

# BASES Y FUNDAMENTOS DE UNA PROPUESTA CONSTITUCIONAL PROGRESISTA

*Coordinadores*

*FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA*

*FELIPE PEROTI DÍAZ*

OCTUBRE | 2020

PRÓLOGO	1
PRESENTACIÓN	5
A. INTRODUCCIÓN	9
B. MOMENTO CONSTITUYENTE EN CHILE	11
C. UNA NUEVA CONSTITUCIÓN NACIDA EN DEMOCRACIA: BASES Y FUNDAMENTOS PARA UNA PROPUESTA CONSTITUCIONAL PROGRESISTA	14
I. FUNDAMENTOS DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA	17
1 Presentación	17
2 Decisiones fundamentales acerca de la persona, la sociedad, la economía y el Estado	18
2.1. El Estado social y democrático de Derecho	18
2.2. República democrática, representativa, participativa y paritaria	21
2.3. Un nuevo pacto constitucional en lo económico y social	25
2.4. Estado regional	29
2.5. Igualdad entre mujeres y hombres	33
2.6. Laicidad del Estado	33
2.7. Depurar la Constitución de un "derecho constitucional del enemigo"	33
2.8. Estado plurinacional y pueblos indígenas	34
2.9. Un medio ambiente adecuado, saludable y ecológicamente equilibrado	37
II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS	39
1 Diagnóstico	39
2 Propuesta	39
Dignidad humana	39
3 Derechos fundamentales	40
3.1. Derecho de igualdad y de no discriminación	40
3.2. Derecho a la vida, integridad física, psíquica y moral	43
3.3. Derecho a la libertad y seguridad personal	44
3.4. Derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso	44
3.5. Derecho a la libertad de conciencia y de religión	44
3.6. Derecho a la libertad de expresión	45
3.7. Derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos	46
3.8. Derecho de propiedad	46
3.9. Derechos políticos	47
3.10. Derecho a la participación	47

3.11.	Derecho a la buena administración pública	48
3.12.	Derecho a un ambiente adecuado y saludable	48
3.13.	Derecho al agua	49
3.14.	Derecho a la salud	49
3.15.	Derecho a la seguridad social	50
3.16.	Derecho a la renta básica	50
3.17.	Derecho a la educación	50
3.18.	Derecho al trabajo digno	51
3.19.	Derecho a la sindicación	51
3.20.	Derecho a la negociación colectiva	52
3.21.	Derecho a la huelga efectiva	52
3.22.	Derecho a la vivienda adecuada	52
3.23.	Derechos colectivos	52
3.24.	Derechos de los niños, niñas y adolescentes	53
3.25.	Derechos de las personas con discapacidad y de las personas mayores o de avanzada edad	54
3.26.	Derechos de los inmigrantes	54
3.27.	Derecho a la cultura	54
4	Garantías	55
5	Deberes constitucionales	56
III.	RÉGIMEN POLÍTICO: RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL	58
1	Diagnóstico	58
2	Propuestas	60
2.1.	Separación de la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno	60
2.2.	Rediseño de la función de jefatura de Estado y de Gobierno	61
2.3.	Atribuciones de la Jefatura de Gobierno	61
2.4.	Establecimiento de un sistema de elecciones adecuado al régimen semi - presidencial	62
2.5.	Establecimiento de atribuciones al Presidente/a de la República para arbitrar conflictos entre Gobierno y Congreso Nacional	63
2.6.	Modificación de las atribuciones del Congreso Nacional	63
IV.	POTESTAD LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA	65
1	Diagnóstico	65
1.1.	El papel de la ley	65
1.2.	Las leyes de reforma constitucional	66

1.3.	La relación ley-reglamento	66
2	Propuesta	67
V.	GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO	69
1	Diagnóstico	69
2	Propuesta	69
2.1.	Posición institucional y funciones del Gobierno y Administración del Estado	70
2.2.	Principios básicos de la Administración del Estado	70
2.3.	Órganos autónomos de la Administración del Estado	71
2.4.	Control del Gobierno y la Administración del Estado	71
2.5.	Defensoría del Pueblo	72
2.6.	Tribunal de Cuentas	73
VI.	GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO	74
1	Diagnóstico	74
2	Propuestas	74
2.1.	División política y administrativa en regiones y comunas	74
2.2.	Gobierno y Administración regional	75
2.3.	Organización y atribuciones de los gobiernos regionales	76
2.4.	Transferencia de servicios públicos a gobiernos regionales	76
2.5.	Financiamiento y recursos de los gobiernos regionales	76
2.6.	Administración municipal	77
2.7.	Establecimientos de áreas metropolitanas y alcalde mayor	78
VII.	SENADO	79
VIII.	PARTICIPACIÓN CIUDADANA	80
IX.	SISTEMA ELECTORAL	82
1	Un sistema electoral descansa en una interpretación del valor de una elección popular	82
2	El sistema electoral y la nueva Constitución	83
X.	PODER JUDICIAL	84
1	Diagnóstico	84
2	Propuesta	85
2.1.	Una nueva Corte Suprema	85
2.2.	Creación de un Consejo Nacional de la Justicia o de la Judicatura	85
2.3.	Vincular a todos los tribunales especiales creados por el legislador al Poder Judicial	86

2.4.	Creación de tribunales de lo contencioso administrativo	86
XI.	JUSTICIA ELECTORAL	88
XII.	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	89
1	Diagnóstico	89
2	Propuesta	91
2.1.	Estatuto del juez o jueza constitucional	92
2.2.	Competencias	92
2.3.	Cambio al número de sus integrantes	94
2.4.	Incorporación al sistema de responsabilidad constitucional	94
XIII.	AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES	95

## PRÓLOGO

*Agustín Squella N.*

Doctor en Derecho. Profesor de Filosofía del  
Derecho en la U. de Valparaíso. Premio Nacional  
de Humanidades y Ciencias Sociales.

Prologar un libro es un acto de complicidad con sus autores, con sus editores, con sus diseñadores, y con todos quienes hayan intervenido en su posterior producción, publicación y difusión. Prologar un libro es hacerse parte de esa cadena, si bien la parte más fácil, puesto que el trabajo mayor se lo llevan otros. Prologar un libro es una responsabilidad adicional a la de leerlo, y tiene que ver con celebrarlo.

¿Y cómo no celebrar ahora el resultado del trabajo que durante algunos meses llevó a cabo medio centenar de estudiosos vinculados al mundo del derecho acerca del momento constituyente que vive Chile y de posibles contenidos para una nueva Constitución? ¿Cómo no celebrar el interés y la atención que a ese momento prestó tal número de personas, hombres y mujeres, que comparten una visión favorable no solo al cambio constitucional, sino al cambio de la propia Constitución que nos rige? ¿Cómo no elogiar que dispongamos ahora de un texto que resume ese trabajo y alimenta el debate nacional al respecto, constituyéndose en un objeto que podrá estar mañana en la mesa de quienes tendrán que ocuparse de estudiar, discutir y aprobar la nueva Constitución sobre la cual tendrá que pronunciarse el país por medio de un plebiscito muy distinto de aquel que se llevó a cabo en 1980 para intentar validar una Constitución que no era democrática ni en su origen ni en sus contenidos?

Chile y sus ciudadanos se tomaron un tiempo para demandar una nueva Constitución, ahora en democracia, y para abandonar el camino de las sucesivas, lentísimas y siempre parciales reformas a la actual por el que se optó en 1989 luego de la derrota de Augusto Pinochet y su régimen en el plebiscito de 1988. Esa demanda tardó décadas en fortalecerse y expresarse con fuerza —con fuerza y no por la fuerza— a partir de octubre de 2019. Tal demanda no aparecía antes entre las prioridades de los chilenos, que, como era lógico, se concentraban en temas de salud, educación, trabajo, pensiones, seguridad, y parte de nuestra elite política se aprovechó de eso y decretó que una nueva Constitución no estaba entre los “problemas de la gente”, como gusta decirse ahora. Hasta que todos comprendimos, o casi

todos, que aquellos temas tenían que ver, directamente, con derechos sociales que la Constitución de 1980 había tratado con extrema mezquindad en cuanto a su declaración, garantía y promoción. Hasta que se entendió, asimismo, que no da lo mismo una u otra Constitución, como tampoco resulta indiferente si el camino era continuar con la reforma de la actual, sujetos en ella a la conformidad o al veto de los sectores partidarios de la Constitución de 1980, o si lo era ensayar, por primera vez en más de 200 años de vida independiente, con una Constitución que fuera democrática tanto en su origen como en sus contenidos. Se comprendió también que muchas de las legítimas demandas políticas, económicas y sociales de hoy guardaban relación no solo con decisiones legislativas y de carácter administrativo y que la tenían igualmente con determinaciones constitucionales superiores en jerarquía a las leyes comunes y a las cambiantes políticas públicas de los gobiernos. Se cayó en la cuenta, por último, de que la Constitución de un país, lejos de constituir un texto normativo lejano, frío, abstracto y general, está fuertemente imbricada con los derechos de las personas, con el rendimiento de sus instituciones públicas más relevantes, y con los compromisos que tiene un país y sus autoridades con el bienestar de los individuos y de las organizaciones que estos libremente forman.

La sociedad chilena no despertó ni cambió a partir de octubre de 2019. Lo que pasó fue que Chile se mostró y dio expresión pública, masiva, prolongada y territorialmente muy extendida, a un estado de honda insatisfacción que había permanecido anestesiada por indicadores macroeconómicos que no daban cuenta de la economía real de las personas y sus familias ni de las también reales condiciones materiales de existencia en que vivían millones de personas. Una insatisfacción que había sido sistemáticamente negada por las elites políticas, económicas e intelectuales del país, todas ellas, o la mayor parte de ellas, subidas alegremente a una tabla de surf desde la que no veían, o no querían ver, los roqueríos que estaban cerca de la costa y que amenazaban su estabilidad.

Lo que las protestas de 2019 pusieron de manifiesto no fue solo una crisis de expectativas de sectores medios que habían visto interrumpido su ascenso social y económico. Mostraron también una crisis de carencias de muchísimos compatriotas que no tenían asegurada una atención sanitaria oportuna y de calidad, ni una educación pública de calidad, ni una vivienda digna, y menos aún una pensión justa al término de su vida laboral, y que, como compensación a todo eso y a los bajos ingresos por el trabajo, habían sido empujados a un alto y crónico endeudamiento. Un endeudamiento contraído no para cumplir algún sueño o iniciar un emprendimiento, sino para llegar a fin de mes y poder pagar por la alimentación, los servicios básicos y las cuotas

de los préstamos adquiridos. Un endeudamiento no para mejor vivir, sino únicamente para sobrevivir. En pocos años supimos también de graves actos de corrupción en la política, en los negocios, en dos ramas de las fuerzas armadas, en el fútbol, en importantes iglesias, y eso no pudo ya ser neutralizado con el pobre sedante habitual: que Chile no era el país más corrupto de América Latina. Pesó igualmente una sensación de abuso, por la corrupción, desde luego, pero también por el trato dado a la población por cualquiera que tuviera mando o poder sobre ella.

En ese contexto fue que se expresó con fuerza la demanda por una nueva Constitución, sin desvincularla a esta de las exigencias de una mayor calidad de la política, de una mayor probidad en los negocios, de una presencia pública más efectiva en la provisión de bienes básicos o primarios para poder llevar una existencia digna, autónoma, responsable, de ingresos justos por el trabajo, y de un trato a las personas como fines en sí mismas y no como medios al servicio de los fines de otro u otros.

Se concretó entonces el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución de noviembre de 2019 y, poco más tarde, en marzo de 2020, la aprobación de la reforma constitucional que dio inicio al proceso constituyente en que nos encontramos y al que este libro colabora de manera importante.

Un libro escrito desde el conocimiento, desde la sensibilidad, desde las convicciones, y que trasunta el optimismo lúcido e intransable de un conjunto de estudiosos que creen que el cambio de Constitución es posible y que se muestran dispuestos a impulsarlo no solo de cara a quienes querrían eludir ese cambio, sino de frente a quienes, aislados y en completa minoría, querrían apostar por la violencia como la vía adecuada para conseguirlo.

Solo parte del derecho de un país se contiene en la Constitución, solo una mínima parte, pero se trata de una parte básica, fundamental, y de allí que ella tenga la máxima jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Bases o principios generales de la organización del Estado y de la vida en común; derechos fundamentales de las personas; régimen político; potestades legislativas y reglamentarias; gobierno y administración del Estado tanto a nivel nacional como regional y comunal; Poder Judicial; Fuerzas Armadas; Banco Central, Ministerio Público, Servicio Electoral, Tribunal Constitucional y otras instancias dotadas de autonomía: he ahí un listado de algunas de las principales materias propias de una Constitución. Materias que son también aquellas de las que trata este libro para bien del país y del itinerario que tenemos que cumplir, sumándose a iniciativas pasadas o en curso que

apuntan al mismo objetivo.

Unas materias de regulación constitucional que estarán orientadas por la idea de dignidad humana, porque no puede ser otro el punto de partida de una Constitución democrática. Dignidad o especial valor de la especie humana en su conjunto y de cada sujeto en particular. Puede sonar una idea algo vaga, pero no lo es, y de lo más auspicioso que ocurrió con las protestas de 2019 fue que todas las demandas específicas que se manifestaron entonces fueron resumidas, precisamente, en el principio de la igualdad dignidad de todas las personas y en la pareja consideración, protección y respeto a que ellas son merecedoras.

Las “Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista” se incorpora a la conversación constitucional del país, y lo hace con un estilo serio, directo, breve y sencillo, y podrá servir, en consecuencia, como un texto que facilite la reflexión ciudadana y una mejor comprensión de la que hemos logrado acerca del momento en que nos encontramos y de la estimulante tarea que tenemos por delante.

## PRESENTACIÓN

*“La semilla que alguna vez fue entregada a la conciencia digna de miles y miles de chilenos, no podrá ser segada definitivamente.”*

Salvador Allende Gossens, 11 de septiembre de 1973.

Este libro ha sido escrito en un momento político y social histórico para nuestro país. Ante al ascenso de movilizaciones ciudadanas sin precedentes y un conjunto heterogéneo de demandas de transformación política y social, la aspiración constituyente ha logrado aglutinar y articular las esperanzas y las expectativas por un nuevo piso compartido, intentando recomponer el espacio público y la vida social —negado por el neoliberalismo y el modelo individualista— reapareciendo el sujeto constituyente que no es otro que el pueblo soberano.

De alguna manera, comienzan a caer los últimos barrotes de esa “jaula de hierro<sup>1</sup>” que por muchos años fue señalada —como metáfora política— la Constitución Política de la República impuesta en 1980, dictada bajo el D.L.3.464 de 8 de agosto de 1980. A 40 años desde la publicación del citado decreto ley y a más de 46 años desde que la dictadura militar arrebatara a sangre y a fuego el poder constituyente del pueblo de Chile<sup>2</sup>, los ciudadanos y ciudadanas han concurrido a las urnas para pronunciarse si quieren o no una nueva Constitución y el procedimiento para redactarla, es decir, para retomar y recuperar el control de su destino colectivo. En definitiva, para (auto) determinar libre y democráticamente un pacto social y político que nos comprometa a todos.

La aplastante victoria del Apruebo y de la Convención Constitucional, no sólo ilustra el carácter democrático del proceso constituyente, a partir del cual surjan nuevas reglas de distribución del poder, sino también implica un impulso *deconstituyente* del régimen anterior, alumbrando las condiciones de posibilidad para recomponer política y socialmente una nueva forma de

---

<sup>1</sup> Garretón M, Manuel Antonio; Garretón, Roberto. “La democracia incompleta en Chile: La realidad tras los rankings internacionales”. En: Revista de Ciencia Política, Santiago, v. 30, n. 1, p. 120, 2010.

<sup>2</sup> Formalmente, la Junta Militar se atribuyó el poder constituyente mediante el decreto ley N°1, de 11 de septiembre de 1973 (publicado en el Diario Oficial N°28.653 de 18 de septiembre de 1973), el decreto ley N°128, de 12 de noviembre de 1973 (publicado en el Diario Oficial N°28.703 de 16 de noviembre de 1973) y el decreto ley N°788, de 2 de diciembre 1974 (publicado en el Diario Oficial N°29.019 de 4 de diciembre de 1974).

organización institucional y socioeconómica.

Ahora bien, como lo ha constatado la literatura especializada, al mismo tiempo que se reconocen las potencialidades que presenta la apertura de un proceso constituyente, aparecen con mayor o menos nitidez, los límites y complejidades de dicho esfuerzo colectivo cruzado por dinámicas de cambio social y políticos, marchas y contramarchas que inevitablemente enfrenta una comunidad política que apuesta por reemplazar su organización constitucional<sup>3</sup>.

De este modo, el contexto en el que se despliega el cambio constitucional y su naturaleza disruptiva —que presenta su propia historicidad lo cual impide cualquier acercamiento esquemático— cuyos alcances, intensidad y escala de magnitud aún están por verse, representan para la academia un desafío no menor para la comprensión del “hecho” constituyente y su permanente tensión con la institucionalidad ya constituida, que, por tanto, no reducen su entendimiento al léxico técnico-jurídico ni se agota en las categorías del constitucionalismo.

Es por esta razón, que el contenido de este libro intenta nutrirse de experiencias, historias, vivencias y tradiciones democráticas, asumiendo un enfoque progresista. No se parte de cero. De alguna manera nos montamos sobre hombros de gigantes. Pero tampoco, es la añoranza de un tiempo anterior, sino que una propuesta para un futuro compartido. Trata, de manera humilde y consiente de las limitaciones de todo trabajo académico, de construir una propuesta constitucional que reivindique esas tradiciones y experiencias históricas, a fin de proyectarlas hacia el futuro para enfrentar los desafíos del porvenir.

Para lograr este cometido, ante los acontecimientos desencadenados desde el 18 de octubre y la indignación de la gente que se transformó en proceso constituyente, se convocó a un grupo diverso de profesoras y profesores de derecho público, con el fin de reflexionar y debatir sobre los contenidos de una nueva Constitución. A partir de este primer esfuerzo, durante aproximadamente cinco meses, se fueron desarrollando aportes concretos y específicos, que, sin intentar sustituir la deliberación del órgano constituyente, pretenden contribuir al debate público en que se inserta la redacción de una nueva Constitución, dejando constancia tanto de los acuerdos como aquellos temas en que se suscitaron discrepancias.

---

<sup>3</sup> Pisarello, Gerardo. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*. Editorial Trotta, Barcelona, 2014, p. 12.

Bajo esta premisa, se recibieron y debatieron las propuestas del profesor Fernando Muñoz León, *“La construcción de un estado como social y democrático de derecho”*, de la profesora Catalina Lagos Tschorne, *“Constitución y Feminismo”*, de la profesora Viviana Ponce de León Solís, *“Modelo económico y rol del Estado en la economía”*, del profesor Rodrigo Pérez Lisicic *“Derechos fundamentales y forma jurídica de Estado en perspectiva de cambio constitucional”*, del profesor Salvador Millaleo Hernández *“Plurinacionalidad y Discurso Constitucional Progresista”*, de la profesora Minda Bustamante Soldevilla *“Propuestas para un debate constituyente que incluya los derechos de los pueblos indígenas en una nueva constitución”*, de la profesora Estefanía Esparza Reyes, *“Eliminación del adjetivo ‘arbitraria’ a la proscripción constitucional de discriminación”*, del profesor Francisco Zúñiga Urbina, *“Régimen de Gobierno”*, del profesor Francisco Soto Barrientos, *“¿Qué mecanismos participativos debería incluir la nueva Constitución?”* y de la profesora Tania Busch Venthur, *“Contenidos para la discusión en torno a la jurisdicción constitucional en la nueva constitución”*.

