el Poder Judicial debe someterse al control de los otros poderes del Estado.

Uno de estos controles es la facultad de los miembros del Congreso de acusar constitucionalmente a los miembros de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de deberes”.

La Constitución no establece qué es el “notable abandono de deberes”, lo cual ha sido suplido por la tradición del Congreso Nacional, que ha ejercido la atribución procurando no revisar el contenido de los fallos. Por el abuso de la acusación constitucional contra los ministros de los tribunales superiores de justicia, sería un avance que la Convención Constituyente precisara el concepto de notable abandono de deberes, recogiendo elementos de la propia tradición del Congreso.

LA INDEPENDENCIA INTERNA

La cara interna de la independencia judicial, también llamada independencia del juez, tiene que ver con las presiones gremiales e institucionales que reciben los jueces al interior del poder Judicial. Se trata de un asunto de importancia vital, pues incide en la administración de los recursos del Poder Judicial, en el sistema de nom-

bramientos y en el sistema disciplinario, entre otros. El desafío del órgano constituyente está en diseñar un régimen que conjugue la debida indemnidad a los jueces frente a las presiones tanto de sus superiores, como de sus pares, pero que al mismo tiempo, asegure un estándar profesional y de probidad exigente.

La concentración de las instancias decisivas del sistema de nombramientos en manos de los tribunales superiores de justicia y la debilidad del sistema disciplinario, ha devenido en prácticas muy cuestionables, como el criticado “besamanos” y la confusión del sistema de nombramientos con el sistema disciplinario. De aquí que muchos académicos y la propia Asociación de Magistrados haya propuesto la creación de un Consejo de la Magistratura, órgano externo al Poder Judicial, que reúne sus funciones de gobierno, presupuestarias, disciplinarias y de nominación, que son sustraídas de la Corte Suprema, la cual queda a la cabeza del Poder Judicial únicamente en materia jurisdiccional. Pueden ser integrados por jueces, por políticos, o bien por una combinación de ambos. El problema reside en la concentración de un enorme poder en una sola organización, que resulta más fácil de controlar que la Corte Suprema. A esto se suman los cuestionamientos a la verdadera utilidad de reemplazar un sistema concentrado en la jerarquía del Poder Judicial, por otro sistema igualmente concentrado en un órgano externo.

Una solución intermedia, y que vale la pena investigar, es la creación de soluciones *ad hoc* para cada problema institucional, lo cual incluye la posibilidad de crear consejos independientes para materias específicas.

a. Nombramientos: en términos generales, nuestro sistema de nombramiento puede ser caracterizado como uno de carrera judicial, nuestros jueces comienzan como jueces de letras, luego son nombrados ministros de alguna corte de apelaciones y finalmente, pueden llegar a conformar la Corte Suprema.

Si se establece un Consejo de Nombramientos, éste debe quedar consagrado en el texto constitucional, cuidando especialmente que su integración refleje la finalidad de propender hacia un sistema de nombramientos basado en el mérito y que evite el riesgo de la politización.

b. Sistema disciplinario: es uno de los aspectos más deficitarios del funcionamiento del Poder Judi-

cial. La actual Constitución establece la responsabilidad de los jueces por la comisión de irregularidades e ilícitos en el ejercicio de sus funciones, pero es bastante escueta en el modo en que se hace valer dicha responsabilidad. Atendida la relevancia de la materia para el fortalecimiento de la independencia judicial, sería recomendable que precisara en términos generales las exigencias mínimas del sistema disciplinario de los jueces.

5. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA NECESIDAD DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Probablemente ninguna institución del actual régimen institucional se encuentra más cuestionada que el Tribunal Constitucional. Se le acusa de ser una “tercera cámara”, cuya función sería la de “aumentar el poder de la derecha, para lograr que lo que ella perdía en las dos primeras cámaras, lo ganara por secretaría en la tercera” o de constituir el último cerrojo autoritario para “neutralizar la agencia política del pueblo”. Esto, a pesar de que los partidos de centroizquierda han acudido al órgano tantas o más veces que los de centroderecha. Consecuentemente, muchos convencionales han propuesto su eliminación, o bien, una restricción dramática de sus facultades.

Lo cierto es que la existencia de un Tribunal Constitucional no es una anomalía del modelo chileno y sus facultades tampoco difieren radicalmente de las que poseen los tribunales constitucionales de otros países.

