

DEFICIENTE DISEÑO DEL NUEVO PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA LEY EN LA PROPUESTA CONSTITUCIONAL

- La propuesta de nueva Constitución nos plantea un nuevo proceso de formación de la ley que no contempla pesos y contrapesos al poderoso Congreso de Diputado(a)s que se crea. El Ejecutivo, en su rol de colegislador, no se encuentra en una posición de equilibrio y no hay incentivos a la colaboración entre el Congreso de Diputados y la Cámara de las Regiones, la que además cumple un rol orbital al proceso legislativo, no siendo obligatoria su participación en la gran mayoría de los debates.
- La propuesta desatiende valiosos aprendizajes institucionales y tradiciones constitucionales, como la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en cuanto al gasto público, incorporada a nuestra institucionalidad para hacerse cargo del desorden fiscal, y dádivas a que dieron lugar propuestas parlamentarias en materia de gastos y seguridad social.
- Al mismo tiempo, la regulación propuesta deja cuestiones que requieren de una regulación estable en el tiempo o que afecten derechos fundamentales sujeta a las mayorías circunstanciales que imperen en el Poder Legislativo. Aun cuando hoy es factible revisar a la baja determinados quórums de aprobación de leyes, de ahí no se colige que materias tan fundamentales como el sistema electoral queden sujetas a simples mayorías que por lo demás tendrían un interés, al ser incumbentes, en legislar para eventualmente perpetuar su posición de incumbentes en el poder.

La propuesta de la Convención Constitucional (CC) no se hace cargo del problema que genera la alta fragmentación de las fuerzas políticas en el Congreso y la falta de gobernabilidad que ello trae aparejado. Esto representa una dificultad mayor para nuestra institucionalidad y el borrador de la CC no entrega propuestas concretas respecto a cómo el sistema electoral, que debe detallarse por ley, podría brindar mayores niveles de gobernabilidad.

En lo que al proceso legislativo se refiere, se desatiende la importante experiencia y tradición constitucional acuñada respecto a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República (la que fue incorporada paulatinamente en nuestros textos constitucionales anteriores, justamente para hacerse cargo de la captura, el clientelismo, desorden fiscal y problemas de economía política que produjo que ciertas materias legislativas

estuvieren disponibles a los parlamentarios)¹, se pierden los contrapesos entre Cámara de Diputados y Senado (que desaparece y es reemplazada por una débil Cámara de las Regiones que es orbital a la discusión legislativa) y se elimina la revisión de constitucionalidad que sobre los proyectos de ley y tratados internacionales efectúa hoy el Tribunal Constitucional. A su turno, se pierde la visión de largo plazo en el debate debido a que los representantes regionales durarán 4 años y no 8 como los senadores actuales.

El procedimiento legislativo ideado carece mayormente de instancias de revisión y queda entregado al Congreso de Diputados que toma prácticamente todas las decisiones por mayorías simples. Estas mayorías se verán alteradas por la introducción de escaños reservados para pueblos indígenas, adicionales a los 155 miembros que, a lo menos, han de componer el Congreso de Diputado(a)s. Algo similar ocurrirá en la Cámara de las Regiones.

¿CÓMO SERÁ EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY DE APROBARSE LA PROPUESTA?

Para entender el proceso legislativo que se viene proponiendo, es necesario distinguir entre materias de ley, materias de ley de acuerdo regional y materias de ley que deben conseguir el patrocinio del Ejecutivo (denominadas de concurrencia presidencial necesaria):

MATERIAS	
LEY	a. Crear, modificar y suprimir tributos de cualquier clase o naturaleza y los beneficios tributarios aplicables a estos, determinar su progresión, exenciones y proporcionalidad, sin perjuicio de las excepciones que establezca esta Constitución; b. Autorizar la contratación de empréstitos y otras operaciones que puedan comprometer el crédito y la responsabilidad financiera del Estado, sus organismos y municipalidades, sin perjuicio de lo consagrado respecto de las entidades territoriales y de lo establecido en la letra siguiente. Esta disposición no se aplicará al Banco Central; c. Establecer las condiciones y reglas conforme a las cuales las universidades y las empresas del Estado y aquellas en que éste tenga participación puedan contratar

¹ En el año 1943 bajo el gobierno del Presidente Juan Antonio Ríos (Radical) y producto de un desorden administrativo y económico atribuido a las iniciativas de los congresistas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1925, se aprobó la primera reforma a dicha Constitución, incluyéndose, entre otras cosas, una restricción a la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público. Luego en 1970 bajo el gobierno del Presidente Eduardo Frei Montalva (DC): tras malas prácticas parlamentarias -ofrecimiento de dádivas, pensiones de gracia y otros beneficios a cambio de votos-, se amplió aún más las materias de iniciativa exclusiva del presidente a 1) suprimir, reducir o condonar tributos; 2) fijar sueldos o salarios mínimos de los trabajadores; 3) establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social; y 4) conceder o aumentar por gracia pensiones u otros beneficios pecuniarios.