Cada una de estas propuestas, fueron presentadas en el seno de las reuniones plenarios, discutidas y, posteriormente, acordadas y asumidas por el grupo. En el caso de discrepancias o divergencias, se consignaron de forma expresa las opiniones, respetando el principio de diversidad y pluralismo. Luego, a luz de la idea de una “hoja en blanco”, sin considerar un “pre – texto” constitucional sino a partir de las tradiciones culturales, políticas y jurídicas de las fuerzas progresistas, así como de los aportes de la doctrina y la experiencia comparada, se estructuraron las presentaciones bajo un índice de capítulos que se traducen en trece apartados que comprenden los siguientes temas: “I. Los fundamentos del Estado, la Sociedad y la Economía”, “II. Derechos fundamentales y sus garantías”, “III. Régimen Político: régimen semi-presidencialista”, “IV. Potestad legislativa y reglamentaria”, “V. Gobierno y Administración del Estado”, “VI. Gobierno y Administración Territorial del Estado”, “VII. Senado”, “VIII. Participación ciudadana”, “IX. Sistema electoral”, “X. Poder Judicial”, “XI. Justicia electoral”, “XII. Tribunal Constitucional” y “XIII. Autonomías constitucionales”. Cada uno de estos acápite, desarrolla, a su vez, un tratamiento más pormenorizado de las cuestiones centrales de cada sección, que entregan forma y contenido a las bases y fundamentos de esta propuesta constitucional progresista.

El resultado de este trabajo fue entregado a los presidentes de los partidos de Convergencia Progresista y fue valorado como un aporte al debate constitucional y al proceso que adviene.

Los contenidos y aportes sistematizados en este libro esperan estimular

la discusión constitucional que ya ha comenzado en una esfera pública pluralista y con la presencia de una ciudadanía cada vez más informada e interesada en intervenir en los asuntos públicos, lo cual sólo viene a reafirmar el irremplazable lugar que ocupa la deliberación colectiva y la política democrática en la elaboración de una nueva Constitución. Es en este escenario, que el trabajo académico desplegado en este documento intenta ser un aporte crítico y constructivo, asumiendo una postura, transitando de los principios a las propuestas.

*Los coordinadores*

## A. INTRODUCCIÓN

La presente propuesta fue debatida, elaborada y confeccionada en el seno del Grupo de Trabajo Constitucional de los partidos políticos reunidos en la alianza política Convergencia Progresista.

El objetivo del Grupo ha sido constituirse en una instancia de discusión técnico-política con el fin de contribuir al debate público, elaborando una propuesta sobre los contenidos para una nueva Constitución Política de la República que represente el ideario de las fuerzas políticas del progresismo en el marco del proceso constituyente ya en marcha.

Para ello, se convocó aproximadamente a más de 50 profesionales del derecho, profesoras y profesores de derecho público que durante los meses de enero a mayo se abocaron a discutir los siguientes ejes programáticos: democracia y participación y organización, funcionamiento de los poderes públicos y régimen político, Estado regional y descentralización territorial y funcional del poder y finalmente, medio ambiente, pueblos indígenas y derechos colectivos. Cada uno de estos ejes fueron abordados por un número determinado de integrantes quienes previa entrega de una ponencia o minuta del tema a tratar y su exposición oral, abrían el debate al resto del Grupo, discusiones que luego fueron registradas en actas confeccionadas por la secretaría del equipo y cuyo desarrollo se ordenaron bajos los siguientes principios: diversidad de opiniones, amplitud del debate y unanimidad en las conclusiones en la medida de lo posible.

A esta instancia colectiva se invitó al siguiente grupo de personas: Boris Santander (Universidad de Chile), Carlos Navia (Instituto Igualdad), Catalina Lagos (Universidad Alberto Hurtado e Instituto Igualdad), Claudia Sarmiento, (Universidad Alberto Hurtado); Denisse Hernández (Universidad Finis Terrae), Emilio Oñate (Universidad Central), Enrique Díaz (Universidad Santo Tomás); Enza Alvarado, (Universidad de Chile), Estefanía Esparza (Universidad de La Frontera), Felipe Peroti Díaz (Universidad de Chile e Instituto Igualdad), Fernando Muñoz (Universidad Austral), Flavio Quezada (Universidad de Valparaíso e Instituto Igualdad); Francisco Fernández, Francisco Soto (Universidad de Chile), Francisco Vega (Universidad de Talca), Guillermo Vásquez, Francisco Aldunate (Instituto Igualdad), Jorge Insunza, José Antonio Ramírez Arrayas, José Antonio Viera-Gallo (Universidad de Chile – Universidad Alberto Hurtado), Leslie Sánchez (Universidad de Tarapacá), Liliana Galdámez (Universidad de Chile), Milka Castro (Universidad de Chile), Minda Bustamante (Universidad de Chile), Kamel Cazor (Universidad Católica del Norte), Miriam Henríquez (Universidad Alberto Hurtado), Nicolás Facuse (Instituto Igualdad),

Pablo Marschall (Universidad Austral), Patricia Albornoz (Universidad de Chile), Raúl Letelier (Universidad de Chile), Héctor Valladares (Instituto Igualdad); Roberto Cárcamo, (Universidad Mayor), Rodrigo Pérez (Universidad de Atacama); Rodrigo Riveros (Universidad Central), Salvador Millaleo (Universidad de Chile e Instituto Igualdad), Tania Busch (Universidad de Concepción y Universidad Andrés Bello, sede Concepción), Valeria Lübbert (Universidad de Chile), Héctor Palavecino (Instituto Igualdad), Viviana Ponce de León (Universidad Austral), William García, (Universidad Alberto Hurtado), Leonardo Cofré Pérez (Universidad de Chile) y Rodrigo Pica (Universidad de Chile) hasta el 1 de marzo de 2020, entre otros<sup>4</sup>.

El análisis y revisión crítica de esta propuesta estuvo a cargo del profesor Eduardo Aldunate (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). En las arduas tareas de secretaría de este Grupo de Trabajo se desempeñaron los jóvenes ayudantes Simón González y Cristóbal Rivera (Universidad de Chile); a quienes corresponde extender un reconocimiento a su incansable labor.

Los aportes escritos que fueron entregados por las encargadas y los encargados de los temas a debatir, sus intervenciones orales y el intercambio de ideas en cada sesión, constituyen la base de la propuesta que aquí se presenta. De igual manera, para la confección de este documento, se tuvieron a la vista las “Bases de la Nueva Constitución” que contiene la propuesta de los distintos equipos programáticos que apoyaron la candidatura de la Presidenta Michelle Bachelet Jeria del año 2013, los resultados que surgieron del proceso constituyente que se realizó durante el gobierno de la Presidenta Bachelet, diversos insumos, documentos y discusiones a nivel académico, partidario y político, existentes a esta fecha como aquellos en actual desarrollo. También se tuvo a la vista la reforma constitucional de 2005, promulgada en el gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar, en la que se observan avances institucionales y se desechan propuestas como la instauración de un Estado social.

Como resultado del trabajo y debate desarrollado durante los primeros meses de este año, se arribó al presente documento con la pretensión de aportar al debate público sobre una nueva Constitución para Chile. Desde luego este esfuerzo, en ningún caso, intenta agotar el debate constitucional ni confinar las respuestas a una determinada visión disciplinar o académica, las que, por su naturaleza y el momento en que se abordan resulta una tarea imposible. El objetivo de la presente contribución académica es estimular la

---

<sup>4</sup> Tanto los integrantes Jorge Insunza como José Antonio Ramírez Arrayas presentaron observaciones al presente documento y entendemos que dichas prevenciones serán discutidas en las instancias internas del Partido por la Democracia.

reflexión y disponer de un arsenal de herramientas construidas colectivamente que aporten en la elaboración de un pacto constitucional originado en democracia.

## **B. MOMENTO CONSTITUYENTE EN CHILE**

La movilización social ascendente desde el 18 de octubre de 2019, la repolitización de la sociedad civil y la rearticulación de nuevos movimientos sociales que se suman a los movimientos populares tradicionales, han puesto en evidencia no sólo los estragos sociales provocados por el modelo económico neoliberal, sino también la creciente deslegitimación de las élites gobernantes y el agotamiento de la fórmula política de la transición. A su vez, esta reacción social frente a una sociedad cruzada por la desigualdad ha traído consigo la activación de las aspiraciones constituyentes y democratizadoras de la sociedad chilena, volviendo en impracticables las respuestas “reformistas” del pasado, reforzando la opción por un cambio constitucional que se encauce pacíficamente a través de un procedimiento institucional, democrático y participativo.

El 18 de octubre visibilizó las injusticias del presente, pero también los anhelos por un futuro mejor.

El “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” del 15 de noviembre del año pasado representa una primera valiosa respuesta a la demanda de un nuevo pacto social, adoptando un camino institucional que permita a la ciudadanía soberana pronunciarse por una nueva Constitución y su mecanismo de elaboración. La Ley N°21.200, publicada el 24 de diciembre de 2019, consolidó dicha ruta encargada de encauzar el proceso constituyente ya en marcha, cuya legitimidad democrática ha resultado reforzada por la reforma de “democracia paritaria” introducida por la Ley N°21.216, de 24 de marzo de 2020.

En efecto, parte importante de la legitimidad social de la reforma constitucional del 24 de diciembre de 2019 depende de las reglas y la conformación del órgano constituyente, con el fin de asegurar una instancia representativa y diversa.

Una perspectiva excesivamente formal tiende a diferenciar entre el procedimiento de elaboración de una Constitución —y la integración del órgano constituyente encargado de dicha tarea— y sus contenidos, sin considerar que existe una conexión interna entre la forma y el fondo (o el contenido de la Constitución) en la medida que las reglas procedimentales

constituyen condiciones de posibilidad para establecer un espacio de deliberación representativo, de mayor distribución del poder y altamente participativo que permitan al pueblo soberano adoptar y apropiarse de la nueva decisión constitucional.

Pues bien, la aprobación en el Congreso Nacional de la propuesta de reforma constitucional que permite la conformación de pactos electorales de independientes y garantiza la paridad de género en las candidaturas para la integración del órgano constituyente el pasado miércoles 4 de marzo constituye un hito histórico, cultural y político en la ampliación de los espacios democráticos existentes en nuestro país y dota al proceso de cambio constitucional de la mayor legitimidad posible. De hecho, el proceso constituyente, con esta configuración institucional, democrática y participativa, es único en América Latina.

A su vez, la histórica aprobación de la conformación paritaria de la Convención Constitucional representa una victoria de primera importancia que se proyectará en el tiempo y alcanzará los debates en la elaboración de una nueva Constitución. De hecho, el movimiento feminista, no sólo ha logrado repolitizar a la sociedad chilena y construir un relato igualitario alternativo al modelo neoliberal frente a los retos del siglo XXI, sino que además ha aportado los ingredientes para un nuevo sentido común que se expresan en la centralidad de la histórica reivindicación de las mujeres por el pleno ejercicio de sus derechos y al mismo tiempo en la profundización del proceso democrático que garanticen a más de la mitad de la población intervenir en la decisiones públicas, abriendo la alternativa para la construcción de una “democracia paritaria”, que renueve nuestro sistema republicano como orden político.

Junto a estas legítimas demandas democratizadoras aún falta por sumar la reserva de escaños para los pueblos indígenas en el órgano constituyente, iniciativa imprescindible para saldar una deuda histórica de Chile con sus pueblos. La presencia de convencionales indígenas mediante escaños reservados y su consagración constitucional significa la apuesta política por el reconocimiento y respeto a la diversidad, el diálogo y la plurinacionalidad por lo cual su consecución se alza en uno de los principales desafíos en las próximas semanas.

En definitiva, la consagración constitucional de escaños reservados para los pueblos indígenas en la Convención Constitucional, los mecanismos que facilitan la participación de los independientes y la asignación paritaria de escaños, constituyen factores dinamizadores que no sólo impulsan el

proceso constituyente en un sentido democratizador y transformador — acelerando el desmantelamiento del bunker constitucional en que se ha convertido la Constitución del 80'—, sino que también adelanta las líneas sobre los contenidos de los debates constitucionales que están por venir.

La crisis sanitaria y social que asola a nuestro país como consecuencia del COVID-19, obligó a modificar el itinerario del proceso constituyente. Así, mediante la reforma constitucional contenida en la Ley N°21.221, de 26 de marzo de 2020, se postergó el plebiscito nacional para el día 25 de octubre de 2020 y la elección de los convencionales constituyentes para el día 11 de abril de 2021. Si bien, en el momento en que se confecciona esta propuesta, no es posible determinar todas las consecuencias sanitarias y los impactos económicos y sociales que trae asociada esta pandemia global, sus efectos inmediatos han dejado al descubierto las precarias condiciones de vida de muchos compatriotas y las desigualdades existentes en nuestro país. En este sentido, las medidas adoptadas por las autoridades políticas en una situación de emergencia sanitaria han permitido constatar, una vez más, las limitaciones e insuficiencias del texto constitucional vigente (así lo demostró, por lo demás, el proyecto de ley del post natal de emergencia o la discusión durante la tramitación del proyecto de ley de prohibición de suspensión de servicios básicos, entre otros tantos ejemplos).

Al mismo tiempo, la emergencia sanitaria ha develado la intención de grupos conservadores de obstaculizar el proceso constituyente. Se ha dicho que los escenarios económicos adversos que se esperan como consecuencia de la pandemia global, la consiguiente crisis social y el supuesto desinterés ciudadano, recomendarían una nueva dilación o incluso la suspensión del primer proceso constituyente democrático y participativo de nuestra historia. Debemos estar atentos y vigilantes frente a esta estrategia autoritaria y otras similares por venir, que pretenden supeditar la política democrática al neoliberalismo, y que insisten en impedir que el pueblo chileno se pronuncie democráticamente sobre los principales problemas político-sociales que se aborden en la nueva Constitución.

## C. UNA NUEVA CONSTITUCIÓN NACIDA EN DEMOCRACIA: BASES Y FUNDAMENTOS PARA UNA PROPUESTA CONSTITUCIONAL PROGRESISTA



Salvador Allende Gossens,  
Presidente de la República de Chile  
(1970-1973)

La discusión sobre los contenidos de una nueva Constitución implica considerar las limitaciones que impuso el texto constitucional de 1980 a la acción política de gobiernos que se propusieron avanzar en un sentido transformador —tal como sucedió durante los gobiernos del Presidente Ricardo Lagos y de la Presidenta Michelle Bachelet—, identificar aquellas fórmulas constitucionales que se encuentran agotadas, actualizar y revalorizar aquellas garantías que forman parte del legado del constitucionalismo liberal, democrático y social, así como la elaborar una propuesta de futuro ante los insuficientes marcos constitucionales vigentes que aborde los problemas y desafíos —sociales, tecnológicos y ecológicos— propios de nuestro tiempo.

Este esfuerzo colectivo no puede dejar de reivindicar a los juristas e intelectuales progresistas que han contribuido a esta cultura constitucional democrática y social como Valentín Letelier Madariaga, Mario Bernaschina González, Manuel Sanhueza Cruz, Eduardo Novoa Monreal, Julieta Kirkwood Bañados, Mario Verdugo Marinkovic, Jorge Marío Quinzio Figueredo, Enrique Silva Cimma, Juan Bustos Ramírez, Norbert Lechner, Jorge Tapia Valdés y el aporte imperecedero del denominado “Grupo de los 24” en la década de 1980.

Entre las principales propuestas de las fuerzas políticas del progresismo se encuentran la de garantizar los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales, igualdad entre los géneros, paridad, la protección de la naturaleza y conferir al Estado y al Gobierno la tarea principal de asegurar las bases materiales para el ejercicio de los derechos fundamentales. Todo lo anterior, implica activar los poderes públicos en la defensa de la salud, la seguridad social, la vivienda, el trabajo, la educación y el conjunto de derechos sociales fundamentales, así como también elaborar e implementar leyes y políticas públicas efectivas que permitan avanzar en una igualdad de género y en la paridad.

Lo anterior busca consolidar un cambio de paradigma —iniciado a partir de los gobiernos de la Presidenta Bachelet— que abandone una concepción neoliberal que reduce los derechos a los de autonomía negocial y de libertad como zonas de no interferencia estatal y apueste por asumir una perspectiva actualizada de los derechos fundamentales como aquellas expectativas negativas (de no lesión) o positivas (de prestación) constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular y que imponen límites infranqueables tanto a la acción de los poderes públicos como de los poderes privados, “poderes salvajes” de distinto orden que también pueden vulnerar los derechos y libertades de las personas.



Pedro Aguirre Cerda, Presidente de la  
República de Chile (1938-1941)

Ahora bien, este concepto sin duda alguna constituye, quizás, el cambio ideológico y cultural a nivel constitucional más profundo desde 1990 a la fecha y sus consecuencias alcanzan también a un nuevo concepto del Estado. Un concepto que se emparenta con el principio de Estado social y democrático de Derecho y con el Estado de bienestar, en su versión más contemporánea y reformada que recoge las mejores experiencias de los países de Europa.

Por otra parte, el conjunto de propuestas constitucionales debe asumir al acentuado déficit de legitimidad, de representación y de participación que afecta al sistema político chileno, lo cual impacta en el buen gobierno y en la calidad de nuestra democracia. Sin duda, la demanda de una nueva Constitución —que a lo menos se remontan al año 2010— que ha generado un proceso deliberativo muy profundo y extendido en nuestra patria, son expresión de aquello.

De este modo, una propuesta constitucional debe fundarse en combatir todas las formas de abuso, particularmente las que tienen una expresión institucional, configurando las condiciones para reducir y morigerar las desigualdades existentes en el país, ante la exacerbada cobertura que la Constitución de 1980 ha otorgado a los derechos civiles de contenido

patrimonial.

Si bien una nueva Constitución no soluciona todos los problemas de Chile, es un principio de solución en la medida que su elaboración convoque a toda la ciudadanía como parte de un pacto soberano para vivir mejor y en paz, y como toda obra humana es mutable y perfectible en su realización más plena.



Ricardo Lagos Escobar,  
Presidente de la República de  
Chile (2000-2006)

En la nueva Constitución chilena no sobra nadie. En su contenido deben tener cabida también las ideas y visiones de nuestros adversarios, para que, sin temor, todos podamos construir con autonomía los proyectos y planes de vida que cada uno decida vivir. Debemos de una vez por todas tener una Constitución que sea fruto de un auténtico **compromiso constitucional** —a fin de reemplazar el “falso” consenso constitucional que dio lugar la práctica constitucional chilena— que asegure el gobierno de la mayoría y el respeto a los derechos y la participación e inclusión de las minorías.

De lo que se trata, es que la nueva Constitución refleje las relaciones de poder político, social y económico existentes en un determinado momento histórico delimitando el terreno sobre el que se desarrolla la formación democrática de las decisiones políticas en que se acogen o descartan las distintas opciones de modelos de sociedad y/o programas políticos que se sometan a debate en la esfera pública.

Por todo lo anterior, la nueva Constitución, inaugura una nueva República de Chile, por lo que el anhelo de un pacto constitucional originado en democracia exige un grado especial de deliberación, responsabilidad y disciplina ciudadana.