Esto no significa que nuestro Tribunal Constitucional no adolezca de importantes problemas de diseño y que, por otro lado, algunas de las críticas que se le dirigen carezcan de todo sustento.

¿Significa esto que el Tribunal Constitucional debe ser eliminado de la nueva Constitución? En lo absoluto. El

naciente régimen institucional no puede prescindir de un guardián que haga valer sus normas, que proteja las garantías y derechos constitucionales consagrados en el nuevo texto y que resuelva los conflictos de competencia que surjan entre las instituciones y autoridades políticas del país. De aquí que lo razonable sea atender a los problemas que se detectan en el diseño y funcionamiento del Tribunal Constitucional e intentar resolverlos, pero no prescindir de la institución.

Parece un contrasentido establecer una nueva Constitución y, simultáneamente, privarla de un guardián que la haga valer.

Ahora bien, ¿por qué es necesario que exista un Tribunal Constitucional y no se entrega esta facultad a los jueces ordinarios o la Corte Suprema? Al respecto, es importante recordar que en el mundo existen dos sistemas de control de constitucionalidad. Por una parte, encontramos los sistemas difusos -como Estados Unidos o Argentina- en que el control de constitucionalidad se entrega a todos los jueces en general, aunque con cierta preeminencia de la Corte Suprema. Por otra parte, los sistemas de control concentrado confían la tarea de ejercer el control de constitucionalidad a un tribunal especial, denominado Corte o Tribunal Constitucional. En

derecho comparado, este es el sistema mayoritario y es el prevalente en Europa continental, en América Latina y en nuestro país.

Esto permite mantener separada la lógica jurídica bajo la que opera el juez ordinario y el juez constitucional. Mientras que el primer juez aplica normas a hechos, el segundo contrasta las normas con la Constitución, en abstracto. Esta manera abstracta de razonar es más cercana a la lógica legislativa, con la diferencia de que el Tribunal Constitucional opera como un legislador negativo.

Sin duda, las atribuciones más polémicas del Tribunal Constitucional dicen relación con el control preventivo de constitucionalidad. En concreto, el numeral 1 del artículo 93 de la actual Constitución establece un control obligatorio sobre las leyes interpretativas de la Constitución, las leyes orgánicas constitucionales y los tratados internacionales. Por su parte, el numeral 3 de dicha disposición establece un control facultativo, autorizando al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio.

Ha sido esta atribución la que ha valido al Tribunal Constitucional el apodo de “tercera cámara”. Más bien, se trata de un contrapeso al poder de la mayoría parlamentaria o de la injerencia del Poder Ejecutivo como legislador.

Si bien el debate en torno al control preventivo de constitucionalidad suele concentrar la atención de la opinión pública, la mayor carga de trabajo del Tribunal Constitucional corresponde a sus facultades de control represivo, es decir, aquellas que permiten revisar la constitucionalidad de las leyes una vez que ya han entrado a regir, por medio de las acciones de inaplicabilidad o inconstitucionalidad (art. 93 N° 6 y 7° de la Constitución,

respectivamente). Si la Convención Constitucional limita o elimina el control preventivo, lo más probable es que aumente la cantidad y relevancia de asuntos que el Tribunal Constitucional reconoce por vía de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad.

Por ello, es imperioso avocarse a los problemas que hoy presentan las facultades de control represivo, muchos de los cuales han provocado conflictos con la justicia ordinaria, particularmente con la Corte Suprema. A continuación, se enumeran algunos de ellos:

a. Ámbitos de atribución del Tribunal Constitucional y la justicia ordinaria:

se debe fortalecer el carácter concentrado del control de constitucionalidad, evitando que la justicia ordinaria declare la derogación de preceptos inconstitucionales. Asimismo, es importante que la acción de inaplicabilidad no se convierta en un recurso procesal por el cual el Tribunal Constitucional controle la interpretación de la ley que realiza la justicia ordinaria, so pretexto de ejercer el control de constitucionalidad.

b. Ineficacia de las sentencias de inaplicabilidad:

se debe establecer el deber del juez de referirse en su sentencia a la decisión del Tribunal Constitucional.

c. Retraso en la tramitación de las inaplicabilidades:

puede que el alto quorum de la acción de inconstitucionalidad esté produciendo un atochamiento de causas por inaplicabilidad de preceptos que deberían haber sido declarados inconstitucionales.

d. Inseguridad jurídica:

para acoger una acción de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional requiere un quorum de 4/5. Esto resulta muy difícil de alcanzar. Parece del todo razonable reducir el referido quorum a mayoría absoluta o, al menos, a una proporción del pleno que sea posible alcanzar.