	<p>empréstitos, los que en ningún caso podrán efectuarse con el Estado, sus organismos y empresas;</p> <p>d. Instituir las normas sobre enajenación de bienes del Estado, los gobiernos regionales o de las municipalidades y sobre su arrendamiento, títulos habilitantes para su uso o explotación y concesión;</p> <p>e. Disponer, organizar y distribuir las Fuerzas Armadas para su desarrollo y empleo conjunto, así como permitir la entrada de tropas extranjeras en el territorio de la República, como, asimismo, la salida de tropas nacionales fuera de él;</p> <p>f. Establecer o modificar la división política o administrativa del país;</p> <p>g. Señalar el valor, el tipo y la denominación de las monedas y el sistema de pesos y medidas;</p> <p>h. Conceder indultos generales y amnistías, salvo en crímenes de lesa humanidad;</p> <p>i. Establecer el sistema de determinación de las remuneraciones de la Presidenta o Presidente de la República y las ministras o ministros de Estado, de las diputadas y diputados, de las gobernadoras y gobernadores y de las y los representantes regionales;</p> <p>j. Singularizar la ciudad en que debe residir la Presidenta o el Presidente de la República, celebrar sus sesiones el Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones y funcionar la Corte Suprema;</p> <p>k. Autorizar la declaración de guerra, a propuesta de la Presidenta o Presidente de la República;</p> <p>l. Fijar las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración pública;</p> <p>m. Establecer la creación y modificación de servicios públicos y empleos públicos, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado y determinar sus funciones y atribuciones;</p> <p>n. Establecer el régimen jurídico aplicable en materia laboral; sindical; de la huelga y la negociación colectiva en sus diversas manifestaciones; previsional, y de seguridad social;</p> <p>o. Crear loterías y apuestas;</p> <p>p. Regular aquellas materias que la Constitución señale como leyes de concurrencia presidencial necesaria, y</p> <p>q. Regular las demás materias que la Constitución exija que sean establecidas por una ley.</p>
<p>LEYES DE CONCURRENCIA PRESIDENCIAL NECESARIA</p>	<p>a. Las que irroguen directamente gastos al Estado;</p> <p>b. Las leyes relacionadas con la administración presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos;</p> <p>c. Las que alteren la división política o administrativa del país;</p> <p>d. Las que impongan, supriman, reduzcan o condonen tributos de cualquier clase o naturaleza, establezcan exenciones o modifiquen las existentes y determinen su forma, proporcionalidad o progresión;</p> <p>e. Las que contraten o autoricen a contratar empréstitos o celebrar cualquier otra clase de operaciones que puedan comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del Fisco o de los organismos o entidades referidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 22, letra c, y</p> <p>f. Las que dispongan, organicen y distribuyan las Fuerzas Armadas para su desarrollo y empleo conjunto.</p>

<p>LEYES DE ACUERDO REGIONAL</p>	<ul style="list-style-type: none"> a. Las que reformen la Constitución; b. Las que regulen la organización, las atribuciones y el funcionamiento de los Sistemas de Justicia, del Poder Legislativo y de los órganos autónomos constitucionales; c. Las que regulen los estados de excepción constitucional; d. Las que creen, modifiquen o supriman tributos o exenciones y determinen su progresión y proporcionalidad; e. Las que directamente irroguen al Estado gastos cuya ejecución corresponda a las entidades territoriales; f. Las que implementen el derecho a la salud, derecho a la educación y derecho a la vivienda; g. La de Presupuestos; h. Las que aprueben el estatuto regional; i. Las que regulen la elección, designación, competencias, atribuciones y procedimientos de los órganos y autoridades de las entidades territoriales; j. Las que establezcan o alteren la división político-administrativa del país; k. Las que establezcan los mecanismos de distribución fiscal y presupuestaria y otros mecanismos de compensación económica entre las distintas entidades territoriales; l. Las que autoricen la celebración de operaciones que comprometan la responsabilidad patrimonial de las entidades territoriales; m. Las que autoricen a las entidades territoriales la creación de empresas públicas; n. Las que deleguen potestades legislativas conforme al artículo 31 Nº 12 de esta Constitución; o. Las que regulen la planificación territorial y urbanística y su ejecución; p. Las que regulen la protección del medioambiente; q. Las que regulen las votaciones populares y los escrutinios; r. Las que regulen las organizaciones políticas, y s. Las demás que esta Constitución califique como de acuerdo regional.
--	--