Michelle Bachelet Jeria, Presidenta  
de la República de Chile (2006-  
2010/2014-2018)

## I. FUNDAMENTOS DEL ESTADO, LA SOCIEDAD Y LA ECONOMÍA

### 1 Presentación

La Constitución debe optar por una concepción personalista del Estado y no entenderlo sólo un sistema de potestades sino un sistema de garantías. La Constitución, que es una ordenación jurídico-fundamental del orden político debe contener en su frontispicio un conjunto de decisiones fundamentales (Böckenförde), que dicen relación con la persona humana, la forma del Estado y del Gobierno y las relaciones de éste con la sociedad y la economía.

El déficit democrático y la imposición ideológica de la Constitución de 1980/2005 en su origen y en el contenido normativo que la constituye, así como la deficiencia y falta de representatividad de su arreglo institucional, nos exigen, como sociedad democrática, plural y deliberante, un análisis prospectivo constitucional, que arribe a identificar las bases de una “nueva Constitución”. Las cincuenta y dos leyes de reforma constitucional introducidas a la Constitución de 1980, que permiten hoy hablar de Constitución de 1980/2005, introducen un factor de legitimidad muy parcial a la Carta que está forzado por una transición, eminentemente “pactada”, plagada de cerrojos institucionales y, por ende, reflejo de un falso consenso constitucional. Luego, la distinción clásica entre legitimidad de origen y de ejercicio no debe ser usada para legitimar la Constitución vigente, la que sigue teniendo un déficit de legitimidad al ser fruto de la imposición de un régimen autoritario, y sus reformas fruto del chantaje de una minoría de centro derecha que se parapetó en el texto de la 1980 en defensa de sus intereses y privilegios.

En efecto, el diseño constitucional que nos rige, impide el ejercicio efectivo de la soberanía por parte del pueblo, bajo el pretexto de una “soberanía de la Constitución”, ya que hace imposible que la mayoría prevalezca a la hora de decidir acerca de los asuntos públicos más fundamentales, “neutralizando” su acción política; desconoce, de igual manera, a las minorías en el desarrollo de las políticas públicas y en la protección de sus derechos; y dificulta absolutamente la intervención estatal que acoja los requerimientos de miles de ciudadanos que tantas veces se debaten en el desamparo. Debido a lo anterior, hemos generado una sociedad que desconoce, ignora o reniega de la representatividad política de los cargos, que no permite la participación y que, al diagnosticar la imposibilidad de innovar en las políticas públicas, éstas se fundan y perpetúan bajo el techo ideológico autoritario y neoliberal dispuesto en la Constitución de 1980.

## **2 Decisiones fundamentales acerca de la persona, la sociedad, la economía y el Estado**

Debido a lo anterior, se proponen un conjunto de bases acerca de las decisiones fundamentales que la nueva Constitución debe hacer sobre el Estado, la persona, la sociedad y la economía, así como las relaciones que deben existir entre éstas.

### **2.1. El Estado social y democrático de Derecho**

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. Los derechos fundamentales y las libertades públicas y los proyectos de vida, que cualquier persona desea adoptar, dependen de que existan las condiciones sociales y económicas de poder decidir y esto no sucede cuando concurren en ella un conjunto de hechos que constituyen desventajas, insalvables por miles de familias chilenas. Por esta razón, resulta importante reflejar los valores centrales de una nueva forma de comprender las intervenciones públicas, bajo la óptica de un Estado social y democrático de Derecho.

El Estado de Derecho es una forma jurídico-política de Estado que surge con las grandes revoluciones francesa y americana del siglo XVIII y que actualiza el viejo ideal de gobierno de la ley, forma estatal en que el principio de legalidad se convierte en la medida de toda autoridad legítima y además en un límite en el ejercicio del poder, a fin de salvaguardar los derechos individuales. De este modo, el Estado de Derecho es una creación del liberalismo, que en el siglo XX es complementada y superada por el Estado social y democrático de Derecho, que surge en el periodo de entre guerras como una teorización socialdemócrata y que después de la segunda guerra mundial se convierte paulatinamente en una fórmula de compromiso plural en lo ideológico y fundacional del Estado de las democracias contemporáneas. En el siglo XXI el desafío del Estado social es la eficiencia y desburocratización, el empleo de todas las herramientas que la legalidad permite para proveer a las necesidades de la población. En consecuencia, el Estado social es más Estado, pero no más burocracia. El Estado social del siglo XXI es democrático, abierto a la participación social, y por ende no admite burocracias y élites tecno-burocráticas que impiden la participación social en las políticas públicas y en las estrategias de desarrollo.

La satisfacción del conjunto de expectativas y demandas que han

emergido en el presente proceso de movilización significa concebir mediante la nueva Constitución un nuevo modo de existir para nuestra comunidad política, el que empleando el lenguaje constitucional se denominará un Estado social y democrático de Derecho. Tal modalidad de Estado constitucional no niega la propiedad privada ni el libre mercado, pero sí incorpora principios, derechos y diseños institucionales que buscan garantizar, más allá de la propiedad y el mercado, acceso a mínimos de bienestar material, participación política y reconocimiento social que son considerados como condiciones sociales imprescindibles para el ejercicio pleno de la ciudadanía y para la vitalidad del proceso democrático.<sup>5</sup>

El Estado social y democrático de Derecho complementa el Estado Liberal, ya que preserva el principio de legalidad, pero le impone al Estado un conjunto de cometidos en relación a las personas, a la sociedad civil y la economía; superando un Estado gendarme o mínimo para reconocer un Estado de Bienestar que procura la salvaguarda de derechos económicos sociales y culturales reflejo de necesidades públicas impostergables tales como educación, salud, renta básica, trabajo, sindicación, descanso, previsión social, vivienda, entre otros.

El Estado social y democrático de Derecho no es sólo un Estado regulador sino también un Estado gestor de servicios y de fomento, y empresario; pero que compatibiliza la actividad pública y privada en la economía y la sociedad. Luego el Estado social y democrático de Derecho es un Estado fuerte, con musculatura, dotado de recursos humanos profesionales calificados por sus méritos y vocación de servicio, en suma, un Estado eficiente para cumplir sus cometidos, pero no un Estado híper-burocrático capaz de ahogar fiscalmente a la economía del país o sustituir o desplazar la esencial iniciativa privada o emprendimiento empresarial.

La idea de consagrar constitucionalmente el carácter social y democrático de nuestro Estado de Derecho no le atribuye a tal definición el carácter de ser un remedio universal ni tampoco supone que esta noción sea de fácil y transparente aplicación en cada una de las decisiones que están llamados a tomar el legislador y los gobernantes, o en cada uno de los casos de colisión o conflicto entre potestades o derechos que deberán resolver los tribunales ordinarios y la jurisdicción constitucional. Es importante comprender que en el marco de una sociedad pluralista en la que coexisten personas con distintas concepciones de la justicia y distintos intereses materiales, la

---

<sup>5</sup> En los siguientes párrafos y hasta el final de esta sección, Muñoz, Fernando. "La construcción de un estado como social y democrático de derecho", minuta presentada y exposición realizada el 18 de enero de 2020.

aplicación de estos grandes principios de organización del Estado será siempre un asunto controversial. Es importante entonces entender que la consagración constitucional del Estado social y democrático de Derecho no reemplazará la política, entendida como la gestión institucionalizada de los conflictos al interior de la comunidad estatal. Esto no significa en ningún caso que dicha proclamación sea política o legalmente irrelevante, pues la función de las cláusulas constitucionales abiertas es la de proveer el vocabulario fundamental a través del cual se deberán articular las distintas visiones e intereses en pugna dentro del proceso político en sentido amplio, es decir, tanto en sus espacios formales e institucionales como en sus lugares cotidianos e informales.

En otros términos, definir constitucionalmente el carácter democrático y social del Estado de Derecho ofrece un paradigma normativo para evaluar las distintas demandas y propuestas que confluyen en la arena pública, para desechar aquellas opciones que se alejen de forma explícita de su marco de referencia, y para establecer horizontes temporales para la realización de aquellos proyectos que logren persuadir a la ciudadanía de que ofrecen la mejor interpretación de este paradigma constitucional. La consagración constitucional de un Estado social y democrático de Derecho mediante una cláusula constitucional no reemplazará a los futuros agentes de la política institucional, pero sí les entregará un marco normativo de referencia.

Ahora bien, ¿qué significa concretamente que la organización estatal se caracterice como social, democrática y de derecho?

En un sentido normativo formal, se remite a la existencia de una cláusula en el texto constitucional que señale que tal es la modalidad de Estado adoptada. La Ley Fundamental alemana señala en su artículo 20 que "*La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social*"; la Constitución española afirma en su artículo 1.1. que "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho*". Otras fórmulas expresan la misma idea. La Constitución italiana declara en su artículo 1º que "*Italia es una República democrática fundada en el trabajo*" y agrega en su artículo 3º que es obligación de la República "*suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país*".

En un sentido material, debe ser posible sostener como explicación reconstructiva del diseño constitucional de titularidades subjetivas y

potestades públicas que efectivamente existen derechos y potestades que profundizan el carácter participativo y solidario de nuestra organización constitucional. Esto supone, por una parte, una ampliación de la participación ciudadana mediante mecanismos de democracia semidirecta y directa. Esto también supone la consagración de una ciudadanía laboral: mediante normas que orienten a la creación de comités de empresa dotados de funciones de cogestión; representación laboral en directorios; participación efectiva de cotizantes en directorios de administradoras de fondos de pensiones e instituciones de salud previsional; y normas sobre huelga y negociación colectiva inter—empresa y a nivel ramal.

En un sentido jurídico, la cláusula de Estado social y democrático se convierte en un criterio de interpretación e integración en la revisión constitucional de la legislación. Esto supone reemplazar la dogmática constitucional rígida y originalista por una dogmática constitucional abierta a la realización progresiva de sus grandes objetivos colectivos y dialogante con los discursos ciudadanos que formulan pretensiones que el proceso político debe realizar.

En un sentido político, el Estado constitucional es un programa constitucional llamado para realizar a través de decisiones legislativas y administrativas que serán tomadas por las mayorías parlamentarias y el Poder Ejecutivo. La verdadera realización del Estado constitucional, en consecuencia, requiere la construcción de mayorías ciudadanas que respalden este sentido y de partidos políticos que lleven a cabo este programa constitucional de manera virtuosa.

## **2.2. República democrática, representativa, participativa y paritaria**

Las constituciones históricas en Chile han empleado diversos términos para designar la forma política del Estado, a saber: “*república representativa popular*” (art. 21 de la Constitución de 1828), “*gobierno popular representativo*” (art. 2 de la Constitución de 1833), gobierno “*republicano y democrático representativo*” (art. 1 de la Constitución de 1925) y, la escueta “*república democrática*” (art. 4 de la Constitución de 1980), entre otras. Las constituciones históricas de nuestro país imprimen un sello a la forma política del Estado, que es la opción por la República, es decir, la política entendida como actividad colectiva y vicarial, el poder político fundado en el derecho y no el capricho de una o más personas, la temporalidad en el ejercicio del poder, la electividad de las autoridades del Estado, la educación pública, la virtud ciudadana y la responsabilidad en el ejercicio del poder.

En esta nueva Constitución es la República su seña de identidad política basal, y ésta se funda en los principios de representación y de participación de la democracia. La forma política republicana adscribe a una forma política de Estado propia de la modernidad y de las democracias contemporáneas de tipo pluralista que se consolidan en Occidente después de la segunda guerra mundial, y que influyen decisivamente hoy en nuestra América Latina. Tales democracias no son sólo democracias representativas o indirectas fundadas en elecciones periódicas, sino que se definen como democracias participativas o semidirectas que completan las elecciones periódicas con un conjunto de técnicas de participación del pueblo en las decisiones públicas en diversos niveles territoriales, y que incluyen la revocatoria, el referéndum, las consultas y la iniciativa popular de ley en todas sus variantes.

La realidad política actual chilena contrasta con los ideales republicanos, que en parte explican la creciente distancia entre las elites y la ciudadanía. Si se considera datos públicos, el promedio de edad de los senadores es de 56 años y de los diputados es de 45, 6 años y la composición por género del Senado alcanza a un 26% de senadoras y en la Cámara de Diputadas y Diputados la cifra llegó a un 22% de diputadas, que, si bien constituyen avances en comparación a legislaturas anteriores, constituyen resultados absolutamente insuficientes. En cuanto al período de permanencia en los cargos, en el caso de los diputados la proporción de legisladores que se reeligen en uno o más períodos fluctúa entre el 34% y el 40% mientras que en el caso de los senadores un porcentaje no menor del 14% de legisladores ha completado doce años en el cargo. A esta incumbencia se agrega el nepotismo que implica que familiares comparten concejalías, alcaldías, cargos parlamentarios, directorios y toda clase de posiciones, sinecuras, y privilegios públicos.

Se observa, además, el tratamiento por las élites políticas de la Administración estatal como un "*sistema de despojos*", de reparto, que convierte a las oficinas administrativas en "*agencias de empleos*", echando por tierra los avances que se han introducido en orden a favorecer el mérito en la selección y reclutamiento de funcionarios públicos y altos directivos públicos.

La competencia electoral se produce dentro de las coaliciones, lo cual robustece el rol de las directivas a la hora de ceder distritos de los disidentes y de repartir distritos blindados para los que las apoyan al interior de sus partidos. Por su parte, los ciudadanos son los que se ven afectados por el "*cuoteo*", el inmovilismo, la persecución en el aparato público y en las empresas privadas. En definitiva, son las personas comunes las que sufren la falta de participación

en las decisiones que les afectan, el centralismo y la concentración del poder en Santiago.

Por todo lo anterior es que la ciudadanía chilena clama por más instancias de representación y participación y porque se termine de una vez con los abusos de la incumbencia y el nepotismo. Si bien, la reforma electoral de 2015, la implementación de primarias, la participación en la generación de políticas públicas conforme a la Ley N°18.575, acceso a la información pública, etc., han implicado avances, a ello deben agregarse medidas más estrictas, como limitar la reelección a una vez en el mismo cargo y el nepotismo en cargos públicos, que sean capaces de renovar y dignificar el ejercicio de la función pública.

En ese sentido, proponemos establecer una cláusula de no reelección consecutiva para todo cargo público de origen popular.

Es también necesario consagrar mecanismos de participación directa de la ciudadanía, como el referéndum de especial trascendencia, iniciativa popular de ley, la iniciativa popular para abrogar leyes y la revocatoria de autoridades. Asimismo, crear mecanismos de participación y diálogo social, a través de un Consejo Económico y Social, que tendrá por objetivo ser un órgano consultivo, integrado por asociaciones vinculadas a los empresarios y los proveedores del capital, las entidades del trabajo y de las profesiones.

También es indispensable reforzar los derechos de la ciudadanía vinculados a la democracia, la representación y la participación, y hacer efectivo el sufragio en el extranjero, como también incorporar un derecho de asociación genérico y un derecho de asociación política específico, así como un derecho de acceso a la información pública.

De este modo la república democrática chilena se debe asentar en los principios de representación y participación, y en los principios de responsabilidad, alternancia y solidaridad, que son propios a una democracia moderna, sólida y estable.

A su vez, uno de los principales objetivos políticos que las fuerzas progresistas deben asumir en este momento constituyente consiste en apostar por la alteración de la estructura del poder que se aloja en la Constitución. Entrar en palabras de Gargarella a la “sala de máquinas” de la Constitución con el objeto de lograr las reformas políticas que permitan desconcentrar el poder, a través de la incorporación de las mujeres a espacios históricamente cooptados por hombres, sentando las bases para una democracia paritaria.

Asimismo, la incorporación de las mujeres como sujeto político, implica incluir disposiciones que apunten a la superación de obstáculos estructurales que enfrentamos las mujeres, como, por ejemplo, la dicotomía público - privado y la división sexual del trabajo.<sup>6</sup>

De este modo, entre los contenidos de una nueva Constitución debe consagrarse el principio de democracia paritaria que promueva la participación política de las mujeres en todas las esferas de toma de decisiones y asegure la composición equilibrada de los órganos de poder e instituciones públicas con el fin de modificar radicalmente los presupuestos en que descansa la democracia representativa. La paridad también debe extenderse a la sociedad civil y sus organizaciones y al mundo de la empresa.

En igual sentido, el Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular. Se debe garantizar el ejercicio efectivo de los derechos políticos de las mujeres prestando especial atención al derecho a ser elegidas y a ocupar cargos de elección popular, así como nominación en las instancias de dirección y decisión de los poderes públicos. La ley deberá establecer las medidas de acción positiva que permitan alcanzar igualdad y, además, la paridad en los cargos de representación popular y de designación directa.<sup>7</sup>

Un desafío adicional es promover una mayor participación de mujeres indígenas en la institucionalidad estatal o en espacios de decisión para abordar derechos de pueblos indígenas. Analizando las actas y la sistematización de los procesos de consulta constituyente indígena la participación de mujeres a niveles de encuentros locales y regionales es mayoritaria en comparación con la de los hombres, participación que se diluye cuando se llega a etapas de decisión política.

En el proceso participativo constituyente de 2016, impulsado por la Presidenta Michelle Bachelet, las mujeres indígenas tuvieron una participación mayoritaria llegando a un 54,8 % en los encuentros convocados y a un 51,3 % en los encuentros auto convocados. Por su parte, en el caso del proceso de consulta indígena constituyente de 2017 se observa el mismo fenómeno. En los encuentros regionales las mujeres participantes alcanzaron el 48% y los hombres un 44%, hay un 8% de personas de las que no se tienen información por sexo. En el encuentro final de diálogo con el Estado hubo un total de 144 participantes, siendo 78 hombres y 66 mujeres.

---

<sup>6</sup> En los siguientes párrafos, Lagos, Catalina. "Constitución y Feminismo". Exposición realizada el 11 de enero de 2020.

<sup>7</sup> *Ibíd.*

Un estudio de la Fundación Aitue de 2019 sobre participación de mujeres indígenas nos muestra que en el caso de las comunidades indígenas la mayoría tiene como máxima autoridad de su directiva una mujer. Esta situación se ve reflejada en la participación de mujeres en los procesos de consulta indígena que se han desarrollado desde la entrada en vigencia del Convenio N°169 de la OIT.<sup>8</sup>

El estudio también nos indica que se da el mismo fenómeno en la conformación del Consejo de la CONADI. Desde la creación del Consejo de la CONADI y desde que sus Consejeros/as con electos/as la participación de consejeras mujeres es poca. La única vez que hubo dos mujeres fue en el periodo 2011-2014: las consejeras Ana Llao y Claudia Pailalef. En el actual Consejo no hay ninguna consejera mujer.

Se observa que cuando no hay mujeres en espacios de decisión política (CONADI, u otros) no se visibilizan aspectos importantes para el ejercicio de derechos de las mujeres indígenas

Finalmente, en este nuevo reparto del poder en clave republicana, requiere no sólo de controles políticos y jurídicos sobre los detentadores del poder, sino también de un control social, primeramente, de la opinión pública y la sociedad civil que haga posible el *accountability* del servicio público, y por ende, se requiere de una sociedad de la información abierta y con plurales medios de comunicación, multimedial y de redes sociales, que hagan posible dicha sociedad.