Junto con asegurar la legitimidad democrática de los ministros del Tribunal Constitucional, es importante resguardar su independencia respecto de los poderes políticos y su alta idoneidad técnica. De aquí que sea fundamental no entregar al Congreso Nacional la facultad de acusar constitucionalmente a los ministros del Tribunal, puesto que ello haría ilusoria su autonomía constitucional. Convendría elevar los estándares de ingreso, avanzando hacia un Tribunal Constitucional que dé garantías de mayores calificaciones técnicas. Al respecto, podría considerarse que todos los postulantes a integrar el tribunal, y más allá de los poderes públicos llamados a efectuar el nombramiento, se sometan a sistemas de precalificación orientados a velar por que se cumplan los requisitos de idoneidad y experiencia requeridos y que podría contemplar concursos públicos y otros filtros de mérito.

Adicionalmente, cabe preguntarse si conviene modificar también el aspecto político del actual sistema de

nombramientos. La reforma constitucional de 2005 entregó al Presidente de la República la facultad de nombrar tres ministros del Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema la facultad de nombrar otros tres, y al Senado y la Cámara de Diputados de nombrar dos ministros cada una. Si bien la inmensa mayoría de los países siguen modelos similares al nuestro, no hay objeciones de principios para un sistema análogo al nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, con participación de los tres poderes del Estado en cada nombramiento. Es un asunto que deberá analizarse y discutirse en su mérito.

Como se puede ver, se trata de cuestiones de diseño completamente perfectibles y que no ameritan, en lo absoluto, la eliminación del Tribunal Constitucional. Al contrario, la salud de la democracia depende, en buena medida, de que sobreviva un guardián de las reglas y del respeto de los derechos y libertades que hacen posible el juego democrático.

6. MINISTERIO PÚBLICO: QUÉ PROTEGER Y QUÉ EVITAR EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL

El Ministerio Público nace en la década de los 90, a raíz de la Reforma Procesal Penal. El año 1997 se dictó la Ley N°19.519 que introdujo en la Constitución la figura del Ministerio Público, organismo autónomo y cuyo principal mandato es dirigir la investigación y ejercer -de ser necesario- la acción penal. Al mismo tiempo, la creación del Ministerio Público gatilló importantes reformas legales: primero, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (1999) y el Código Procesal Penal (2000).

Por tanto, la historia de la creación del Ministerio Público nos muestra el rol que ocupa en nuestra institucionalidad, a saber: asegurar -en lo posible- una persecución penal racional que dé garantías del cumplimiento del principio básico de igualdad de todo ciudadano ante la ley.

Son tres los elementos centrales que regula la actual Constitución: el principio de autonomía del Ministerio Público y sus atribuciones, los mecanismos de nombramiento y el sistema de responsabilidad política.

1. Autonomía y atribuciones del Ministerio Público. Lo primero que consagra la Constitución es la *autonomía* del Ministerio Público y su estruc-

tura *jerárquica*. Luego establece tres atribuciones: 1) dirigir la investigación de los delitos, 2) ejercer la acción penal pública y 3) tomar medidas de protección a las víctimas y testigos. Lo que nos interesa destacar es la estrecha relación entre la autonomía del Ministerio Público y sus dos primeras atribuciones. En efecto, su independencia es un requisito necesario -aunque no suficiente- para una persecución penal objetiva. Al mismo tiempo, su estructura jerárquica coopera a uniformar la actuación de los fiscales bajo criterios comunes y, con ello, disminuir márgenes de arbitrariedad. Por tanto, en el futuro proyecto de Constitución es fundamental conservar estos dos principios: la autonomía y la jerarquía.

Es importante pensar propuestas que aumenten el control ciudadano y participación técnica de la sociedad civil en la elaboración y ejercicio de la política criminal, es decir, las reglas que el Ministerio Público establece para regular sus facultades discrecionales en la investigación y ejercicio de la acción penal.

2. Nombramiento de los fiscales. Los artículos 85, 86 y 88 la Constitución regulan los mecanismos de nombramiento del Fiscal Nacional, fiscales re-

gionales y fiscales adjuntos. El sistema de nombramientos puede ser un factor muy influyente en la autonomía. En consecuencia, el futuro sistema de nombramientos debe prevenir, lo más posible, la captación política de los fiscales o de intereses ajenos a una política criminal imparcial. En ese sentido, el fiscal debe responder a una persecución objetiva de los delitos, en vez de a determinadas agendas personales, políticas o grupos de presión.