Inicio del trámite legislativo: los proyectos de ley pueden iniciarse por mensaje presidencial, por moción de no menos del 10% ni más del 15% de diputados o representantes regionales, por iniciativa popular o por iniciativa indígena de ley. Asimismo, una o más asambleas regionales podrían presentar una iniciativa a la Cámara de las Regionales en materias de interés regional y, si ésta las patrocina, serán ingresadas como moción parlamentaria, pero no podrán versar, en este caso, sobre materias propias de las leyes de concurrencia presidencial necesaria. En este caso, la moción deberá ser patrocinada por no menos de 1/4 y no más de 1/3 de los diputados o de los representantes territoriales, y deberá declarar que se trata de un proyecto de concurrencia presidencial necesaria.

Independiente de cómo inicien su tramitación, todos los proyectos comienzan en el Congreso de Diputado(a)s.

Aprobación de los proyectos de ley: la regla general es que las leyes deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas por la mayoría de los miembros presentes en el Congreso de Diputada(a)s al momento de su votación.

Sin embargo, en caso de que se trate de **(1) leyes referidas a la organización, funcionamiento y procedimiento del Poder Legislativo y de los Sistemas de Justicia; (2) a los procesos electorales y plebiscitarios; (3) a la regulación de los estados de excepciones constitucional y (4) a la regulación de las organizaciones políticas, deberán ser aprobadas por el voto favorable de la mayoría en ejercicio de los miembros del Congreso de Diputado(a) y de la Cámara de las Regiones, que en la institucionalidad vigente es parte de la discusión de todas las leyes.** Asimismo, la propuesta señala que las leyes que regulen a la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Defensoría de la Naturaleza, el Servicio Electoral, la Corte Constitucional y al Banco Central, se adoptarán por la mayoría de los integrantes del Congreso de Diputados y de la Cámara de las Regiones.

En caso de tratarse de una ley de acuerdo regional, esto es, en las que participa mandatoriamente la Cámara de las Regiones, la Presidencia del Congreso de Diputado(a)s enviará el proyecto aprobado a la Cámara de las Regiones para continuar con su tramitación y ésta debe pronunciarse aprobándolo o rechazándolo. Si lo aprobare, el proyecto será enviado al Congreso de Diputados para que lo despache al Presidente de la República para su promulgación como ley. Si lo rechazare, lo tramitará y propondrá al Congreso de Diputados las enmiendas que considere pertinentes. Si el Congreso de Diputados rechazare una o más de esas enmiendas u observaciones, se convocará a una Comisión Mixta -que estará conformada por igual número de diputados y representantes regionales- que propondrá nuevas enmiendas para resolver la discrepancia. Estas enmiendas serán votadas por la Cámara de las Regiones y luego por el Congreso de Diputados. Si todas ellas fueren aprobadas, el proyecto será despachado para su promulgación.

En caso de no tratarse de una ley de acuerdo regional, en la sesión siguiente a su despacho por el Congreso de Diputado(a)s, con el voto favorable de la mayoría, la Cámara de las Regiones podrá requerir conocer de un proyecto de ley que no sea de acuerdo regional. La Cámara de las Regiones, en este caso de intervención facultativa, contará tan sólo con 60 días desde que recibe el proyecto para formularle enmiendas y remitirlas al Congreso de Diputados que podrá aprobarlas o insistir en el proyecto original con el voto favorable de la mayoría. Ahora, si dentro de los 60 días la Cámara de las Regiones no evacúa su informe, el proyecto podrá ser despachado por el Congreso.

De esta forma, proyectos de ley relativos al orden público y seguridad, derecho de propiedad, a la seguridad social en la parte que no irroge gasto público directo, expropiaciones, asuntos laborales en la parte que no irroge gasto público directo, recursos naturales o propios del mercado de valores y financiero, por poner algunos ejemplos, no son cuestiones que deban pasar necesariamente por la revisión de la Cámara de las Regiones e incluso, si solicita conocerlos, igualmente el Congreso de Diputado(a)s puede imponer su voluntad.

Veto presidencial: La propuesta de la Convención, en vez de promover la colaboración entre los poderes legislativos, la desincentiva por la vía de los quórum de insistencia del parlamento ante un veto presidencial. Ello porque el diseño normativo incentiva al Presidente de la República a promover vetos totales cuando el desacuerdo entre éste y el parlamento pudiera ser sólo parcial. Esto ocurre porque bajo la propuesta constitucional, cuando el Presidente, previa a la promulgación de un proyecto de ley, lo devuelve al Congreso con observaciones, si presenta observaciones parciales, podrán ser aprobadas por la mayoría de los miembros del Congreso y, con ese mismo quorum, se podrá insistir en el proyecto original. Por otro lado, si el Presidente hubiere observado totalmente el proyecto (veto total), el Congreso deberá desecharlo, salvo que insista por 3/5 de sus integrantes².