### **2.3. Un nuevo pacto constitucional en lo económico y social<sup>9</sup>**

La dictadura cívico-militar que gobernó nuestro país entre 1973 y 1990 instauró un modelo económico neoliberal, basado en políticas o medidas como la privatización de empresas y servicios públicos, la desregulación de la actividad económica, una protección jurídica robusta de la propiedad privada y de las libertades económicas, lo que encuentra proyección en distintas normas constitucionales, así como legales.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en la regulación de los derechos sociales, tales como la educación, la salud, la previsión social, donde el foco no está en garantizar el acceso de las personas a estos derechos, de acuerdo

---

<sup>8</sup> Alborno, Patricia y Bustamante, Minda. *Derechos de las mujeres indígenas en Chile: Aproximándonos a la participación y las políticas Públicas*. Fundación Aitue, 2019: <https://bit.ly/38uE8pu>.

<sup>9</sup> Ponce de León, Viviana. "Modelo económico y rol del Estado en la economía" exposición realizada el 18 de enero de 2020.

con estándares de igualdad y calidad, sino que por el contrario, el énfasis está en garantizar que particulares puedan ser proveedores de estos servicios, y que sus usuarios puedan elegir un sistema público o privado de provisión, proyectándose también en la protección de recursos naturales y la regulación del medioambiente, cuya defensa considera la posibilidad de imponer restricciones a otros derechos, pero sólo en la medida que sean específicas, lo que significa que esas limitaciones están sujetas a un estándar más elevado que otras limitaciones que se puedan encontrar en la Constitución, y por cierto que se aprecia también en la regulación de la propiedad, que es uno de los derechos más extensamente regulado en la Constitución, con un claro sesgo, a favor del interés privado con cierta prescindencia del interés general, no obstante la consagración de la función social de la propiedad, y también en la regulación del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, derecho que no incorpora una visión integral de la economía, al centrarse fundamentalmente en el empresario y no en el trabajador ni en los derechos de los consumidores.

En este contexto el Estado, según la interpretación dominante, tiene un rol subsidiario y residual, en la economía. Pero es un rol subsidiario tramposo, porque no corresponde plenamente a la descripción teórica que se suele hacer de la subsidiariedad, en su totalidad, que comprende una faz negativa, y una faz positiva; una faz negativa que implica un deber de abstención de Estado frente a aquellas actividades que los particulares quieran y puedan realizar, y tiene esta faz positiva que implica que el Estado sí debe actuar cuando los particulares no quieran y no puedan realizar estas actividades, cuando el interés general lo exija.

De ahí que, se observe cierto cinismo o doble estándar de los defensores del neoliberalismo, que por una parte defienden el estado mínimo, y por otra, claman por más Estado cuando las crisis económicas requieren de apalancamiento financiero público, subsidios o rescates financieros de las empresas.

En la Constitución lo que ocurre, de acuerdo con la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, es que el foco de atención está sólo en la faz negativa, y correlativamente eso se proyecta en un énfasis en la dimensión subjetiva o en la función defensiva del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, de manera que se le entiende como un derecho a exigir la no intervención o la no intromisión del Estado vía regulación a las actividades de los particulares, y en general este rol subsidiario del Estado en la economía significa que todas aquellas actividades que representan o que encarnan el interés general, sea que persigan fines de lucro o no, son

asumidas por privados y quedan en esencia sometidas a las leyes del mercado.

Partimos de la base de que el neoliberalismo parece ser difícil de eliminar, analizando la experiencia comparada. Eso se debe en parte a que no se trata de un modelo económico que se base en prácticas puramente locales o nacionales, sino que es un fenómeno global, y de esa manera es que se proyecta incluso en Estados que tienen ordenamientos progresistas o constituciones sociales.

No obstante, lo anterior, si es posible adoptar varias medidas que podrían hacer que ese modelo económico y social sea menos extremo, como lo son la **consagración** y una referencia explícita al **principio de solidaridad**, como principio y como criterio orientador de la acción del Estado. En el ámbito económico, lo que esto permitiría es poner de relieve la faz positiva o de actuación del principio de solidaridad, que reconoce el deber de actuación que cabe al Estado cuando las necesidades sociales insatisfechas orientadas al bien común así lo demanden. Lo interesante que tiene el principio de solidaridad, según se observa en otras experiencias comparadas donde se le ha dado rango constitucional o incluso legal, es que la solidaridad remite a la protección de otros, otros vulnerables, otros necesitados de ayuda, y por lo tanto las cláusulas generales de solidaridad sirven de base para dar protección a otros que se encuentran en condiciones de discapacidad, de género, desempleo, pobreza, enfermedad crónica.

Esta cláusula general de solidaridad también permite sustentar deberes intergeneracionales y fuente de deberes interpersonales entre individuos, particularmente en su proyección al derecho privado, pero también derechos sociales y derechos estatales, particularmente en la relación entre distintas localidades. Incluso todavía considerando la experiencia comparada, las cláusulas generales de solidaridad también sirven de fundamento de derechos implícitos que pudieran extraerse de la Constitución como correlativos a deberes interpersonales, sociales o nacionales, y no es para nada extraordinario encontrar esta clase de referencias.

El principio de solidaridad va de la mano de un principio de compatibilidad público—privada, es decir, una esfera para el Estado y otra esfera para el mercado.

En consecuencia, la cooperación público—privada se despliega con un horizonte distinto, en que es prevalente el interés general.

Por otro lado, se debe eliminar la referencia a la propiedad sobre bienes incorporeales, por varias razones.

Primero, porque Chile es el único país del mundo que le da rango constitucional explícito a esa categoría de bienes. La categoría ya se encuentra prevista en una norma de rango legal, que es el Código Civil, y por lo tanto no es que se elimine la protección constitucional, sino que lo que se suprime es el rango constitucional que se atribuye a este tipo de bienes. Esta categoría, además, ha dado lugar a una serie de problemas interpretativos y prácticos, desde que entró en vigencia la Constitución de 1980, de hecho todavía no existe un trabajo donde alguien se ponga de acuerdo respecto de qué significa exactamente un bien incorporal, y lo más grave es que permite privatizar recursos naturales y mercados relevantes, como de telecomunicaciones, eléctrico, sanitario, financiero, portuario, inmobiliario, creando costos para la comunidad toda en beneficio de un solo sujeto, que es quién explota esos mercados. Es cierto que desde la sentencia del Tribunal Constitucional rol N°505 se ha tendido a la moderación, en la interpretación de qué significa proteger la propiedad sobre bienes incorporeales, pero siempre lo ha hecho con mayorías bien estrechas, lo cual por cierto hace temer que en cualquier momento esa jurisprudencia interpretativa pueda alterarse.

Una segunda razón por la que creemos que se debería eliminarse esta referencia es que los mismos vicios políticos que justifican la protección constitucional frente a la privación de la propiedad mediante la expropiación, son los que están presentes frente a transferencias, a privatizaciones, sin restricciones, como la que ocurre acá. Aquí no hay ningún control democrático respecto de cómo opera esta privatización, y no está sujeto a ningún estándar de igualdad o igualdad de reparticiones en las cargas públicas.

Adicionalmente, se propone eliminar todas las privatizaciones directas en la Constitución, las que operan básicamente vía otorgamiento de derechos de aprovechamiento de agua y concesiones mineras, que en la forma en que están consagradas actualmente son incompatibles con el carácter de bien nacional de uso público que tienen estos bienes, aunque más que consagrar un sistema de gestión pública o privada de las aguas, el tema relevante aquí refiere a la priorización de usos.

Finalmente, respecto de la libertad o el derecho para desarrollar cualquier actividad económica, se propone incorporar una visión integral del mercado en la Constitución, para el caso de que se crea que el mercado es

algo que se deba constitucionalizar, y eso implica que el foco no debe estar solo en la empresa, sino en los trabajadores, permitirse sistemas de cogestión empresarial, la consagración de los derechos de los consumidores y una referencia a la protección de la libre competencia.<sup>10</sup>

## 2.4. Estado regional

Desde la fundación del Estado chileno ha sido un Estado unitario con fuertes elementos de centralización política, herencia, del pasado colonial y de la monarquía borbónica y el molde afrancesado del Estado jacobino—napoleónico con el breve interludio del ensayo federal. De esta suerte, se impone hoy la asunción de una nueva forma jurídica del Estado que retome la tradición regional, provincial y municipalista y dé un salto cuantitativo y cualitativo en la distribución territorial del poder político, fortaleciendo la regionalización y evitando la provincialización regresiva de este proceso.

El régimen de Gobierno y Administración Regional ha avanzado significativamente desde la reforma constitucional introducida por la ley N° 19.097, de 12 de noviembre de 1991 que instaura la creación de los Gobiernos Regionales, integrados por un órgano ejecutivo (el Intendente Regional) y un órgano colegiado (el Consejo Regional). Existen tres ideas a destacar de esta

---

<sup>10</sup> Respecto de la exposición de la profesora Ponce de León, el tema fue objeto de debate y objeciones por parte de algunos de los integrantes del grupo. Entre ellos, José Antonio Ramírez, quien planteó que el tema del modelo económico claramente repercute en la estabilidad institucional del país. En dicho sentido, ponemos a disposición la transcripción de la intervención del profesor Ramírez Arrayas:

Su diagnóstico es que el Estado solidario y la solidaridad nos va a unir, ya que ello va de la mano con el Estado Social y Democrático de derecho, de ahí viene la solidaridad y por lo tanto el mercado no es solamente el que rige, sino que la solidaridad es la que imprime la función del Estado y de ahí viene la función social del Estado para proteger.

La función social del Estado es bien generosa en la Constitución: autoridad pública, medioambiente y el deber de contribuir a las cargas públicas, y por lo tanto eso está y está dentro del modelo de Estado que queremos y que garantiza derechos sociales, económicos y culturales como derechos de prestación, en el ámbito de la previsión y no solo el derecho a elegir, porque hoy día el derecho a elegir y el Estado asegura los contratos, pero ahora es a niveles mínimos de prestaciones en ámbitos sociales, culturales y económicas y en eso estamos respecto a la baja del Estado y cuando ya entramos a la expropiación y al derecho de propiedad, se señala "cambiar el valor patrimonial efectivo, por algo así como, en cuanto al interés involucrado".

Actualmente, la judicialización es baja, en cambio, cambiar el régimen de expropiación, significa una batalla ideológica de escala mayor, entonces, también uno tiene que tener en cuenta las imágenes respecto de y la realidad, porque no tenemos un problema, o sea, en Chile hoy el tema de la expropiación no es un problema, funciona, hay unidades de expropiación y el valor patrimonial efectivo que es cuánto vale la propiedad realmente funciona bastante bien con peritos y no tenemos problemas ni en el ámbito rural, ni el ámbito municipal, ni en el ámbito de las obras públicas, entonces lanzarse ahora a cambiar el concepto de expropiación colocando una variante de utilidad pública, que lo tiene ya la función social de la propiedad, es un tema que podemos salir derrotados, como si hoy día no fuese así, yo creo que hoy día sí es así, porque ojo, si tú llevas esto a nivel más político dentro de nuestro sector, podemos terminar con un acuerdo para algo que pueda terminar afectando el emprendimiento.

Así las cosas, no aparece necesario modificar sustancialmente el estatuto constitucional de la propiedad.

histórica reforma a la Constitución autoritaria de 1980. La primera de ellas, la reforma al esquema de Gobierno y Administración Interior del Estado chileno fue una reforma que pasó inadvertida ante la opinión pública y que, en consecuencia, no tuvo el reconocimiento que se merecía tras haber superado 157 años de centralismo político y jurídico desde la Constitución de 1833, la que había eliminado las asambleas provinciales contempladas por la Constitución de 1828. La Constitución de 1925, que las había contemplado, sin embargo, el Presidente de la República optó por asignar las atribuciones de estas asambleas provinciales dentro de las potestades presidenciales mediante decreto con fuerza de ley, circunstancias que se mantuvo hasta el 11 de septiembre de 1973. La segunda idea, es la creación de una doble función del Intendente Regional, vale decir, desde el año 1991, el Intendente Regional, es el representante natural e inmediato del Presidente de la República en el territorio de su jurisdicción y ejecuta, por tanto, las competencias propias de gobierno interior; por otra parte, el Intendente es órgano ejecutivo del Gobierno Regional y lo preside desarrollando las funciones propias de administración regional. Este carácter “bicéfalo” de las competencias del Intendente se mantendrá hasta el inicio de la entrada en vigor de la reforma constitucional que contempla la figura del Gobernador Regional, de naturaleza electiva por sufragio universal. Y la tercera idea, se refiere al nuevo ciclo de reforma al modelo de Gobierno y Administración Regional del Estado instaurado por un conjunto de reformas constitucionales que tienden a mejorar la representatividad de las autoridades regionales (consejeros regionales y Gobernador Regional) y fortalecer las regiones del territorio nacional.

Entre las reformas constitucionales destacan:

- a)** La Ley N° 20.390, que establece la elegibilidad de los consejeros regionales por sufragio universal.
- b)** La Ley N° 20.990, que establece la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional (Gobernador Regional).
- c)** La Ley N° 20.346, que establece normas sobre asociacionismo municipal.
- d)** La Ley N° 20.573, por la cual se crean territorios especiales de Isla de Pascua y del Archipiélago Juan Fernández.
- e)** La Ley N° 20.644, que crea una Disposición Transitoria 26, en cuya virtud se establece un mecanismo transitorio para la elección de los

Gobernadores Regionales y realiza adecuaciones a varios cuerpos legales.

- f) Por último, la Ley N° 20.990, que crea una Disposición Transitoria 28, en cuya virtud fija reglas para la elección popular del órgano ejecutivo del Gobierno Regional.

A las reformas constitucionales antes señaladas, se deben agregar las leyes de reforma a la ley orgánica constitucional N° 19.175 sobre Gobierno y Administración Interior del Estado, como son<sup>11</sup>:

- a) La Ley N° 21.073, de 22 de febrero de 2018, sobre Elección de Gobernadores Regionales y que adecúa y modifica diversos cuerpos legales.
- b) Finalmente, se dicta seguidamente una norma del mayor interés, la Ley N° 21.074, de 15 de febrero de 2018, sobre Fortalecimiento de la Regionalización del País.

El nuevo Estado regional debe reconocer en la región el motor de desarrollo y un centro de decisiones administrativas que se funde en el principio democrático. Sin duda, constituyen avances importantes la elección directa de los consejos regionales por la ciudadanía regional y la inminente aplicación de la elección directa del Gobernador Regional que preside el Gobierno Regional, como máxima autoridad administrativa de la región; quedando reservado a los delegados regionales presidenciales y delegados provinciales presidenciales la función de gobierno en la región y provincias, conservando el carácter de agentes naturales y directos del Presidente de la República en el territorio.

Esta profundización de la democracia regional se ha visto limitada por el insuficiente proceso transferencia de competencias que, en absoluto, sugiere la idea de descentralización en los propios términos descritos por la actual Constitución de 1980 en su artículo 3° y artículo 65, inciso cuarto numeral 2°. Por ello, sostener que el actual régimen de transferencia de competencias es una acción descentralizadora es, por lo menos, desconocer la legalidad de dicha técnica y, en consecuencia, forzar los términos de una realidad inexistente.

---

<sup>11</sup> Pérez, Rodrigo. "Derechos fundamentales y forma jurídica de Estado en perspectiva de cambio constitucional" minuta presenta y exposición realizada el 18 de enero de 2020.

En este contexto la única descentralización que ha operado de modo significativo es la creación del órgano Gobernador Regional y la única experiencia de autonomía política para la población regional es el ejercicio del derecho de sufragio para la elección de las autoridades de naturaleza electiva, debiendo tolerarse la presencia de órganos de la Administración Pública con bajos niveles de legitimidad democrática.<sup>12</sup>

Cabe señalar que Estado regional supone la máxima transferencia de las funciones y potestades administrativas al Gobierno Regional. Es indispensable en Chile consagrar una nueva distribución territorial del poder político, que profundice el proceso de regionalización y que concrete la anhelada descentralización administrativa del país, instaurando un auténtico e inconfundible Estado regional.

Para concretar lo anterior, es indispensable separar las funciones de Gobierno – Administración en la región, quedando el delegado presidencial regional circunscrito, exclusivamente, al campo gubernativo, eliminando la delegación provincial del Gobierno y conferir al Gobierno Regional un abanico de funciones y potestades administrativas ordenadas al desarrollo y participación regional, resultando de primer orden consagrar la hacienda regional que permita concretar las políticas públicas regionales; así como también los principios de solidaridad territorial entre las distintas regiones que se expresen en mecanismos de compensación financiera que aseguren el desarrollo equitativo de todos los habitantes de la república.

Y tratándose del Consejo Regional un efectivo estado regional debe dar paso a la transformación de éste en una Asamblea Regional dotada de potestades normativas, resguardando su debida armonización de las políticas y planes nacionales, que admitan un grado de descentralización política compatible con esta forma de Estado.

El Estado regional deberá conferir encaje a los territorios de pueblos indígenas en conformidad con la ley.

En definitiva, un Estado regional, como una forma intermedia entre el Estado unitario y el Estado Federal, supone un máximo de transferencia de potestades administrativas al Gobierno Regional y que aborde la regionalización como un proceso, que posea áreas metropolitanas efectivas y mitigue los efectos de las “mega” regiones.

---

<sup>12</sup> Ibid.

## **2.5. Igualdad entre mujeres y hombres**

El reconocimiento de derechos iguales para mujeres y hombres, así como la necesidad de establecer para ellas condiciones especiales que permitan superar las barreras sociales y culturales que las han mantenido al margen de los espacios de poder, es una de las metas centrales de la propuesta que se presenta. Esto requiere implementar medidas de acción positiva que permitan la realización real y efectiva de la igualdad de derechos, como se ha evidenciado de la experiencia comparada en Europa y Latinoamérica.

La promoción de la igualdad de derechos y obligaciones entre hombres y mujeres en el ámbito doméstico y en el cuidado de los niños, personas de avanzada edad y personas no autovalentes resulta crucial para permitir el acceso igual y la competencia legítima por cargos de elección popular, así como por puestos de responsabilidad profesional y social.

El reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer y el hombre, así como de su derecho a la libertad e intimidad forman parte del núcleo esencial de derechos que esta nueva Constitución debe garantizar.

## **2.6. Laicidad del Estado**

La nueva Constitución también es heredera de una tradición institucional que se remonta a la fundación del Estado nacional y a las leyes laicas, exigiendo hoy el explícito reconocimiento de la laicidad del Estado y el respeto de todas las creencias y cultos o la pertenencia a sociedades éticas que se constituyan en conformidad a la ley.

Este principio implica, además, la supresión de símbolos, signos, señales, ritos, imágenes o rótulos de raíz religiosa en lugares públicos, instituciones del Estado y en establecimientos educacionales del Estado o que reciban financiación pública. Asimismo, de este principio se desprende la eliminación de juramentos e invocaciones de alcance religioso en el ámbito público.

## **2.7. Depurar la Constitución de un “derecho constitucional del enemigo”**

También se propone depurar la Constitución de los severos límites al pluralismo ideológico y político como la cláusula de protección del artículo 19 N° 15 de la Constitución, adicionada en 1989 junto con la derogación del artículo 8° de infausta memoria, y la doctrina de la seguridad nacional que son

proyección del régimen autoritario que piensa la política como una dialéctica amigo/enemigo.

Asimismo, el artículo 9° de la Constitución vigente es una reminiscencia del régimen autoritario porque castiga el terrorismo de modo desproporcionado y en forma contraria a las convenciones internacionales vigentes en Chile, por lo que se promueve su derogación junto con la revisión de la legislación antiterrorista que ha mostrado serias falencias en sus disposiciones.