También se ha criticado el actual sistema de nombramientos, en especial, el del Fiscal Nacional donde participa el Poder Judicial, el Ejecutivo y el Congreso. Se ha razonado que este mecanismo no asegura la calidad técnica y el mérito, más bien que los intereses políticos son muy gravitantes en la designación. Por esta razón, se ha propuesto por ejemplo, que el nombramiento dependa de una comisión técnica especializada. También se ha planteado elevar a rango constitucional que la conformación de la quina sea un proceso competitivo, abierto, transparente y que asegure el mérito.

3. Responsabilidad política de los fiscales. La actual Constitución establece que la remoción puede ser solicitada por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados o diez de sus miembros. Las causales para solicitarla son tres: incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Por último, el organismo encargado de decidir es la Corte Suprema y la remoción requiere, al menos, el voto favorable de la mayoría de los ministros en ejercicio.

Si bien se ha criticado que sea la Corte Suprema quien decida la remoción, en los hechos ha demostrado imparcialidad.

El proyecto de nueva Constitución debe evitar toda propuesta que atente contra la independencia del Ministerio Público, tales como elección popular de los fiscales o que el Congreso pueda decidir la remoción de estos. En ese sentido, los convencionales deben poner especial atención en el sistema de nombramientos, los mecanismos de responsabilidad política y, por último, en equilibrar la autonomía con un debido control ciudadano que refuerce la legitimidad democrática de los fiscales.

7. CONTRALORÍA: IMPORTANCIA Y PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

La Contraloría General de la República -órgano de rango constitucional autónomo en la actual Constitución- detenta una función crucial para el derecho constitucional moderno, especialmente en el control del actuar de la Administración del Estado frente al ciudadano. En concreto, realiza la función esencial de ejercer el control administrativo externo, para la juridicidad de los actos de la Administración, y de fiscalizar y examinar las finanzas del Estado. Sin responsabilidad y control, no cabe hablar de Estado Constitucional de Derecho.

Conforme señala el artículo 98 de la Constitución, la Contraloría ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva.

Adicionalmente, otras disposiciones constitucionales aluden a otras funciones de la Contraloría. Así, en materia de Ley de Presupuestos, cuando el Congreso Nacional apruebe una ley que signifique un nuevo gasto, si la fuente de los recursos para el nuevo gasto resulta

insuficiente, el Presidente de la República deberá reducir proporcionalmente todos los gastos de la Ley de Presupuestos. Para ello, la Contraloría deberá refrendar o corroborar la insuficiencia de la fuente de los recursos (art. 67 CPR). Por otra parte, el Contralor General de la República integra el Consejo de Seguridad Nacional (art. 106 CPR).

Por su parte, otras funciones de la Contraloría las encontramos en la LOC de la Contraloría como, por ejemplo, la potestad de dictamen e interpretación vinculante sobre la normativa relativa al Estatuto Administrativo y el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización (art. 6 Ley N° 10.336).

El Contralor General es designado por el Presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por 3/5 de los senadores en ejercicio, se mantiene en su cargo durante 8 años y no puede ser designado para el período siguiente. El Contralor cesa en el cargo al cumplir 75 años de edad, al ser destituido por notable abandono de deberes, por el Congreso Nacional mediante la acusación constitucional correspondiente (art. 52, N°2, letra c) y también se contempló, en las últimas reformas constitucionales, que cesaría en el cargo al declarar su candidatura a convencional constituyente (art. 132).

PROPUESTAS PARA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

De cara al debate constitucional, es fundamental que se mantenga a la Contraloría General de la República como un organismo autónomo constitucional debido al rol crucial que cumple al ejercer un contrapeso a las labores y poder de la Administración del Estado. El control cruzado de los diversos poderes del Estado constituye una protección a nuestras libertades y derechos del abuso de poder en que puedan incurrir. Lo anterior no obsta a que estimemos que la regulación constitucional de la Contraloría deba modernizarse, con el fin de aumentar su eficacia al velar por el buen uso de los recursos públicos, combatir la corrupción y, erigirse en pieza clave para restablecer la confianza de los ciudadanos respecto de cuestiones relativas a la legalidad, eficiencia y buen trato que el Estado debe dar a las personas.