Leyes de concurrencia presidencial necesaria: se trata de leyes que versan sobre las materias señaladas más arriba y en que tanto los parlamentarios, como el Presidente de la República tendrán iniciativa, sólo que los primeros requerirán en algún momento de la tramitación del patrocinio del Presidente. Así, se elimina la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, desatendiendo nuestra tradición constitucional y los aprendizajes institucionales que llevaron a consagrarla. Sin el patrocinio correspondiente, el proyecto promovido por los parlamentarios se entenderá desechado y no se podrá insistir en su tramitación. Por otro lado, el Presidente siempre podrá retirar su patrocinio y, en dicho caso, la tramitación del proyecto no podrá continuar. El diseño implicará una enorme presión política desde el parlamento a quien es el responsable por el manejo de las finanzas públicas y, nuevamente, la fórmula propuesta no tiende a la cooperación entre los legisladores, sino más bien a generar tensión entre ellos.

Urgencias legislativas: la propuesta señala que corresponderá a la ley que regule el funcionamiento del futuro Congreso el establecer los mecanismos para determinar el orden en que se conocerán los proyectos de ley, debiendo distinguir entre urgencia

² Bajo la Constitución actual, si las dos Cámaras desecharen todas o algunas de las observaciones del Presidente e insistieren por los dos tercios de sus miembros presentes en la totalidad o parte del proyecto aprobado por ellas, se devolverá al Presidente para su promulgación.

simple, suma urgencia y discusión inmediata. **A su vez, la ley especificará los casos en que la urgencia sea fijada por el Presidente, por el Congreso (facultad que se incorpora) y las condiciones y casos de la urgencia popular (también una innovación del borrador).** Sin embargo, sólo el Presidente contará con la facultad de determinar la discusión inmediata de un proyecto de ley.

CONSULTA Y CONSENTIMIENTO INDÍGENA: VA MÁS ALLÁ DEL CONVENIO 169

Esta materia se encuentra tratada tanto en el capítulo de los derechos fundamentales, como en el de Estado Regional. En el capítulo de los derechos fundamentales de la propuesta de nueva Constitución se señala expresamente que: *“Los pueblos y naciones indígenas tienen derecho a ser consultados previamente a la adopción de medidas administrativas y legislativas que les afectasen. El Estado garantiza los medios para la efectiva participación de estos, a través de sus instituciones representativas, de forma previa y libre, mediante procedimientos apropiados, informados y de buena fe”.*

Por su parte, en la regulación incorporada en el capítulo sobre la forma de Estado, se indica: *“Las entidades territoriales garantizan el derecho de sus habitantes a participar, individual o colectivamente en las decisiones públicas, comprendiendo en ella la formulación, la ejecución, la evaluación, la fiscalización y el control democrático de la función pública, con arreglo a la Constitución y las leyes.*

Deberán promover, fomentar y garantizar los mecanismos de participación en las políticas públicas, planes y programas que se implementen en cada nivel territorial, en los casos que esta Constitución, la ley y los estatutos regionales señalen. Los pueblos y naciones indígenas deben ser consultados y otorgar el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten”.

Así las cosas, es claro que el proceso legislativo deberá considerar la consulta indígena previa a la adopción de medidas legislativas. Cabe consignar, en todo caso, que la consulta que se propone en el borrador de nueva Constitución es más amplia que la que consigna el Convenio 169 de la OIT y el decreto en Chile que la regula, pues en estos, en una fórmula similar, se indica que *“deberá consultarse a los pueblos indígenas (...) cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles **directamente**”.*