## **2.8. Estado plurinacional y pueblos indígenas**

Chile, debido a su historia y para concretar la inclusión de todas las culturas que lo componen, requiere de un reconocimiento expreso de los pueblos indígenas, su lengua, tradiciones, costumbre, derecho consuetudinario, y el reconocimiento y protección de todo tipo de minorías.

Es fundamental que nuestra Constitución consagre, de manera inequívoca, una cláusula antidiscriminación en el contexto de la igualdad ante la ley, que además asegure la diversidad, encomendando al legislador la sanción de distintas formas de discriminación fundadas en estándares, como el origen étnico, social, la raza, la religión, las opiniones políticas, sexualidad, entre otros.

Entre el 2016 y 2017 se llevó a cabo como parte del Gobierno de la Presidenta Bachelet el proceso participativo y constituyente indígena<sup>13</sup>.

Gracias a esos procesos participativos y a todos los procesos de consulta indígena que se han llevado a cabo entre el 2014 y el 2018, hemos podido reconocer las demandas sobre reconocimiento de derechos que deberían estar incluidos en una nueva Constitución.

Los pueblos indígenas han manifestado en diversos procesos que quieren un Estado plurinacional, reconocimiento de autonomías, de sus territorios y de los recursos naturales así como de sus idiomas y culturas, temas que deberán ser abordados por ellos cuando se logre tener un proceso constituyente en el que puedan participar por sí y en representación de sus pueblos.

---

<sup>13</sup> En los siguientes párrafos, Millaleo, Salvador, "Plurinacionalidad y Discurso Constitucional Progresista", exposición realizada el 1 de febrero de 2020.

En la última década ha cambiado el lenguaje político que usan los pueblos indígenas, adaptándose el concepto de **plurinacionalidad** como la nueva demanda eje de las reivindicaciones de los pueblos indígenas.

Sobre todo, los alcaldes mapuches de la AMCAM fueron los que introdujeron el concepto de plurinacionalidad en Chile. Por cierto, la idea de un "reconocimiento constitucional", como se planteaba en los años noventa, a partir del Acuerdo de Nueva Imperial de 1989, no cubre las demandas constitucionales de derechos colectivos que los pueblos indígenas quieren reflejar en la noción de plurinacionalidad.

Por ello, es que el concepto de plurinacionalidad, pese a su indeterminación en el contexto chileno, ha ganado tanta adhesión simbólica por parte de la ciudadanía en estos últimos años y se ha transformado en una demanda transversal y de índole igualitarista en las movilizaciones después del 18 de octubre de 2019.

El concepto de plurinacionalidad es usado por muchos en el debate público sin determinar su contenido específico, casi como un sinónimo de diversidad o incluso de las viejas ideas de multiculturalidad que dominaron las políticas indígenas desde 1990 hasta ahora. La virtud del concepto de plurinacionalidad consiste en que ha funcionado como un condensador que permite resumir el conjunto de la complejidad de las demandas de inclusión constitucional de los pueblos indígenas. Dicha inclusión constitucional determina una visión progresista del constitucionalismo que, en lugar de plantear un discurso minimalista del constitucionalista que lo reduce a una carta clásica de derechos liberales y la organización del poder político a través de órganos constituidos y sus procedimientos, busca una forma de incorporación igualitaria de sujetos históricamente excluidos del orden constitucional, como ocurre con los pueblos indígenas. Por otra parte, la experiencia histórica del uso del concepto en América Latina de la mano de una visión descolonizadora de la política para empoderar a los pueblos indígenas en los procesos políticos.

El origen del concepto de plurinacionalidad es, sin embargo, europeo. Es por primera vez formulado en 1899 en la socialdemocracia austriaca. Consiste en una propuesta de la socialdemocracia para reformar el entonces existente Imperio Austro-Húngaro, en el cual dominaban las naciones alemana y húngara sobre un conjunto multiétnico de muchos pueblos, que estaban en condiciones de opresión. La plurinacionalidad era una propuesta de creación de un Estado donde todas las comunidades nacionales se relacionasen entre sí en un pie de igualdad y no dominación, aseguradas a

través de regímenes autonómicos. Estos son los rasgos que acompañan hasta hoy al núcleo duro de significado del concepto de plurinacionalidad. Esta noción fue defendida por uno de los principales autores del austro-marxismo, Otto Bauer, quien polemizó a través de él con Engels que sostenía que la “cuestión nacional”, que reivindicaba los derechos de las naciones frente a la opresión y exclusión étnica no era relevante, sino que la única historia que era importante era la de las naciones que habían logrado construir un Estado en un nivel de desarrollo avanzado del capitalismo. Para Engels, los otros pueblos, los “pueblos sin historia”, no tenían luchas que debieran considerarse en una política socialista.

Otto Bauer, reivindicó la igualdad étnico-nacional como fundamental en el proyecto emancipatorio socialista.

El concepto fue reutilizado en el contexto de la elaboración de la Constitución española de 1978, que fundó el Estado de las Autonomías. De los siete redactores de la ponencia redactora, Gregorio Peces-Barba (PSOE) y Miquel Roca (Convergencia Democrática de Cataluña), reivindicaron este concepto.

En América Latina la reivindicación del concepto de nación por los pueblos indígenas comienza a partir de la reivindicación de la autodeterminación de las naciones que propugnaron los Partidos Comunistas en el mundo andino en la década de los 30'. En Norteamérica, los pueblos indígenas reivindican la nacionalidad indígena para buscar relaciones más igualitarias, de nación a nación con las mayorías blancas, dominantes, especialmente desde los años sesenta, cuando se proclama el “Red Power” y luego la noción de “Primeras Naciones”. A mediados de los ochenta, la CONAIE construye en Ecuador su programa plurinacional, que terminará reflejándose en la constitución de 2008.

El concepto de plurinacionalidad se suele asociar con la experiencia constitucional de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), pero se refiere al estado de la experiencia constitucional comparada en todos los casos de evolución, donde los países han reconocido derechos políticos colectivos a los pueblos indígenas. También se refiere al estado del arte del derecho internacional de los derechos humanos.

El camino de la plurinacionalidad no consiste en replicar las experiencias de Ecuador y Bolivia, sino en encontrar un camino de principios, derechos e instituciones constitucionales que permitan reconocer y garantizar la igualdad —como colectivos— de los pueblos indígenas con el resto de la comunidad

de la nación mestiza chilena. El umbral distintivo que nos permite hablar de plurinacionalidad consiste en el reconocimiento de la libre determinación de los pueblos indígenas. A partir de allí, el país debe encontrar su propia vía hacia la plurinacionalidad, una “vía chilena a la plurinacionalidad”.

La libre determinación interna es aquel derecho que faculta a los pueblos indígenas para decidir las cuestiones que les son propias, determinando su propio estatus político, y perseguir su propio bienestar social, económico y cultural. Es interna, en cuanto no habilita a los pueblos indígenas para separarse del Estado y construir su propia estatalidad, sino que se traduce en el deber del Estado de redistribuir el poder con los pueblos indígenas. Este derecho debe ser la base de un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas.

Este derecho es el fundamento de todos los demás derechos indígenas: los regímenes autonómicos, los derechos a la representación especial (escaños reservados o cuotas), a la consulta indígena, a sus propios sistemas normativos, los derechos sobre las tierras y territorios ancestrales y sus recursos naturales, y los derechos culturales y lingüísticos.

La principal realización de la libre determinación consiste en el derecho a la autonomía. La autonomía como derecho se traduce en instituciones que se crean a partir de acuerdos entre los pueblos indígenas y el Estado, mediante los cuales se transfieren competencias públicas a las organizaciones y autoridades indígenas, para que sean usadas para tomar decisiones vinculantes en determinado ámbito de aplicación, normalmente de base territorial. Estas competencias son variables y dependen del acuerdo que hayan tomado los pueblos con el Estado, y que puedan ir desde el control de la caza y pesca hasta la institución de poderes indígenas con facultades ejecutivas, legislativas o judiciales limitadas. Lo crucial, es que la Constitución habilite al Estado para negociar acuerdos autonómicos con los pueblos indígenas.<sup>14</sup>

## **2.9. Un medio ambiente adecuado, saludable y ecológicamente equilibrado**

Sin duda, en las últimas décadas la relación entre sociedad y naturaleza ha cambiado sustancialmente. Los riesgos asociados a la emergencia

---

<sup>14</sup> Bustamante, Minda. “Propuestas para un debate constituyente que incluya los derechos de los pueblos indígenas en una nueva constitución” exposición realizada el 1 de febrero de 2020 y Millaleo, Salvador, “Plurinacionalidad y Discurso Constitucional Progresista”, exposición realizada el 1 de febrero de 2020.

climática y los estragos de sus efectos, el impacto de la acción humana en el medio ambiente, la pérdida de la diversidad y los desafíos que implica la era del Antropoceno, nos enfrentan a desafíos sin precedentes los cuales nos obligan a repensar el modelo económico, adoptar estrategias de desarrollo que no sean lesivas con el medio ambiente e impulsar un cambio de paradigma que revierta la senda de destrucción del sistema terrestre<sup>15</sup>.

En dicho sentido, un nuevo pacto constitucional debe establecer principios fundamentales y mandatos objetivos para la protección de un medio ambiente adecuado o sano, como los de precaución y prevención, acceso a la información, participación pública, reparación, la utilización racional de los recursos y de acceso a la justicia ambiental cuyo contenido deberán ser desarrollados por las leyes y las políticas públicas.

De este modo, los derechos, deberes e instituciones que consagre la Constitución, deberán promover la conservación de áreas naturales, su flora y su fauna, distintas especies, variedad de ecosistemas y valores paisajísticos, entre otros, así como proteger y aprovechar de forma sustentable los recursos naturales con el fin de mantener el equilibrio en el medio ambiente. A su vez, deberá consagrarse el principio de solidaridad entre las generaciones actuales y las venideras, presupuesto previo para la efectiva realización de otros derechos.

---

<sup>15</sup> Discusión abordada el 25 de enero de 2020 cuya exposición estuvo a cargo de Aarón Cavieres y Verónica de la O.

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS

### 1 Diagnóstico

Con el objeto de construir la nueva Constitución que nazca en democracia y que pueda terminar con los abusos, se presenta una propuesta que vuelve a la tradición constitucional chilena, a la vez que busca renovarla.

Nuestra tradición constitucional comprende a un Chile abierto a la evolución política, que no coarte el poder democrático y que, en un sentido dinámico, fomente su desarrollo dando cuenta del progreso que ha habido en la comprensión de los derechos y deberes. Luego, la nueva Constitución debiera, en primer lugar, reconocer un catálogo de derechos fundamentales que permita terminar con los abusos que encuentran en los derechos patrimoniales su justificación, al menos, aparente. Eso implica reconocer derechos que vayan más allá de las meras libertades negativas, dando un lugar preponderante a los derechos sociales que identifican obligaciones de prestación que pueden reclamarse del Estado. Igualmente, las acciones judiciales destinadas a resguardar los derechos —que en la actualidad no se extienden a su totalidad y están reguladas por normas reglamentarias de la Corte Suprema— deben dar garantías de protección a todos por igual.

En esta línea, la nueva Constitución, debiera dar cuenta y actualizar el reconocimiento de nuevos derechos como el derecho a un ambiente adecuado y saludable, reconocimiento de grupos históricamente excluidos —como las mujeres, los pueblos indígenas y las personas homosexuales, lesbianas, transexuales o bisexuales— así como los derechos de las personas que por su edad o condición de salud requieren de medidas especiales de cuidado o acomodo —niños, niñas y adolescentes, personas que sufren algún grado de discapacidad y personas adulto mayores autovalentes y dependientes—. El reconocimiento de derechos específicos para estos grupos o la simple aserción de que estos colectivos son titulares de derechos debe ser parte de la nueva Constitución para Chile.

### 2 Propuesta

#### Dignidad humana

En la base del orden político y la paz social se encuentra el reconocimiento y garantía de los derechos humanos los que, a su vez, se fundan en los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad de las personas en tanto seres autónomos a quienes el Estado debe garantizar el libre

desarrollo de la personalidad. La nueva Constitución para Chile debe partir del reconocimiento básico de la autonomía y dignidad de los seres humanos. La persona debe ser considerada un fin en sí mismo y no un mero medio. De este modo, los principios que deben inspirar la redacción de una carta de derechos para la nueva Constitución asumen que los derechos humanos se reconocen como límites del ejercicio de la soberanía del Estado, el que debe respetarlos y promoverlos. Los tribunales nacionales deben interpretar las normas de esta Constitución armónicamente con el acervo jurisprudencial emanado de los órganos internacionales de protección de derechos humanos. La ley debe regular cómo el Estado dará cumplimiento a las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y no entregar esta atribución al Poder Judicial y a la Corte Suprema (como ya ha sucedido). Esta legislación debe indicar claramente cómo los tres poderes del Estado deben intervenir y cumplir de buena fe las sentencias.

### **3 Derechos fundamentales**

Los valores de la libertad, la igualdad y la dignidad debieran inspirar instituciones y derechos que reconozcan el pluralismo propio de las sociedades democráticas y, con ello, la autonomía moral de las personas y su libre desarrollo de la personalidad.

#### **3.1. Derecho de igualdad y de no discriminación**

La nueva Constitución debe reconocer el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación, sea por razón de sexo, origen étnico, origen social, opinión, orientación sexual, opciones políticas, creencias religiosas, estilos de vida o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En esta propuesta se elimina y abandona el adjetivo "arbitraria" de la discriminación.<sup>16</sup>

Debido a la extendida utilización de esta categoría en el discurso judicial y en el foro público, resulta necesario justificar esta opción dogmática y normativa la cual obedece al menos a dos motivos.

El primero es de naturaleza formal y consiste solamente en la adecuación de las disposiciones nacionales a la tradición internacional y

---

<sup>16</sup>Propuesta elaborada por la profesora Estefanía Esparza-Reyes. Las ideas aquí desarrolladas, fueron tomadas, principalmente, del texto Esparza-Reyes, Estefanía. *La igualdad como no subordinación. Una propuesta de interpretación constitucional*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – México D.F., 2018.

comparada, que considera este fenómeno como discriminación sin adjetivos.

El segundo motivo es de fondo e implica un análisis pormenorizado del contenido del derecho a no ser discriminado.

Como sabemos en nuestro país se proscribire la **discriminación arbitraria**. Pese a que parte importante de la doctrina ha asimilado este último concepto al de discriminación sin mayores problemas, una observación más profunda nos indica que no se trata de conceptos completamente asimilables.

Desde la perspectiva anterior, la conducta (u omisión) prohibida es la discriminación arbitraria, de modo que la sola "discriminación" es entendida como "distinción" sin carga valórica de ningún tipo. En este sentido, lo que configura la discriminación arbitraria, es, precisamente, la arbitrariedad. Así las cosas, y de acuerdo con la jurisprudencia asentada y la Ley N°20.609, la discriminación arbitraria es un acto u omisión (discriminación como distinción) que carece de justificación razonable y que ocasiona afectación, en sentido amplio, de otros derechos fundamentales. De esta forma, la justificación razonable es el opuesto de la arbitrariedad, lo que resulta coincidente con la opinión asentada entre la doctrina, en torno a entender que la arbitrariedad consiste en un acto que no tiene justificación, es falta de justicia, caprichoso o cuya justificación no cumple con ciertos estándares de razonabilidad, es decir, se concibe la arbitrariedad de una manera formal.

Una importante consecuencia de considerar la proscripción de la discriminación arbitraria como una norma de carácter formal es que simplemente obliga a justificar las actuaciones, más no incluye los elementos que parecen consustanciales al origen de la incorporación de la no discriminación a diversos textos jurídicos. En un sentido similar, valga mencionar que este contenido formal de la no discriminación se asemeja más bien al principio del Estado de Derecho correspondiente a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que ha sido incorporado explícitamente a textos constitucionales como el español en su artículo 9.3. y de manera implícita en nuestra Carta. Este principio de aplicación compleja y sin suficiente desarrollo, presenta, por este último hecho, importantes dificultades en su propio ámbito referido a la función pública, lo que podría acrecentarse a márgenes inconmensurables en caso de aplicarse a los particulares, como es el caso de la no discriminación arbitraria.

La configuración de la discriminación arbitraria aleja a nuestro país del tratamiento habitual de la materia por parte de la doctrina y jurisprudencia internacional y comparada que considera otros elementos, según se verá.

Pareciera ser que el concepto de discriminación en otras latitudes lleva incorporado un elemento de grupo social desaventajado en su configuración, pues existen fuertes motivos para sostenerlo. Así, pese a que en ocasiones se entienda que la configuración de la discriminación se basa en actos u omisiones que afectan otros derechos fundamentales, una observación más detallada nos lleva a concluir que el elemento grupal es también esencial. Esta afirmación puede basarse en la historia, en cuanto las razones de su incorporación se debe al reconocimiento de que personas sufrían/sufren un trato perjudicial por el solo hecho de pertenecer a ciertos grupos sociales considerados desaventajados; en la existencia de cláusulas de no discriminación que contienen en la definición del fenómeno estas pertenencias; en el tratamiento que de ella ha hecho la jurisprudencia internacional donde se ha utilizado para proteger, principalmente a estos colectivos; así como en la percepción general de este fenómeno por parte de la población.

Por otra parte, es necesario destacar que, pese a este aparente consenso en este elemento grupal de la no discriminación, es posible encontrar distintas nociones de discriminación, particularmente, desde la perspectiva de qué protege.

La noción más extendida, entiende que el derecho a no ser discriminado protege a individuos pertenecientes a estos grupos sociales de actos u omisiones provenientes del Estado o particulares, que les perjudican, por su sola pertenencia a estos grupos. Para esta noción las acciones afirmativas, serían excepciones permitidas al mandato de igual trato, puesto que colaboran a mediano o largo plazo con la evitación de conductas que discriminan.

Otra noción, creada por Owen Fiss y denominada **no subordinación o no exclusión**, aunque todavía minoritaria, considera que la no discriminación tiene por finalidad poner fin a las estructuras opresivas que someten a personas pertenecientes a grupos sociales desaventajados. Su planteamiento se basa en que las sociedades actuales se encuentran divididas en "castas" ordenadas jerárquicamente. En este caso, la no discriminación no necesariamente se ocuparía de las conductas vulneratorias individuales, sino que su interés primordial es terminar con un sistema donde existen grupos sociales que, por poseer una valoración social inferior, reciben un trato perjudicial. De este modo, las acciones afirmativas, no son consideradas excepciones al mandato de trato igual, sino parte del derecho mismo a no ser discriminado, lo que acarrea importantes consecuencias para la evaluación de constitucionalidad y de aquí, a su mayor o menos posibilidad de adopción.

Por todo lo anterior, la presente propuesta pretende abandonar el concepto de discriminación arbitraria y acercarse a los conceptos que sí incorporan un elemento grupal, sea la no discriminación en su sentido clásico o la no subordinación<sup>17</sup>.

A partir de este derecho de igualdad y no discriminación, se reconoce el derecho a fundar una familia y el derecho al matrimonio sin discriminación de ningún tipo, lo cual comprende el derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo.

La mujer y el hombre gozan de los mismos derechos y el Estado debe promover la realización efectiva y real de la igualdad de derechos impulsando la eliminación de las desventajas históricas.

Se debe promover la igualdad de derechos y obligaciones entre mujeres y hombres dentro de la familia en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos.