Una propuesta elaborada por el Consejo Permanente para la Modernización del Estado y que ha sido recogida en parte por otras propuestas constitucionales en la materia, y que nos parece atendible, dice relación con establecer un gobierno corporativo distinto para la Contraloría, abandonando así el rol unipersonal del Contralor General y eliminando consecuentemente la figura del Subcontralor. En esta propuesta la dirección y administración superior de la Contraloría estaría a cargo de un Consejo constituido por cinco miembros, designados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado. El objetivo es ampliar a los titulares y responsables de la dirección y control, destacando la documentada importancia de “la inteligencia colectiva para la gobernanza de sistemas complejos”.

Respecto a la composición del Consejo, existen propuestas diversas. Algunas de ellas estiman que debido a la relevancia de la tarea jurídica que cumple esta institución, los cinco consejeros debieran ser abogados. Además, se plantea que el requisito de experiencia debiera incrementarse a al menos 15 años de título de

abogado, junto a las demás calidades para ejercer el derecho a sufragio. Esto, para alinear la regulación con aquella dispuesta para la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. En otros casos, como el de la propuesta del Consejo Permanente para la Modernización del Estado, se plantea que puedan designarse como consejeros a profesionales provenientes de la Administración Pública, Auditoría/Contabilidad, Políticas Públicas y Gestión. En cualquier caso, lo importante es que sean profesionales altamente calificados debido al relevante rol que cumple la Contraloría, cuestión que debe ser exigida expresamente.

Respecto al mecanismo de designación, y sin perjuicio de mantenerlo, podría considerarse que se aumentara a 2/3 el quorum de los miembros en ejercicio del Senado que han de ratificar la propuesta del Presidente de la República (debido a la importancia de los cargos en cuestión). Esta propuesta busca aumentar el nivel de consenso en la figura técnica de los consejeros a ser designados.

Por su parte, ciertas normas hoy contempladas en la LOC de la Contraloría podrían elevarse a nivel constitucional. Entre ellas, la prohibición de inmiscuirse en el mérito, oportunidad y conveniencia de la decisión contenida en el acto o resolución emanado del órgano sometido a control, contemplada actualmente en el artículo 21 letra b) de la LOC de la Contraloría.

Asimismo, y para dar claridad sobre el objeto del control administrativo de la Contraloría, también podría considerarse que las decisiones alcaldías queden expresamente bajo el control de esta institución.

Por otra parte, resulta fundamental que la jurisdicción de cuentas, hoy radicada al interior de la Contraloría en doble instancia, pase a un nuevo Tribunal de Cuentas, constituido por un juez de cuentas de primera instancia, unipersonal, autónomo e independiente, que tenga competencia exclusiva y excluyente sobre

reclamos y materias referentes a la determinación de la responsabilidad civil que surja del examen de las cuentas públicas. En efecto, esto resulta fundamental para una mayor eficiencia y juridicidad en el examen y juzgamiento de cuentas, puesto que es correcto que el Contralor, Subcontralor o Contraloría examine las cuentas (art. 7, 21, 27 letra d), 85, 88, 95, 96, 97, en-

tre otras), pero no resulta adecuado que el juicio de cuentas se resuelva a través del Subcontralor General actuando como juez de primera instancia (art. 107), ni que la segunda instancia se realice mediante un tribunal integrado por el Contralor General y dos abogados designados por el Presidente a propuesta de una terna del Contralor General (art. 118).

8. BANCO CENTRAL AUTÓNOMO

La actual Constitución Política de la República incorpora en los artículos 108 y 109 la autonomía del Banco Central de Chile, la cual establece que: i) es un organismo autónomo, con patrimonio propio y de carácter técnico, ii) su composición, organización, funciones y atribuciones serán determinadas por una Ley Orgánica Constitucional; iii) sólo puede efectuar operaciones con instituciones financieras; y iv) con prohibición de financiar ningún gasto o préstamo del Estado, sus organismos o empresas en el mercado primario.

La autonomía no basta con declararse (*de jure*), por ej. en la Constitución, pues requiere de un conjunto de mecanismos legales para proteger a una institución de las presiones del Poder Ejecutivo o Legislativo (de facto). La literatura sostiene ciertas condiciones básicas para que las instituciones autónomas operen libres y eficazmente:

a. Independencia financiera: que asegure que puedan disponer de los recursos humanos y materiales para cumplir su mandato y evite el uso de la Ley de Presupuestos para premiar la lealtad política y castigar la disidencia.

b. Independencia de nombramiento y permanencia: que asegure un staff de probada y reputada calidad profesional, y un Consejo con reglas de

nombramiento, permanencia fija, que no esté sujeto a remociones arbitrarias por parte del Poder ejecutivo o legislativo.

c. Independencia en la elección de instrumentos: para lograr los objetivos de la forma más idónea que le parezca.

d. Adecuada y frecuente rendición de cuentas: para responder así a la responsabilidad encomendada por la sociedad.