Respecto del consentimiento previo, la norma se presta, confusamente, para múltiples interpretaciones. Por un lado, hay quienes sostienen que el consentimiento previo indígena, al estar inserto en el capítulo sobre forma de Estado, sólo sería aplicable a aquellas materias exclusivamente del ámbito local o territorial (que, en todo caso, no

son pocas, de manera que el alcance y extensión del consentimiento previo indígena es, de todas formas, lato, pues la cantidad de materias que son de resorte de las autoridades locales en todo Chile será extensa). Luego, están quienes interpretan que el texto no acota el consentimiento indígena a ser obtenido a temas o materias estrictamente locales, sino que señala más bien qué entidades (territoriales) deberán llevar a cabo el mecanismo y que tales entidades, como dice el artículo citado *“deberán promover, fomentar y garantizar los mecanismos de participación en las políticas públicas, planes y programas **que se implementen en cada nivel territorial**, en los casos que esta Constitución, la ley y los estatutos regionales señalen*. La implementación a nivel local no dice relación con la naturaleza de la materia, sino con cómo ésta se ejecuta. En otras palabras, la materia a ser implementada, en cada nivel territorial, puede ser perfectamente una materia de índole general o nacional, como local. Lo anterior se vería reafirmado por la amplitud y extensión de la frase final (que además señala un caso que justamente la Constitución, como dice la frase final del texto de la propuesta antes citado, mandata garantizar que se obtenga el consentimiento indígena). *“Los pueblos y naciones indígenas deben ser consultados y otorgar el consentimiento previo, libre e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten”*. En efecto, el texto originalmente aprobado por el Pleno, antes de armonización, señalaba que debía obtenerse el consentimiento previo en aquellas materias que afectaban los derechos (de los pueblos indígenas) *“reconocidos en esta Constitución”*, frase final que es suprimida en la etapa armonización, ampliando su alcance.

Tratándose de un asunto de gran implicancia y envergadura, dejarlo a la posterior interpretación y decisión de los tribunales nacionales o internacionales representa un problema mayúsculo que no ha sido debidamente advertido.

REFORMA CONSTITUCIONAL

Conforme señala la propuesta, en régimen, los proyectos de reforma a la Constitución podrán ser iniciados por mensaje presidencial, moción de diputados o representantes regionales, o por iniciativa popular. Sobre su tramitación, la Comisión de Armonización ha repuesto -indebidamente a nuestro juicio pues esta materia ya había sido rechazada por el Pleno de la Convención en una instancia anterior- que deberán ser aprobadas por un quorum de 4/7 de los diputados y representantes regionales en ejercicio. A su turno, los proyectos de reforma constitucional deberán además ser sometidos a un referéndum ratificatorio cuando versen sobre las siguientes materias:

1. Alteren sustancialmente el régimen político y el período presidencial.
2. Alteren el diseño del Congreso de Diputados o la Cámara de las Regiones y la duración de sus integrantes.

3. Alteren la forma de Estado Regional.
4. Alteren los principios y los derechos fundamentales.
5. Alteren el capítulo de reforma y reemplazo de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, si el proyecto en cuestión obtiene el voto favorable de los 2/3 de los integrantes del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones, no será necesario la realización del plebiscito.

Cabe señalar que al Congreso actual le serían aplicables las mismas reglas para reformar la propuesta constitucional de ser ésta aprobada en el plebiscito de septiembre, pero a este se le hace aún más gravoso pues se incorporan más materias a plebiscitar, a saber, los derechos de la naturaleza, el medio ambiente y el capítulo de normas transitorias.

Por su parte, a los procesos de reforma constitucional, emprendidos tanto por el Congreso actual, como por las futuras y eventuales Congreso de Diputados y Cámara de las Regiones, de aprobarse la nueva Constitución en el plebiscito de septiembre, le serían también las reglas de consulta indígena. Ello es así pues, aunque el artículo específico que expresamente consignaba de la consulta indígena en el capítulo de reforma constitucional no fuera aprobado por el Pleno, la norma general consignada en derechos fundamentales ya referida así lo obligaría pues la reforma constitucional se rige en todo lo no señalado en ella por las normas del proceso legislativo que debe respetar los derechos fundamentales y llevarse a cabo conforme a la Constitución y las leyes que lo regulen. Queda abierta la discusión, que ya señalamos, respecto del consentimiento indígena.

REFLEXIONES FINALES

El proceso legislativo que propone la Convención es mucho más débil en términos de revisiones, pesos y contrapesos técnicos y políticos y no está inspirado en principios de cooperación entre los actores. En vez, da un poder superior al Congreso de Diputados por sobre la Cámara de las Regiones o el Presidente de la República. Si a esta situación sumamos la eliminación del control preventivo del Tribunal Constitucional, nos encontramos con una fórmula que inquieta de cara a la protección de nuestras libertades. A esto se suma el gran peso que tendrán los pueblos indígenas, no sólo por la sobrerrepresentación en el legislativo, sino por efecto de la consulta indígena y el consentimiento previo que deberá obtenerse si finalmente esa es la interpretación que prima. Por su parte, el proceso de reforma constitucional consagrado tanto en régimen, como para el actual Congreso obstaculiza severamente la realización de esas posibles reformas, las que según ha trascendido no serían puntuales ni acotadas, dificultando aún más su realización.