Le corresponde al Estado favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a cargos de elección popular, así como a puestos de responsabilidad profesional y social. Para ello, la nueva Constitución debiera instar medidas de acción positiva que permitan alcanzar una igualdad efectiva, promoviendo la asignación paritaria de los cargos de elección popular.

### **3.2. Derecho a la vida, integridad física, psíquica y moral**

El Estado debe reconocer el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de todas las personas, sin que puedan ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. Se requiere abolir efectivamente la pena de muerte, prohibir el trabajo forzado, prohibir el trabajo infantil y la trata de seres humanos.

La nueva Constitución debe reconocer el derecho al consentimiento informado en un sentido amplio. Este derecho deriva del derecho a la autonomía y a tomar decisiones libremente en todo lo que dice relación con nuestro cuerpo y salud. De este modo, el paciente adulto, mentalmente competente, tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia, así como a suspender un tratamiento médico

---

<sup>17</sup>Propuesta elaborada por Esparza-Reyes, Estefanía. "Eliminación del adjetivo 'arbitraria' a la proscripción constitucional de discriminación" de 23 de mayo de 2020.

o el soporte vital, sin más límites que los que les impone el respeto a los derechos de los demás.

### **3.3. Derecho a la libertad y seguridad personal**

Se propone consagrar el derecho a la libertad y seguridad personal, de conformidad a los compromisos internacionales suscritos por nuestro país, de manera que nadie sea sometido a detención o prisión arbitrarias, ni podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

La libertad personal comprenderá la libertad ambulatoria externa e interna, la libertad de residencia, la libertad psicofísica y la libertad sexual; libertades que estarán ordenadas al pleno desarrollo de la personalidad.

### **3.4. Derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso**

En la nueva Constitución se consagrará el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. La nueva Constitución debe reconocer un derecho general a la tutela judicial efectiva, con todas las obligaciones que para el Estado importa y una garantía de debido proceso que comprenda tanto el proceso civil como el proceso penal. La presunción de inocencia, la cláusula non bis in ídem y la prohibición de declarar contra uno mismo serán garantías básicas del imputado.

El legislador fijará las reglas del debido proceso en las leyes de enjuiciamiento que se dicten, de todo tipo de orden jurisdiccional, administrativo sancionador o administrativo disciplinario.

### **3.5. Derecho a la libertad de conciencia y de religión**

Una Constitución laica y pluralista debe garantizar a todos el derecho a la libertad de conciencia sin asociarlo necesariamente a la religión. Este derecho supone la libertad de conservar, profesar, practicar y cambiar de creencias, sin coacción ni más limitaciones que aquellas necesarias para proteger, en una sociedad democrática, los intereses colectivos y los derechos y libertades de los demás.

En este sentido, la nueva Constitución reconocerá el derecho a la libertad de conciencia y de religión, de manera que toda persona tendrá derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la

libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

De igual manera se deberá proteger la libertad de fundación y funcionamiento de sociedades éticas.

Las iglesias, sus dependencias, incluidos los establecimientos educacionales no podrán gozar de privilegios tributarios ni ayudas o subvenciones fiscales.

### **3.6. Derecho a la libertad de expresión**

Sobre la base de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la nueva Constitución debiera dar las más amplias garantías de libertad de pensamiento y de expresión asegurando a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin censura previa, así como el derecho de acceso a la información pública.

Las limitaciones a este derecho sólo pueden ser ex-post, es decir, por la vía de hacer efectivas responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias, en una sociedad democrática, para proteger los derechos y libertades de los demás.

Las leyes de desacato deben declararse contrarias a la Constitución.

Se requiere reconocer el derecho a la información y el derecho a la auto-determinación informativa con sus correspondientes garantías, tales como el “habeas data”.

En este orden de ideas, se contemplará la consagración de los derechos de la era digital, como el derecho al olvido, el derecho a la desconexión y derechos que protejan la intimidad digital.

Se deberá prohibir cualquier tipo de censura previa, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, el orden público o la salubridad pública. Solo los espectáculos públicos podrán ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la niñez y la adolescencia.

La nueva Constitución debiera asegurar la libertad de los comunicadores dentro de los medios y el pluralismo informativo, junto con el compromiso con un debate público democrático de los medios. De este modo, las limitaciones a las concentraciones monomediales y multimediales en el campo de las empresas de comunicación social, deben estar enderezadas a afianzar tal pluralismo informativo.

### **3.7. Derecho a la intimidad y derechos sexuales y reproductivos**

La nueva Constitución debe garantizar el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen, al honor y al nombre declarando inviolables el domicilio y las comunicaciones de todo tipo, salvo por orden o resolución judicial.

La ley deberá regular la maternidad subrogada.

Se deben reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas y la maternidad voluntaria. La Constitución debe garantizar que ninguna mujer sea puesta en peligro por causa de su embarazo o parto, así como que ninguna mujer sea objeto de prácticas como la mutilación genital femenina, el embarazo forzado, la esterilización o el aborto forzado.

### **3.8. Derecho de propiedad**

La nueva Constitución debiera poner énfasis en la idea de que la propiedad obliga y que su uso debe servir al mismo tiempo al bien común. En esa línea (expresada en la Constitución alemana, italiana y española) se garantizará la función social del derecho a la propiedad privada delimitando su contenido de acuerdo con la ley.

Se debe garantizar la libre iniciativa económica privada, pero sin que ella pueda desenvolverse en oposición al interés social. Del mismo modo, declarará que la actividad económica pública y privada sea compatible y puede coordinarse con fines sociales.

La nueva Constitución debiera reconocer el dominio público hídrico, minero y del espectro radioeléctrico y las atribuciones del Estado para configurar regímenes diferenciados dependiendo de los tipos de bienes. El Estado tiene derecho a regalías por el aprovechamiento privado de los recursos naturales, especialmente recursos mineros, hídricos y marítimos.

### **3.9. Derechos políticos**

Se debe reconocer el derecho y el deber de participar en la vida pública y política. El derecho de asociación política, el derecho de protección del Estado a los nacionales, el derecho a la nacionalidad —incluida la nacionalidad adquirida por vínculo de parentesco o afinidad— el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos públicos.

Asimismo, se deberá garantizar el derecho a formar partidos políticos y el derecho de asociación política a fin de que los ciudadanos puedan constituir movimientos o asociaciones políticas.

El sufragio deberá ser universal, obligatorio, igualitario y secreto y debe poder ser ejercido por todos los ciudadanos, sin que su lugar de residencia o el haber sido procesado o condenado por un crimen o simple delito puedan limitar o condicionar el derecho al sufragio.

El Estado debe favorecer el acceso y participación en condiciones igualitarias entre mujeres y hombres a cargos de elección popular, en particular, aquellas estrategias que impliquen acciones positivas que permitan alcanzar la paridad en los cargos de representación popular.

La nueva Constitución deberá contemplar un mandato de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres de los pueblos indígenas en cargos de representación política electoral o administrativa.

Del mismo modo, se reconoce la necesidad de que los derechos políticos queden sometidos a una cláusula de reserva de ley, como, por ejemplo, el derecho de reunión, el que debe ser formulado como un derecho de reunión y de manifestación pública.

### **3.10. Derecho a la participación**

La nueva Constitución debe garantizar el derecho a la participación política en las diferentes áreas de la vida nacional como garantía del orden político e institucional y como derecho incluyente de los grupos históricamente excluidos de los espacios de toma de decisiones públicas. En esa línea, congruente con la definición republicana de la forma de Estado, la participación política es un elemento fundamental que debe promoverse y garantizarse en los diferentes espacios, tanto políticos como sociales, facilitando la formación y mantención de sindicatos, negociación colectiva inter-empresa e intersectorial.

Los espacios de participación incluyen la esfera educativa y la productiva. Esta participación puede realizarse directamente o a través de los representantes libre y democráticamente elegidos. El Estado debe garantizar que sus habitantes puedan participar en condiciones de igualdad como candidatos en los cargos de elección popular, en acceso a los distintos puestos y funciones públicas en los poderes del Estado, y en general en las distintas instancias de intervención en la vida pública y social. La garantía de la igualdad de condiciones debe considerar especialmente las desventajas históricas y culturales que han afectado a las mujeres y los pueblos indígenas y adoptar acciones positivas para corregir dicha situación.

### **3.11. Derecho a la buena administración pública**

Toda persona tendrá derecho a que el Estado le provea, de conformidad a estándares aceptables, bienes y servicios que permitan el efectivo ejercicio de los derechos establecidos en la constitución, tales como, salud, educación pública y seguridad social. El Estado tendrá un rol activo en la provisión de condiciones de vida que permitan la satisfacción de necesidades materiales básicas.

De este modo, se consagrará el derecho a una buena administración pública encauzando la decisión administrativa no sólo al sometimiento de la juridicidad -lo cual es básico en un Estado de Derecho- sino también al cumplimiento de condiciones o parámetros mínimos de la actuación de la Administración en sus relaciones y respuestas para el ciudadano (decisión oportuna, transparencias, publicidad, acceso del expediente administrativo, motivación del acto, opción lingüística, entre otras).

### **3.12. Derecho a un ambiente adecuado y saludable**

La nueva Constitución deberá garantizar a las personas un ambiente adecuado y un entorno sano. De igual modo, los poderes públicos deben asegurar a las personas el goce de un medio ambiente libre de contaminación y adoptar medidas para promover el respeto y sostenibilidad de la biodiversidad. El uso de los recursos naturales está limitado por este derecho, la función social de la propiedad, los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo de las comunidades locales donde se emplacen los proyectos de explotación.

La explotación de los recursos naturales debe realizarse responsablemente, mediando una apropiada planificación y ordenamiento territorial y debe asegurarse la conservación del medio ambiente y la consulta

y aprobación de las personas afectadas. El Estado debe tener especial consideración por el bienestar de sus actuales y futuros habitantes.

### **3.13. Derecho al agua**

Igualmente, se consagrará el derecho al agua, como el derecho de cada persona a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, priorizando el consumo humano por sobre su uso como medio de producción.

Se declararán las aguas terrestres como bienes de dominio público, cualquiera sea el estado en que se encuentren, el lugar en que estén depositadas o el curso que sigan, incluidos los glaciares.

Se delegará en el legislador la regulación del procedimiento de constitución, reconocimiento, ejercicio y extinción de los derechos que se reconozca a los particulares sobre el uso de las aguas, sin perjuicio de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico a todas las personas.

### **3.14. Derecho a la salud**

La nueva Constitución debiera reconocer el derecho a la protección de la salud en tanto derecho universal, igualitario e integrado. Se debe garantizar el acceso a un seguro universal de salud sin discriminación. El Estado debe controlar el ejercicio de los servicios públicos y privados de salud, y regularlos por ley para garantizar prestaciones básicas uniformes de carácter universal con las garantías de acceso, oportunidad y calidad. Para ello, es necesario reponer la solidaridad en el financiamiento de la salud.

Se deberá asegurar el acceso universal y a precios asequibles a una canasta de fármacos para enfermedades prevalentes mediante un sistema de seguros o aprovisionamiento estatal.

Se debe fortalecer la atención primaria en el marco de una red integral de atención con enfoque familiar, intercultural y comunitario, en la que los distintos niveles del sistema promuevan un modelo de salud preventivo y promocional. La atención primaria debe ser la puerta de entrada y el eje estructural de la red sanitaria, tanto pública como privada.

### **3.15. Derecho a la seguridad social**

El Estado debe garantizar constitucionalmente un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que avale la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad como un accidente, invalidez, vejez o el desempleo. Se debe consagrar de modo explícito el principio de solidaridad en materia de seguridad social.

### **3.16. Derecho a la renta básica**

El Estado debe garantizar el derecho a la renta básica universal, con sujeción a lo dispuesto en la ley.

### **3.17. Derecho a la educación**

Corresponde al Estado garantizar el derecho a la educación en todos sus niveles, velar por su calidad y estimular la investigación científica y tecnológica.

Se debe garantizar la calidad, laicidad y gratuidad de la educación parvularia, básica, media, técnica y universitaria.

Se deben implementar mecanismos que permitan avanzar hacia una educación universal, igualitaria y no segregada. El Estado debe promover y garantizar la educación pública en todos los niveles y asegurar la calidad en la provisión pública y privada en todos los niveles educativos. La educación privada, coadyuvante del servicio público educacional, podrá recibir financiamiento público en condiciones no discriminatorias.

Se deberá reconocer la autonomía de las Universidades estatales, los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica del Estado y el especial cuidado que debe dispensarse a la su organización, funcionamiento y financiación.

También es necesario incorporar la libertad de cátedra en el derecho a la educación.

El derecho a la libertad de enseñanza no significa que al Estado le esté vedado regular a los prestadores. La libertad de abrir, organizar, y mantener establecimientos educacionales debe hacerse en conformidad con los principios establecidos en la Constitución y según la ley. En este orden de ideas, la educación pública y la privada financiada con recursos públicos,

deberá ser laica.

### **3.18. Derecho al trabajo digno**

El derecho al trabajo digno, su remuneración y protección. Todos deben tener garantizado el derecho al trabajo y a su libre elección, así como a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, acorde con sus capacidades. Se garantizará la existencia de condiciones seguras de trabajo.

El Estado debe asegurar la misma remuneración por el mismo trabajo, prohibir la discriminación salarial por sexo y promover el acceso de la mujer a los cargos de mayor responsabilidad.

Se prohibirá cualquier tipo de trabajo forzado y toda forma de servidumbre. El Estado administrará un sistema de protección ante la cesantía, que fomente activamente la incorporación al trabajo.

Asimismo, se reconocerá el trabajo doméstico y de cuidado como un trabajo productivo que aporta decisivamente al desarrollo del país, valorizándose de conformidad a la ley, en especial, en el sistema de seguridad social que se cree a partir de lo establecido en la nueva Constitución.

### **3.19. Derecho a la sindicación**

Se garantizará el derecho a sindicalizarse, reconociéndose a los trabajadores la facultad de constituir sindicatos, federaciones, confederaciones y centrales, afiliarse o desafilarse de ellos, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses, incluyendo el derecho al ejercicio de la actividad sindical.

La ley fomentará el goce del derecho a la sindicalización y la negociación colectiva. Se reconoce el derecho de información y consulta de los trabajadores en la empresa, así como el derecho a la cogestión en los casos que la ley lo permita.

Asimismo, la ley debe establecer el derecho a participar de manera gravitante en el gobierno corporativo de entidades, institutos y/o empresas que administren las cotizaciones de salud previsual y de seguridad social.

### **3.20. Derecho a la negociación colectiva**

Se garantizará el derecho a la negociación colectiva, como un procedimiento a través del cual un empleador o empleadores por sectores de la actividad económica se relacionan con los trabajadores organizados en sindicatos, sea por empresa o sector económico, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado.

### **3.21. Derecho a la huelga efectiva**

La nueva Constitución reconocerá el derecho a la huelga efectiva, como un derecho humano y fundamental de los trabajadores organizados, para la defensa y promoción de sus derechos e intereses. Solo la ley podrá establecer excepciones a este derecho en aquellos servicios mínimos imprescindibles para el funcionamiento de una sociedad solidaria o para regímenes estatutarios a que se someten militares o policías.

### **3.22. Derecho a la vivienda adecuada**

Se debe reconocer el derecho a una vivienda adecuada y el derecho al espacio público en el contexto de ciudades integradas.

El derecho a la vivienda adecuada consiste en que toda persona contará con una vivienda que permita disponer de un lugar donde poderse aislar y refugiar, tanto individualmente, como junto a su familia, con un espacio, seguridad, iluminación, ventilación, infraestructura y servicios básicos adecuados, entre otras exigencias. Se considerará siempre la pertinencia cultural de la vivienda, una localización sin contaminación que permita el acceso al empleo, equipamiento y servicios públicos.

La ley asegurará un desarrollo territorial y urbano basado en la justicia social, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés de la comunidad y no por la especulación inmobiliaria.

### **3.23. Derechos colectivos**

Chile se constituye en un Estado unitario en que se consagra el principio del pluralismo cultural y se protege la diversidad étnica, que comprende los pueblos indígenas, su identidad y cultura propia.

Los derechos colectivos se relacionan con el medio en que viven estos

grupos y en el uso de sus recursos, y el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales.

El Estado debe fomentar la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

### **3.24. Derechos de los niños, niñas y adolescentes**

La nueva Constitución reconocerá a los niños, niñas y adolescentes como titulares de los derechos garantizados en la Constitución con las restricciones y límites establecidos en el texto fundamental y en la ley.

Es fundamental garantizar a los niños, niñas y adolescentes, constitucionalmente, el derecho a protección y atención necesarios para su bienestar. En la línea de lo establecido en la Convención de Derechos del Niño, su cuidado y protección es un derecho y obligación prioritaria de los padres y el Estado velará por su cumplimiento. Se debe reconocer el derecho de los niños, niñas y adolescentes a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta en todo lo que atañe a sus propios intereses, teniendo presente los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables ante la ley.

En atención a su grado de desarrollo, se debe reconocer a los adolescentes ciertos grados de autonomía para hacer efectivos ciertos derechos, tales como el libre y responsable ejercicio de la sexualidad o la participación política.

La nueva Constitución debiera resguardar el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño, niña o adolescente. El Estado procurará comprometerse a implementar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos, explotación y abuso sexual. Se requiere prohibir el trabajo infantil y cualquier tipo de violencia, sea física o psíquica.

La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño, niña o adolescente solo podrán utilizarse tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. No se impondrá la pena capital

ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años.

Todo niño, niña o adolescente privado o privada de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario a su interés superior, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia. La privación de libertad debe tener en cuenta las necesidades de las personas de su edad y la importancia de promover la reintegración del niño, niña o adolescente y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

### **3.25. Derechos de las personas con discapacidad y de las personas mayores o de avanzada edad**

El Estado se obliga a la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Se debe propiciar la plena integración en la sociedad de las personas con discapacidad y personas mayores o de avanzada edad, así como el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Se establecerán derechos de las personas en situación de discapacidad, para que puedan integrarse y ser incluidas socialmente, gozando de manera efectiva de todos los derechos fundamentales y humanos. El Estado respetará y promoverá la autonomía e independencia de las personas en esta condición, y atenderá especialmente los casos en que existan condiciones de dependencia.

### **3.26. Derechos de los inmigrantes**

Se reconocerá a las personas migrantes el goce de los derechos y libertades fundamentales en los términos que la Constitución, los tratados y la ley establezcan.

Los poderes públicos deberán garantizar el ejercicio de estos derechos y promover la interculturalidad.

### **3.27. Derecho a la cultura**

Se reconoce el derecho a la cultura, entendido tanto como el derecho a bienes culturales como al patrimonio cultural. En dicho sentido, se promoverá y garantizará el acceso a bienes y servicios culturales, el disfrute de estos; así como la protección y promoción la producción cultural, del

patrimonio histórico y monumental.

Este derecho comprende la libertad de toda persona, individual o colectivamente, a elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión; a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad; y a acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras.

Asimismo, los poderes públicos deberán garantizar y promover las condiciones de protección del patrimonio histórico y monumental y demás categorías de manejo que incidan en espacios públicos para una vida digna.

### **3.28. Derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos**

Las relaciones de consumo y de prestaciones de servicios públicos tendrán derechos específicos asegurados en la ley; para proteger a consumidores y usuarios de abusos.