RECOMENDACIONES PARA LA CONSTITUCIÓN 2022

Con excepción del patrimonio propio (financiamiento independiente), hoy ninguno de los principios mencionados sobre la autonomía *de facto* está incorporada en el texto de la Constitución. Estas materias estas reguladas en una LOC, por tanto, sería apropiado la incorporación de ellas en la Constitución Política de la República 2022. Así, se propone:

- a. Constitucionalizar el artículo 3º de la LOC del Banco Central, disponiendo como objeto del Banco velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos.
- b. Constitucionalizar la actual figura del “Consejo”

y el mecanismo de nombramiento, duración y funcionamiento.

c. Constitucionalizar el actual mecanismo de remoción de un consejero, el cual sólo podrá ser iniciado por el Presidente, bajo circunstancias especiales, y refrendada por la mayoría del Senado.

d. Constitucionalizar el deber de informar al Senado y dar cuenta pública².

Los logros alcanzados en términos de control de la inflación y su impacto en la estabilidad económica y social de Chile son el resultado de la actual institucionalidad que asegura la autonomía *de facto* del BCCh. Por tanto, es importante que esta institucionalidad no sólo se mantenga, sino que sea incorporada en la futura CPR de forma de dar estabilidad a estos cuerpos normativos.

2. Propuesta en este mismo sentido se encuentra en el CEP (2020). Aspectos económicos de la Constitución. Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara editores.

9. DESCENTRALIZACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN: IDEAS PARA EL DEBATE

Más allá de lo que diga la Constitución, serán finalmente las reformas legales, la transferencia de recursos y atribuciones desde el nivel central a los gobiernos subnacionales los que determinarán si logramos avanzar o no hacia un país descentralizado.

La Constitución debe establecer determinados principios en materia de división territorial del Estado, en materia de financiamiento de los gobiernos subnacionales y en materia de competencias y atribuciones, así como también la generación de sus autoridades. Se debe tener presente que la descentralización del Estado no es un fin en sí mismo, sino que se debe entender como una herramienta para la modernización del Estado, acercando las decisiones a las personas o bien a los territorios donde se busca dar respuesta a un problema o carencia. Por ello, la descentralización es un proceso permanente en el tiempo y la Constitución debe establecer determinados principios para ello.

ESTADO UNITARIO O FEDERAL (REGIONAL)

El artículo 3° de la Constitución establece que nuestro país es unitario, definición heredada de constituciones anteriores. Además, establece que “la administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. Los órganos del Estado promoverán el fortale-

cimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional”.

En el debate se han planteado dos ideas fuerza al respecto. Mantener el carácter de Estado unitario pero descentralizado o bien adoptar la forma de un Estado federal que, aplicado a la realidad nacional, más bien se traduce en un Estado regional. Subyace a estas dos posturas la idea de contar con un Estado de dos o de tres niveles de gobierno. Así, un Estado unitario pero descentralizado se construye a partir de dos niveles de gobierno: el gobierno central y los gobiernos subnacionales. Estos últimos pueden estar conformados por distintos tipos de gobiernos subnacionales, dependiendo de su ámbito territorial, aplicado al caso chileno esto sería regional o comunal. Un Estado federal o regional, en cambio, implica contar con tres niveles de gobierno: el central, el intermedio (estados o regiones) y el municipal.

La forma de Estado que han adoptado los países tiene más bien un origen en su historia y características propias de cada uno y tal como se vio, no determina ni restringe las posibilidades de avanzar en descentralización.

Por ello, la Constitución debe establecer que Chile es un país unitario y descentralizado e incorporar el principio de subsidiariedad vertical como principio a observar

en la asignación de tareas y responsabilidades a los diversos niveles de gobierno, definiendo que todo aquello que no puede realizar el nivel local, sea de atribución regional, y lo que no puede ser ejecutado por el regional, sea hecho por el gobierno central.

La actual Constitución establece en el artículo 110 que “la creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional”. Ello ha dado paso a contar hoy con 16 regiones, 56 provincias y 346 comunas. Si bien se concuerda con este principio, se debe agregar que la ley debe fijar algunas condiciones objetivas mínimas que se deben cumplir para efectos de subdividir nuevos territorios o bien modificar sus límites. Ello, para evitar la atomización de las unidades territoriales, lo que eventualmente podría dificultar avanzar hacia una mayor descentralización.

TRES ÁMBITOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN

En términos generales, son tres los ámbitos en materia de descentralización y para cada uno de ellos la Constitución debe establecer principios generales en la materia.

a) Descentralización Política: tiene que ver con la generación de autoridades subnacionales. Dado que esta es una reforma constitucional recientemente implementada, se asume que no habrá mayor debate al respecto.

b) Descentralización Administrativa: tiene relación con la distribución de competencias, atribuciones y funciones entre niveles de gobierno del Estado. La Constitución no determina un listado de competencias que debieran asumir los gobiernos regionales, sino que establece que el objetivo de los gobiernos regionales es el desarrollo social, cultural y económico de la respectiva región. Debido a que es una reforma más bien reciente que aún no se ha

implementado en su totalidad, no debiera tener mayores modificaciones, excepto que se debe definir el órgano llamado a resolver las eventuales disputas de competencias y que debiera ser el Tribunal Constitucional o bien el órgano que asuma este rol en nuestro ordenamiento institucional. Ello, por cuanto los ámbitos de competencias están definidos en la Constitución.

En el caso de los municipios, la Constitución establece que su finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna. En materia de competencias, establece que será una ley orgánica constitucional la que las determine.

En el traspaso de competencias entre el nivel central y los municipios, la Constitución debe reconocer la heterogeneidad municipal que existe en el país, permitiendo que éste pueda ser diferenciado por tipo de comunas.

Adicionalmente, la Constitución debe entregar un marco legal que establezca claramente el ámbito de acción de los distintos niveles de gobierno y la relación entre ellos. Debe entregar a una ley con quorum supramayoritario la definición del mecanismo de resolución de conflicto entre los distintos niveles de gobierno y la interacción entre ellos.

c) Descentralización Fiscal: Chile se encuentra entre los países de la OCDE más centralizados, pero a pesar de ello no es la Constitución la que debe establecer metas en esta materia, ya que limitaría la acción de la política fiscal por parte de las autoridades económicas del país.

Compartiendo la necesidad de poder avanzar y presionar por una mayor descentralización, la Constitución, por ejemplo, podría establecer que la Ley de Presupuestos de la Nación deberá explicitar la totali-

dad de recursos que se transferirán a los gobiernos regionales y municipios, de forma tal de poder tener un debate más informado cada año cuando se deba tramitar en el Congreso Nacional. Asimismo, debe establecer que las transferencias de recursos a los gobiernos regionales y municipios deben realizarse ya sea en la Ley de Presupuestos o en leyes permanentes, en base a criterios objetivos y verificables, sin espacios de discrecionalidad por parte de la autoridad central.

Al menos en esta primera etapa, no se recomienda avanzar en materia de impuestos regionales, pero sí mantener lo que hoy establece la actual Constitución en su artículo 19 numeral 20, en cuanto a que la ley podrá autorizar gravar actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local, debiendo ser aplicados dentro de los marcos de la ley por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

Asimismo, la Constitución debe establecer que una ley defina normas de responsabilidad fiscal, limitando estos compromisos de arrastre, de forma tal que sean financiables en el tiempo.

10. FF.AA. Y DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA

En Chile existe consenso en la necesidad de contar con Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública para la existencia de la democracia, considerando que su deber va más allá de sólo respetar el orden constitucional, sino que además tienen como misión garantizarlo.

En un Estado de Derecho, los poderes del Estado y los órganos que ejercen funciones de control y de pesos y contrapesos, así como sus funciones esenciales, deben estar reguladas en su texto constitucional, de manera que sirvan como marco y control para el ejercicio del poder de las autoridades. Es por esto que los redactores de la nueva Constitución tendrán que dar cuenta de cómo la sociedad delegará en el Estado el uso legítimo de la fuerza, las características de las instituciones que serán las responsables tanto de la seguridad interna, como externa, cuáles serán los controles de dichas instituciones y finalmente, los fundamentos de la legitimidad de su acción. Todo esto fundado en los principios democráticos que garanticen los derechos fundamentales de las personas.