## **4 Garantías**

La nueva Constitución debiera desarrollar los estados de excepción constitucional con las limitaciones generales a los derechos, definiendo estrictamente los supuestos de hecho que permitan limitarlos; con estricta sujeción a estándares internacionales, tales como los principios de Siracusa.

Un principio fundamental en los ordenamientos constitucionales y una característica destacada de aquellos sistemas que asumen el principio democrático representativo es conferir la tutela de los derechos a los órganos políticos, en particular, el Congreso Nacional mediante la posibilidad de impulsar medidas de control sobre el Poder Ejecutivo y el desarrollo y concreción de los derechos civiles, políticos y sociales consagrados en la Constitución. Esta garantía “política”, aparece estrechamente vinculada con la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, garantía que debe estar presente en un nuevo texto constitucional.

A la reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, cabe añadir las garantías “materiales” asociadas al contenido mínimo o esencial de los derechos fundamentales que deben ser respetados por los órganos del Estado, en particular, el legislador.

Todos los derechos deben poseer —según la doctrina y jurisprudencia dominante— la misma relevancia para el desarrollo pleno de las personas. En ese sentido, un desafío técnico de primera magnitud para una nueva Constitución es el establecimiento de una tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales que permiten vincular la actuación de los poderes públicos, en particular, la autoridad administrativa. Sin sustituir la primacía del Congreso Nacional y la función del gobierno y la administración en materia de diseño y ejecución de las políticas públicas, se propone que la Carta Fundamental garantice un proceso de amparo ordinario de derechos civiles, políticos como sociales y económicos, en este último caso, con las reservas que se señalarán a continuación, confiando a la ley la regulación sobre modo en que cada derecho habrá de ser protegido y la determinación de la competencia de los tribunales que confieran tutela jurisdiccional a estos derechos.

Cabe puntualizar que tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales la tutela judicial deberá asegurar el acceso universal del disfrute de derechos sociales que determine su cobertura legal y las políticas públicas implementadas a tal efecto.

## **5 Deberes constitucionales**

La cuestión de los deberes ha sido largamente debatida; discusión que se puede resumir en tres actos. Primero, en la tradición liberal, los deberes están ausentes y como botón de muestra está la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que nada dice específicamente al respecto. De hecho, en el liberalismo clásico los deberes están asociados a las relaciones de sujeción del súbdito frente al Estado y no como deberes autónomos. Los deberes autónomos sólo surgen con el constitucionalismo democrático y la tradición republicana expresada en la Constitución jacobina francesa de 1793 y en la Constitución francesa de 1795. Segundo, durante el siglo XIX en que se impuso la revolución burguesa y la tradición liberal en Occidente y América. Por último, los deberes retoman un lugar, aún secundario, en el siglo XX con las revoluciones políticas y sociales y el constitucionalismo social.

Ahora bien, la constitucionalización de los deberes obliga a precisar lo obvio: los derechos humanos tienen usualmente un correlativo deber, lo que llevó al positivismo de distinto origen (Kelsen y Duguit) a poner de relieve los deberes en el siglo XX. De este modo, es posible constatar entre los deberes autónomos (de los derechos) consagrados en los textos constitucionales; deberes como la obediencia de la Constitución y la ley, servir y defender a la

patria, preservar los valores patrios, contribuir a la hacienda pública mediante impuestos y otras exacciones, conferir nombre, filiación a los hijos y darles buen trato, trabajar e incrementar la riqueza en beneficio propio, de la familia y la sociedad toda, comportarse fraternalmente, socorrer a los carenciados y vulnerados, ejercer derechos sin abuso de éstos, entre otros.

En la nueva Constitución se deberá contemplar estos deberes y aquellos que constituyen un correlato de derechos fundamentales. Los deberes constitucionales son los que cobran mayor trascendencia desde una perspectiva de futuro, pues su configuración se basa exclusivamente en la relación de los ciudadanos con el Estado, a fin de garantizar una adecuada convivencia en sociedad, y una relación sostenible con el medio ambiente, lo cual se vincula con el principio de solidaridad entre las generaciones presentes y las generaciones futuras.

### III. RÉGIMEN POLÍTICO: RÉGIMEN SEMIPRESIDENCIAL<sup>18</sup>

#### 1 Diagnóstico<sup>19</sup>

El tema del régimen político y la propuesta de cambio de régimen político se remonta al “Grupo de los 24”, específicamente a una Subcomisión que elabora un informe y una propuesta de régimen político para el año 89. En los 90’ el Instituto de Ciencia Política de la PUC, dirigido por Oscar Godoy, le dio cobertura a la propuesta de Arturo Valenzuela en orden de instalar un régimen parlamentario, eso está documentando, hay un número monográfico de la revista del Instituto de la PUC dedicado al régimen parlamentario y Alberto van Klaveren hizo una contribución también sobre la democracia consociativa.

Retomando este debate, es menester preguntarse, cuál es el telón de fondo en aquellos años sobre el régimen político, en la propuesta del “Grupo de los 24”; el telón de fondo era la dictadura que había instalado un régimen hiperpresidencialista y por lo tanto, la propuesta del “Grupo de los 24” era en clave democratizadora, en cambio, la propuesta del Instituto de Ciencia Política de la Católica y de Arturo Valenzuela se fundaba en la tesis central, sostenida en su explicación sobre la crisis del sistema democrático, en orden a que el presidencialismo en Chile había hecho crisis el año 73’ porque era un régimen político que no establecía mecanismos de cooperación en el sentido de la cooperación entre poderes públicos, ni salidas a la crisis entre el Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional y a ello se agregaba un pluripartidismo polarizado tomando esta categoría de Sartori respecto a aquel periodo.

Va a ser en el inicio de la transición que el presidente Patricio Aylwin va a desahuciar la encaminada discusión sobre el cambio del régimen político y se le dio un cierre al tema por un largo tiempo.

El tema es retomado en los años 2000 por una comisión especial creada por la Cámara de Diputados y presidida por Marco Enríquez-Ominami sobre el régimen político semi-presidencial, la Comisión encargó a Alfredo Joignant y a Francisco Zúñiga un informe que hizo suyo con una propuesta de cambio de régimen político. Esa propuesta de cambio de régimen político logró una aprobación del informe en la Comisión y ese es un logro de la labor

<sup>18</sup> El profesor José Antonio Viera Gallo hizo presente su disenso mediante nota del 26 de mayo de 2020 en que expresó lo siguiente: “[...] respecto al sistema semi presidencial de gobierno, dado que el espectro político amplio propio de nuestra sociedad a lo largo de la historia desde el siglo pasado, podría llevar a experimentar diversas formas de gobiernos de cohabitación – como en Francia -, generando inestabilidad y falta de coherencia en la actividad gubernamental”.

<sup>19</sup> Zúñiga, Francisco. “Régimen de Gobierno” Exposición realizada el 11 de enero de 2020.

parlamentaria que no llegó a cuajar.

Más tarde, en el año 2013 la Comisión técnica de la candidata Michelle Bachelet propuso cambio de régimen político contenido en un capítulo sustantivo. Sin embargo, la comisión redactora del programa lo eliminó. En el caso de la DC la propuesta la había elaborado el profesor de Derecho Constitucional Humberto Nogueira que estaba inspirada en el modelo francés y la Quinta República, parece que el centro de estas propuestas de cambio de régimen político estaba marcado porque los presidentes o jefes de Estado no deseaban cambio de régimen político: ese fue el sino de los tiempos.

Ahora, cabe preguntarse, ¿por qué seguir defendiendo la idea de un régimen político distinto? Como lo recordaba el jurista Gastón Gómez: "hay nueva Constitución si hay nuevo régimen político" y eso pensando en la sala de máquinas.

La izquierda en general ha pensado la Constitución en clave de derechos fundamentales y esta es una crítica que con acierto se ha hecho. Se ha pensado la Constitución y el constitucionalismo de izquierda en clave de derechos, en más derechos frente a un Estado y una Administración que son incapaces de dar cobertura a más derechos y no hemos sido capaces de pensar en la sala de máquinas, quejándonos después del activismo judicial de derecha, de la incapacidad de la Administración de dar cobertura a bienes y servicios públicos.

El cambio de régimen político tiende a fortalecer el Gobierno y la Administración, no tiende a fortalecer al Congreso Nacional. La idea de un nuevo régimen político es asegurar la gobernabilidad del país porque lo que tenemos en los últimos años es un presidencialismo minoritario, es decir, un presidencialismo con un presidente o presidenta impotente. Alguien ha dicho un presidencialismo sin Presidente, eso es lo que tenemos y ello es así porque es un presidencialismo sin mayoría en el Congreso y la conformación de gobiernos, de coalición que no son reflejo de la mayoría en el Congreso. Esa es nuestra realidad.

Sobre el tema relativo al cambio del régimen político aparecen dos fantasmas. El fantasma del mini *prémiere*, es decir, acometer un cambio de régimen político como lo intentó Perú en el 91' o Argentina en el pacto de Olivos del 93' y en la reforma del 94' a lo que Sagües denomina el "presidencialismo con mini *prémiere*", muy disminuido, con un presidente del Consejo de Ministros que no es sino un ministro más que coordina la labor del gabinete. En este sentido, la Constitución actual permite que el Presidente

designa al ministro coordinador, sin que se requiera reformar a la Constitución para llegar a eso. Ahora bien, el fantasma del mini *prémiere* está presente, eso es un remedo de régimen político que no cambia las características del presidencialismo en Perú ni en Argentina. Un segundo fantasma del cambio de régimen político es el presidencialismo en democracias plebiscitarias, en particular lo que conocemos como “nuevo constitucionalismo latinoamericano” que se ha construido en clave de democracia plebiscitaria; es un presidencialismo predominante, sin partidos fuertes, con figuras salvíficas o populistas, que a veces ocultan verdaderas dictaduras.

Desde cualquier punto de vista, teórico o práctico, impulsar un cambio hacia un régimen semipresidencial requiere de sendas reformas políticas, no sólo a la Constitución y sus leyes de desarrollo, sino que, además, de una transformación institucional y funcional del sistema político. Por lo anterior, sólo nos remitimos a las ideas generales de las modificaciones más significativas e inmediatas que debieran discutirse en el marco de la nueva Constitución que pretenda instalar un **régimen semipresidencial**.

## 2 Propuestas

### 2.1. Separación de la Jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno

Este es el rasgo prototípico —Poder Ejecutivo dualista— de un régimen semipresidencial, y además, de tipo republicano: un Presidente/a de la República, Jefe/a del Estado, y un Primer/a Ministro o Jefe/a del Gobierno, el primero con una legitimidad democrática directa y el segundo con una legitimidad indirecta dependiente de la relación fiduciaria o de confianza con la Cámara de Diputadas y Diputados.

Esto supone separar las funciones hoy concentradas en el Presidente/a de la República, para lo cual, resulta forzoso una reordenación de las atribuciones administrativas y gubernativas reservando al Presidente/a de la República la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, la representación del Estado en sus relaciones internacionales y la injerencia en el nombramiento y/o nominación de altos cargos de la Administración del Estado, y del sistema judicial cuando corresponda.

En definitiva, las funciones que conserva para sí la Jefatura del Estado suelen agruparse en: a) Atribuciones relativas a la Administración de Justicia; b) Atribuciones militares o Defensa Nacional; c) Atribuciones internacionales, d) Atribuciones de nombramientos en los órganos del Estado; e) Atribuciones parciales en el ámbito de la potestad reglamentaria, f) Atribución legislativa

de sanción y/o veto u observaciones parciales de las leyes, entre otras.

## **2.2. Rediseño de la función de jefatura de Estado y de Gobierno**

Es necesario, junto con separar formalmente las funciones de Jefe/a de Estado y de Jefe/a de Gobierno, rediseñar ambas funciones, pues, desde el punto de vista normativo, nuestro ordenamiento constitucional, en el Capítulo “Gobierno” bajo el epígrafe “Presidente la República” regula conjuntamente las materias propias del Estado y del Gobierno, por lo tanto:

- a)** Habría que separar en capítulos distintos la jefatura del Estado y el Gobierno y Administración en el texto de la nueva Constitución.
- b)** Desde el punto de vista de práctico, muchas de estas atribuciones, algunas típicas de la jefatura del Estado y otras muy típicas de la función de Gobierno, se ejercen simultáneamente, de ahí que resulta indispensable separarlas y delimitarlas claramente.
- c)** Debe crearse toda una normativa constitucional que regule las relaciones entre Jefe/a de Estado y Jefe/a de Gobierno.
- d)** Conservar en el Jefe/a de Estado la decisión acerca del derecho de excepción, con acuerdo del Congreso Nacional, cuando corresponda.
- e)** Conservar en el Jefe/a de Estado la prerrogativa del veto parcial suspensivo.
- f)** Conferir al Jefe/a de Estado la facultad de disolver el Congreso Nacional y convocar a elecciones anticipadas, a petición del Gobierno o ante la imposibilidad de formar gobierno.
- g)** Reemplazar el mecanismo de nombramiento de los Ministros/as de Estado, por ejemplo, nombramiento del Presidente/a de la República a partir de una propuesta preceptiva del Jefe/a de Gobierno.

## **2.3. Atribuciones de la Jefatura de Gobierno**

En este punto, vale la pena reiterar que, un régimen semi-presidencial requiere de un complejo entramado institucional y normativo, con atribuciones del Jefe/a de Estado y del Jefe/a de Gobierno que se rozan, en no pocas ocasiones, o que requieren de mucha coordinación entre ambos órganos, por lo cual, sólo fijaremos algunas ideas gruesas respecto de las

atribuciones de la Jefatura de Gobierno, a saber:

- a)** Conducción del Gobierno y del Gobierno interior.
- b)** Conducción de las relaciones internacionales, celebrar tratados internacionales, así como disponer su promulgación, ratificación, denuncias, retiros y disponer de reservas.
- c)** Proponer los nombres para ministro de Estado y conformación del gabinete.
- d)** Dirigir la Administración del Estado.
- e)** Ejercer la potestad reglamentaria.
- f)** Ejercer las atribuciones legislativas directas y las atribuciones constituyentes.

#### **2.4. Establecimiento de un sistema de elecciones adecuado al régimen semi - presidencial**

En efecto, un régimen semi-presidencial demanda un sistema electoral de mayor complejidad, por una parte, y de una alta legitimidad, por otra. Para tal efecto, resulta forzoso apuntar lo siguiente:

- a)** El establecimiento de un mecanismo para la elección del Primer/a Ministro o Jefe/a del Gobierno, el que puede consistir, alternativamente: elección por la Cámara baja, o bien, nombramiento del Presidente/a de la República con acuerdo de la Cámara baja;
- b)** El establecimiento de las reglas de duración del mandato, cesación, vacancia, renuncia y reemplazo por el partido político del curul o escaño vacante.
- c)** El fortalecimiento de los partidos políticos y del mandato imperativo de sus parlamentarios.
- d)** Debe establecerse un sistema electoral para la asignación de los escaños parlamentarios lo suficientemente representativo, proporcional y legitimado, como para formar, a partir de esas mayorías, el Gobierno, haciéndose cargo de la paridad y la representación de escaños indígenas.

- e) Debe establecerse un mecanismo racionalizado de moción de censura, lo cual comprende, entre otros dispositivos, el establecimiento de un plazo para su ejercicio y mecanismo de enfriamiento o la conformación de nuevos pactos o coaliciones con programa de gobierno.
- f) Las elecciones del Presidente/a de la República y de diputados/as y senadores/as deben ser simultáneas, a menos que se disponga excepcionalmente, la disolución anticipada del Congreso Nacional y se convoque a nuevas elecciones parlamentarias.

## **2.5. Establecimiento de atribuciones al Presidente/a de la República para arbitrar conflictos entre Gobierno y Congreso Nacional**

Evidentemente que pueden existir tensiones entre el Gobierno y el Congreso Nacional que tienen que dirimirse de algún modo. En este sentido, uno de los mecanismos más conocidos es la disolución de la Cámara baja o de ambas cámaras, y/o la dimisión del Jefe/a de Gobierno y luego la convocatoria a nuevas elecciones. La decisión la adopta el Presidente/a de la República, por su iniciativa o a solicitud del Jefe/a de Gobierno. Esta facultad, por cierto, debe estar lo suficientemente contenida o racionalizada, pues, el abuso de este mecanismo produce la inestabilidad de los gobiernos y el estancamiento de la acción ejecutiva.

## **2.6. Modificación de las atribuciones del Congreso Nacional**

En este caso, la primera cuestión que debemos anotar es que los sistemas presidenciales, y los presidencialistas, sobre todo, descansan en un modelo de separación rígida de poderes o de "contrapeso de poderes". Por lo cual:

- a) La adopción de un régimen semi-presidencial obliga a revisar esto, pues, en los hechos, se produce una "colaboración de poderes" entre la Cámara baja y el Gobierno que se forma a partir de su apoyo mayoritario, por lo cual, la regla de separación rígida de poderes no es funcional al semi-presidencialismo.
- b) La Cámara baja debe contar con vigorosas facultades de control y fiscalización respecto del Gobierno y su Administración.
- c) La Cámara baja también debe contar con atribuciones para hacer efectiva la responsabilidad política, cuyo resultado, no sólo sea la interpelación, sino también las comisiones investigadoras.

- d)** Se debe racionalizar el mecanismo de confianza y censura Gobierno-Congreso Nacional.
- e)** La investidura del Gobierno debe estar asociada a la formación político-programática de una coalición de partidos mayoritaria, para asegurar su estabilidad y duración.
- f)** La denuncia o retiro de un tratado internacional, sea un acuerdo bilateral o multilateral, requerirá la aprobación del Congreso Nacional en los casos que establezca la Constitución.

En cuanto al Senado, como se expone en el documento esta cámara alta pasa a ser una cámara territorial en que las regiones son representadas en base a paridad, congruente con una nueva forma jurídica de Estado que profundiza el proceso de regionalización instaurando un Estado regional.

En síntesis, y como señalamos, la opción por el régimen semi-presidencial requiere de rediseño institucional de la forma de gobierno y régimen político que la nueva Constitución debe hacerse cargo, venciendo el “peso de la noche”, al menos en los capítulos referidos al “estatuto del poder” (Gobierno y Congreso Nacional); el reparto competencial entre los poderes públicos; las bases constitucionales de la Administración Pública; el Gobierno y Administración interior, entre otros. Y, ciertamente, resulta ineludible revisar buena parte de la legislación de desarrollo, especialmente las leyes orgánicas constitucionales y otras tantas leyes de bases.

## IV. POTESTAD LEGISLATIVA Y REGLAMENTARIA

### 1 Diagnóstico

#### 1.1. El papel de la ley

Una de las rupturas más radicales que la Constitución de 1980 representó frente a la tradición constitucional chilena se refiere a la manera en que la Constitución es entendida en relación con el proceso político. Uno de los aspectos más claros en que este cambio se manifiesta es en la regulación del proceso legislativo y de reforma constitucional.

En consecuencia, propugnamos la supresión de todas las leyes de quorum supra mayoritario, restituyendo a la ley ordinaria o común el carácter de categoría única de la ley en sentido formal.

Es parte de la idea de Constitución que ésta limita al proceso político, pero hay un cambio fundamental entre la manera en que esta idea fue entendida bajo la Constitución de 1925 y la del 1980: bajo la Constitución de 1925, la Constitución contenía "límites" que operaban a través del proceso político; bajo la del 80', eso límites operan en contra del proceso político. Es lo que define a la idea de una democracia "protegida": ya no, como antes, del pluralismo político, sino protegida de la política misma. Esa es la razón por la que, a pesar de sus 40 años de vigencia, la Constitución de 1980 no puede dejar de ser entendida como "impuesta" por la derecha. Como la Constitución está protegida de la política, esa protección asegura que lo que en un primer momento fue imposición siempre será imposición.