LA CONSTITUCIÓN Y SUS DEFINICIONES RESPECTO A LAS FF.AA., DE ORDEN Y SEGURIDAD PÚBLICA

El primer artículo de nuestra Constitución Política dispone el deber del Estado de resguardar la seguridad nacional. En el Capítulo XI, artículos 101 y siguientes, se define a las Fuerzas Armadas y a Carabineros como

cuerpos armados con específicas características, a saber: esencialmente obedientes (sometidas a un orden institucional y organizados jerárquicamente) y no deliberantes (independientes del poder político). En el mismo artículo se establece que las fuerzas dependientes de los ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública, son además profesionales (a través de carreras formativas en sus propias escuelas), jerarquizadas (con una estructura de poder vertical) y disciplinadas (con derechos y deberes establecidos en un marco reglamentario propio).

Asimismo, se consagran a nivel constitucional las instituciones que integran a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, sus respectivas misiones institucionales, los nombramientos, ascensos y retiros de sus mandos y jefes superiores, las regulaciones constitucionales en el uso de las armas, y su relación de dependencia del Presidente de la República, entre otros.

PROPUESTAS PARA LA DISCUSIÓN

En un trabajo colaborativo entre 12 centros de estudios se plantearon distintas iniciativas tendientes a abordar la temática constitucional de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Entre ellas se destacan los siguientes puntos que deben ser considerados como esenciales al momento de redactar el nuevo texto constitucional:

a) Explicitar que **el Estado ejerce el monopolio del uso de la fuerza para la protección de la población y la soberanía nacional**, las cuales serán utilizadas en forma exclusiva por las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y de Seguridad Pública, debiendo quedar establecido en la Constitución las instituciones que las conforman.

b) **Mantener la regulación constitucional del uso de armas por parte de las personas**, grupos u organizaciones y bajar a ley simple el quorum para las normas que establezcan el control de las armas. A su vez, su dependencia deberá quedar en el ministerio a cargo de la seguridad pública.

c) Agregar en el artículo destinado a **fijar las atribuciones del Presidente de la República**, las siguientes disposiciones constitucionales que actualmente están establecidas en el Capítulo XI, entendiendo que con esto se refuerza la dependencia de estas instituciones al poder político representado por el Presidente de la República:

- i. En la atribución relacionada con designar y remover a los Comandantes en Jefe de las FF.AA. y al Director General de Carabineros, agregar a la Policía de Investigaciones de Chile. Es fundamental hacer referencia a las respectivas Leyes Orgánicas Constitucionales para efectos de designar y remover a las máximas autoridades de las instituciones y disponer de los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de estas instituciones.
- ii. Imponer la obligación constitucional al Presidente de la República de desarrollar una estrategia de seguridad interna y externa que contenga una apreciación de los principales riesgos a la seguridad y que oriente y defina las medidas que adoptará para abordarlos.
- iii. Sustituir la referencia a la seguridad nacional y asociar esta función con la estrategia de seguridad externa e interna que debiera formular cada Pre-

sidente al iniciar su mandato.

iv. Mantener las atribuciones del Presidente de la República en lo que dice relación con asumir, en caso de guerra, la Jefatura Suprema de las FF.AA. y declarar la guerra, previa autorización por ley.

d) Se propone que en el capítulo destinado a Gobierno (actual Capítulo IV) se cree un **nuevo apartado denominado “Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública”** en el que debieran recogerse las siguientes ideas matrices:

- i. La subordinación de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública a la autoridad del Presidente de la República, el cual ejercerá ese deber con la colaboración de los ministerios respectivos.
- ii. La responsabilidad constitucional del Presidente de la República de conducir estas instituciones y resguardar la seguridad interna y externa en su calidad de Jefe de Estado.
- iii. Mantener la definición de que las Fuerzas Armadas existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad externa de la nación y que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública existen para dar eficacia al derecho y garantizar el orden y la seguridad pública.
- iv. Mantener los contenidos del actual Artículo 102° que define que las incorporaciones a las distintas instituciones sólo se pueden hacer a través de sus propias escuelas de formación, lo que garantiza la profesionalización de sus dotaciones, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la ley.
- v. Se propone considerar en el texto constitucional que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública pueden contribuir al mantenimiento y promoción de la paz y la seguridad internacional en conformidad a la Constitución y las leyes.
- vi. Adicionalmente, contemplar entre sus cometidos todo lo referente a su contribución en catástrofes naturales, según lo determine la ley.