En la configuración de la potestad legislativa, esta "protección" se manifiesta en varios aspectos, de los cuales los más notorios son los siguientes:

- a) En la configuración máxima de la potestad legislativa, en relación con la potestad reglamentaria. Bajo la regla de la Constitución de 1925, que caracterizaba la competencia de la potestad legislativa de un modo mínimo, la cuestión de la distribución de competencias entre ley y reglamento quedaba entregada a la acción del Presidente de la República y las Cámaras.
- b) En la categoría de leyes orgánicas constitucionales, que sólo pueden ser modificadas con 4/7 de los votos de los senadores y diputados en ejercicio. En el derecho comparado la conclusión es indudable: donde existen son sumamente discutidas. En nuestro país son ajenas a la

tradición constitucional. Por lo demás, en el derecho comparado su ámbito está sumamente delimitado.

- c) En la exigencia de quórum de reforma constitucional para leyes que interpretan la Constitución. Esto muestra que desde el punto de vista de la Constitución todo intento de interpretar la Constitución es visto como una reforma encubierta.

## 1.2. Las leyes de reforma constitucional

Es en este contexto que debe discutirse el tema de la reforma constitucional. Cuando se trata de la reforma parcial, de lo que se trata es del ejercicio de la potestad legislativa, en el sentido de que el vehículo formal de la reforma constitucional será una ley de reforma. Esto siempre ha sido reconocido en la tradición constitucional chilena (por ejemplo, las “reformas constitucionales” comparten la numeración de las leyes, y se promulgan como leyes, y a su respecto se aplica en todo lo que no es regulado diferentemente en el capítulo XV las reglas sobre formación de la ley, etc.).

La idea central de la “democracia” protegida (la Constitución protegida del pueblo a través de la política) se manifiesta en la regulación de la reforma constitucional en la exigencia de quórum extraordinarios de reforma constitucional. El sentido de estos quórum no es dar estabilidad a las reglas constitucionales (la Constitución de 1980 ha sido reformada, mediante “leyes” de reforma constitucional, más del quíntuple de veces que la Constitución de 1925), sino dar a la derecha poder de bloqueo sobre decisiones que cuentan con el respaldo de la mayoría. Esto debe ser corregido.

Por ende, propugnamos como quorum reforzado para la reforma de la nueva Constitución el quorum de mayoría absoluta de ambas Cámara del Congreso Nacional, retomando la tradición de la Constitución de 1925.

La nueva Constitución no debe tener poderes de bloqueo que utilice la derecha sobre la izquierda o la izquierda sobre la derecha, porque ha de ser una Constitución de todos que represente a diversos sectores de la sociedad, promueva el pluralismo y habilite el proceso político.

## 1.3. La relación ley-reglamento

El sistema de relaciones entre el dominio legal máximo y la potestad reglamentaria, autónoma y de ejecución, no ha sido fácil de conciliar, pues la

Constitución no establece un límite claro entre lo que corresponde a uno o a otro poder. En los hechos, son muy raros los casos en que el Presidente/a ha ejercido la potestad reglamentaria autónoma.

Este sistema ha dado lugar, evidentemente, a conflictos, que han tenido que ser resueltos casuísticamente por el TC, incentivado por el hecho de que la minoría derrotada en el proceso legislativo es la que puede impugnar los decretos del Presidente/a ante dicha magistratura. Lo anterior se ve acentuado en los proyectos de ley y los decretos que afectan más fuertemente a los intereses económicos de unos pocos, en beneficio de la comunidad.

## **2 Propuesta**

La nueva Constitución debe revertir esta idea de sustraer la política de la Constitución, bajo el pretexto de que la Constitución debe ser un cuerpo de normas estables y rígidas, inmodificable por las prácticas democráticas. La Constitución pretende habilitar al proceso político, y no tan sólo ponerle límites. En la medida en que lo que ella contiene ha de ser entendida de forma que admite varias opciones legítimas para el poder democrático.

Lo anterior significa que la regla general será que las leyes se aprueben por decisiones mayoritarias, sin necesidad de un quórum extraordinario. Esto significa abolir las distinciones que contiene la Constitución de 1980 entre distintos tipos de leyes (“ordinarias”, “de quórum calificado”, “orgánicas constitucionales” e “interpretativas de la Constitución”), cada una con sus quóruns especiales, y establecer que para la aprobación, derogación o modificación de la ley se requerirá siempre el voto conforme de la mayoría de los representantes presentes en la sala al momento de votar, y establecer para la reforma constitucional un quórum especial, agravado, de mayoría absoluta de los representantes en ejercicio.

Por una parte, debe señalarse que al poder legislativo le corresponde tomar las decisiones básicas de la sociedad, particularmente en todo lo que dice relación con las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Por otra parte, debe dotarse al Jefe de Gobierno para que lidere una Administración eficaz y eficiente, capaz de responder rápidamente, sin desperdicio de recursos o demoras innecesarias a la satisfacción de necesidades y la creación de las instituciones y las condiciones sociales y económicas que el desarrollo del país requiere.

Para ello, en una nueva Constitución el poder legislativo debe estar

definido de forma general (dominio legal mínimo), dejando siempre a salvo su facultad exclusiva para limitar los derechos fundamentales.

Por su parte, el Jefe/a de Gobierno debe estar dotado de la potestad reglamentaria para poner en ejecución las decisiones del legislador. Este poder es especialmente importante en aquellos asuntos que no significan la limitación de libertades, sino que dicen relación con la satisfacción de derechos sociales.

En relación con esto último, para dotar de eficacia a la actuación administrativa, debe preverse que los órganos administrativos gozan también, de pleno derecho, de una potestad normativa subordinada a la ley, en el ámbito específico de los asuntos que la ley les encomienda supervisar.

Por último, en otro orden de materias, el Congreso Nacional intervendrá en la aprobación de la denuncia o retiro de un tratado internacional, sea un acuerdo bilateral o multilateral, en los casos que establezca la Constitución.

## V. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

### 1 Diagnóstico

El Gobierno y la Administración del Estado están escasamente tratados en la Constitución, salvo en cuanto al Presidente de la República, como Jefe de Estado y de Gobierno, algunas normas básicas de los ministerios y la estructuración de ciertos órganos administrativos de relevancia constitucional, cuya autonomía es establecida como un límite a la actividad conformadora del legislador democrático. En este sentido, la Contraloría General de la República, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, el Consejo Nacional de Televisión, Servicio Electoral, Ministerio Público y el Banco Central son órganos que aparecen estructurados autónomamente en la Constitución, desgajándose de la autoridad presidencial y poniéndose al margen de la organización administrativa democrática regular.

Claramente, esta última opción del constituyente autoritario de 1980 y el de la transición obedeció al afán de mantener ciertos ámbitos de la actividad administrativa fuera del quehacer político, poniendo barreras al legislador para regular estas materias y permitir el control político directo de su actividad. Esto es muy elocuente en el caso de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública y en el Banco Central, en que la intervención de la política democrática se considera negativa para los objetivos institucionales que el ordenamiento le atribuye.

Por otro lado, en el caso de la Contraloría General de la República (institución que remonta su origen al año 1927), se reitera el modelo de autonomía existente en nuestro derecho desde 1943, pero se refuerza su poder de control estableciendo expresamente el control de legalidad dentro de sus funciones constitucionales, regulando en este caso con particular precisión la toma de razón como mecanismo para hacer efectivo este control. Esto último probablemente se explica por el trauma generado en ciertos sectores políticos durante el enfrentamiento entre el Presidente Allende y el Contralor General de la época, lo que supuso un conflicto político inadecuado y excesivo dentro del sistema institucional.

### 2 Propuesta

Sobre la base del diagnóstico anterior se propone lo siguiente:

## **2.1. Posición institucional y funciones del Gobierno y Administración del Estado**

Se deberá disponer que el Gobierno y la Administración del Estado (Poder Ejecutivo dualista) estén a cargo, de forma compartida, del Presidente/a de la República, reservado a un rol político institucional de Jefe/a de Estado, y de un Jefe/a de Gobierno, cabeza del Gobierno y de la Administración, transitando, así, a un régimen semi-presidencial.

El número, denominación y precedencia de los ministerios y ministros a su cargo será una materia de competencia exclusiva de la ley.

El Gobierno y los ministros/as de Estado asumirán la responsabilidad política directa en la definición e implementación de las políticas, planes y programas del Gobierno. Además, integran el Gobierno, los Subsecretarios/as, los que también asumirán la responsabilidad por la gestión que desarrollan, en el ámbito de sus competencias.

El Presidente/a de la República tendrá el mando de la Administración militar y policial del Estado en sus ámbitos específicos de quehacer. El Jefe/a de Gobierno supervigilará y coordinará la Administración civil, militar y policial del Estado y definirá la política interior y exterior de éste en las esferas de competencia que le corresponda. Para estos efectos, el Jefe/a de Gobierno tendrá las potestades públicas que le asigne la ley, entre las que se deberá considerar la potestad reglamentaria para regular todas aquellas materias que no sean de dominio legal y ejecutar las leyes vigentes.

En este contexto, la nueva Constitución suprime todo tratamiento diferenciado de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública (eliminado el Consejo de Seguridad Nacional), ya que se le consideraran como órganos que integran la Administración militar o policial, en su caso, sometidas al Gobierno, como titular de la potestad gubernativa y cuya mención en el texto constitucional se consideran innecesaria, como los demás órganos que integran la Administración del Estado.

## **2.2. Principios básicos de la Administración del Estado**

La Administración del Estado estará conformada por el conjunto de órganos y servicios públicos encargados de satisfacer los intereses generales. Estos órganos y servicios estarán sujetos a los principios de legalidad, servicialidad, objetividad, imparcialidad, transparencia, probidad y responsabilidad en el cumplimiento de sus funciones, quedando supeditados

al Jefe/a de Gobierno en la forma que prescriba la ley. Se exceptúan de esta sujeción los gobiernos regionales y las municipalidades y los órganos que gozan de autonomía constitucional.

Los órganos y servicios públicos tendrán las potestades administrativas que le asignen las leyes, entre las que se contará, cuando corresponda, la potestad normativa en el ámbito de su competencia, las que tendrán como objetivo principal la protección y realización de los intereses generales. En este contexto, estos órganos y servicios podrán imponer deberes, obligaciones y cargas a los ciudadanos para cumplir sus cometidos, respetando los derechos fundamentales de las personas y los demás derechos y libertades que establezca el resto del ordenamiento jurídico.

### **2.3. Órganos autónomos de la Administración del Estado**

Sin perjuicio de la potestad directiva de la Jefatura de Gobierno sobre la Administración del Estado, el legislador podrá crear o establecer órganos autónomos o administraciones independientes dentro de la Administración civil del Estado, fundado en razones de eficiencia, eficacia y naturaleza técnica de la actividad encomendada. Esta configuración podría utilizarse para abarcar órganos reguladores o fiscalizadores de sectores económicos o administrativos relevantes (por ejemplo, en la actualidad, el Consejo para la Transparencia o la Comisión para el Mercado Financiero), cuya autonomía sea considerada por el legislador como un instrumento destinado a satisfacer de mejor forma la tutela de ese interés público. Estos órganos autónomos tendrán una relación de tutela o supervigilancia con el Jefe/a de Gobierno, a través de sus Ministros/as de Estado, en conformidad a la ley.

Las autoridades superiores de estos órganos serán consejos o comités integrados de forma plural y paritaria, interviniendo en su designación el Presidente/a de la República, cuando corresponda, y el Jefe/a de Gobierno, con auxilio de un sistema de alta dirección pública y el Senado. Estos directivos superiores estarán, además sujetos a mecanismos de responsabilidad constitucional ante el Congreso Nacional, en el caso de que los órganos estén dotados de potestades públicas que impliquen decisión política.

### **2.4. Control del Gobierno y la Administración del Estado**

Los órganos del Gobierno y la Administración del Estado estarán sometidos a los controles administrativos y judiciales que establezca la ley, sin perjuicio del control político de la Cámara de Diputadas y Diputados y del control social que ejerce la opinión pública y la ciudadanía. En este sentido,

su actividad o inactividad será impugnada a través de los recursos administrativos que establezca la ley y, en su caso, por medio de las acciones y recursos ante los tribunales con competencia administrativa que determine la ley.

Por otro lado, la misma actividad del Gobierno y de la Administración del Estado estará sometida al control, supervisión y auditoría contable y financiera de la Contraloría General de la República. En este sentido, siguiendo los modelos comparados, la Contraloría no ejercerá ya un control de legalidad de la actividad administrativa, sino sólo uno contable y financiero, dejando entregado el primero a los tribunales contencioso—administrativos, previa iniciativa de los particulares, de órganos de la Administración del Estado y de la propia Contraloría General de la República.

Complementario a lo anterior, habrá un Tribunal de Cuentas en el Poder Judicial en el que se harán efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos que tenga a su cargo la inversión de recursos del Estado o particulares que sean receptores de fondos públicos.

Asimismo, la Contraloría General de la República se estructura ahora como un órgano que se relaciona con el Congreso Nacional, colaborando así con éste en el control del gasto público y el seguimiento de la ejecución del presupuesto anual aprobado por el parlamento. Esta nueva Contraloría será dirigida por un órgano superior de carácter colegiado y paritario, cuya designación corresponderá al Congreso Nacional y el Gobierno, el que podrá también destituirlos, en conformidad a los procedimientos que establezca la ley.

## **2.5. Defensoría del Pueblo**

La institución de la Defensoría del Pueblo está dirigida a la tutela de derechos fundamentales y derechos humanos de los administrados frente a la Administración y a las empresas de servicio público, cuando una mala gestión o ineficiente gestión de los servicios irroga la lesión de derechos. Es un control de la Administración denominado “control de humanidad”, por una autoridad revestida de *autoritas*, pero no *potestas* o imperio. Por tanto, sus decisiones buscan persuadir a la Administración de adoptar medidas correctivas, denunciar la comisión de ilícitos por la Administración, exhortar al Gobierno y al Congreso Nacional a adoptar medidas administrativas, políticas o legislativas que mejoren la gestión de los servicios públicos o interponer acciones judiciales en defensa de los derechos humanos ante los tribunales de justicia.

La Defensoría del Pueblo viene a coadyuvar con el control de la Administración del Estado y complementar los esfuerzos que a este respecto realiza la Contraloría General de la República.

La Defensoría del Pueblo tendrá una dirección superior colegiada y paritaria en conformidad a la ley.

## **2.6. Tribunal de Cuentas**

Por último, en esta reorganización del sistema de control de la actividad administrativa, se propone la creación de un nuevo Tribunal de Cuentas, independiente de la Administración del Estado y situado en el Poder Judicial, cuya competencia será el juzgamiento de las cuentas y recursos públicos, sean que ellos hayan estado a cargo de funcionarios públicos o particulares receptores de fondos públicos. Los procesos ante el Tribunal de Cuentas se iniciarán por demanda o reparo de la Contraloría General de la República, previo examen de cuenta o auditoría administrativa según corresponda.

Este Tribunal estará integrado por jueces nombrados exclusivamente para este efecto, cuya nomina será elaborada por el Jefe/a de Gobierno y designados por el Presidente/a de la República con acuerdo del Senado en procedimientos concursales públicos en que intervengan las Universidades del país y que aseguren la idoneidad técnica y profesional de los postulantes. Además, los miembros del Tribunal de Cuentas estarán sujetos a los mismos mecanismos de responsabilidad constitucional previstos para los miembros del Tribunal o Corte Constitucional.

## **VI. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO**

### **1 Diagnóstico**

El Gobierno y Administración interior del Estado debe articular, a nuestro juicio, dos ideas básicas: por un lado la existencia de un poder político único que dé eficacia, consistencia y coherencia a la acción estatal, garantizando derechos fundamentales para todos los habitantes de la República; y, por otro, la participación de los habitantes de los territorios en las decisiones administrativas y políticas destinadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y regional y propender al desarrollo de éstas.

Es evidente que en nuestro país esta articulación no se ha llevado a cabo adecuadamente, existiendo una percepción muy extendida de un excesivo centralismo en la gestión pública, un dominio sin contrapeso de la autoridad presidencial y la ausencia de instancias de participación efectiva en los territorios. Ello da cuenta de la generalizada percepción de fracaso del proceso de descentralización y desconcentración realizado en el país en los últimos 40 años, y especialmente en las últimas dos décadas, el que ha estado orientado más a la desconcentración territorial de ciertos órganos centrales, al aumento nominal de la inversión pública con impacto regional y a la generación de instancias de participación sin atribuciones relevantes para incidir en el desarrollo regional.

### **2 Propuestas**

#### **2.1. División política y administrativa en regiones y comunas**

En el marco de la definición del Estado de Chile como un Estado regional, se propone el establecimiento de una división político-administrativa del país en regiones y comunas, siendo las primeras, las regiones, los espacios geográficos en los que se estructurarían y radicarán los órganos administrativos principales que estarán encargados de llevar adelante los planes y proyectos de desarrollo de cada uno de los territorios del país. A ello deben añadirse las comunas, como unidad territorial local de menor tamaño, en la que se considerarán a las municipalidades como órganos administrativos encargados de satisfacer las necesidades de la comunidad local.

Por otro lado, se propone la supresión de las provincias como unidad administrativa territorial. Ello atendido que las provincias no constituyen actualmente un espacio territorial idóneo para la satisfacción de las necesidades públicas y, por el contrario, su autoridad principal, el gobernador,

sólo opera como un jefe político articulador del Gobierno nacional en ese espacio territorial y con potestades administrativas limitadas al orden público y la seguridad interior. Lo anterior es sin perjuicio, de la existencia de oficinas y delegaciones administrativas de los servicios públicos nacionales y regionales en esos territorios, cuando las necesidades de la población así lo requieran. Esto potenciaría a las regiones como espacios territoriales claves para la articulación del desarrollo, asumiendo los gobiernos regionales el desafío más relevante en esta materia, pero ensanchando al mismo tiempo el ámbito de acción de las municipalidades, ante la falta de otra instancia intermedia territorial.

## 2.2. Gobierno y Administración regional

En el ámbito regional, se propone la organización estatal en dos niveles: por un lado, una organización desconcentrada del nivel central encargada de la transmisión y ejecución de las políticas nacionales en la región y del gobierno interior; por otro, una organización descentralizada del nivel central configurada en gobiernos regionales, órganos autónomos con personalidad jurídica propia, los que asumirán plenamente la administración superior de la región y el desarrollo de todas las políticas, planes y programas de impacto territorial.

Se propone además que sea posible revocar el mandato del Gobernador o Gobernadora Regional por referéndum de iniciativa popular con un número mínimo de firmas correspondiente al 5% del padrón regional.

Por su parte, el órgano representativo de la región será una **Asamblea Regional**, la que estará integrada por un número variable de asambleístas elegidos por los ciudadanos directamente en forma proporcional, constituyendo el órgano normativo, resolutivo y fiscalizador del Gobierno Regional, la máxima instancia de representación y participación de la ciudadanía regional. La Asamblea Regional tendrá, además, una competencia política, para aprobar normas generales en materias de incidencia regional que defina la nueva Constitución juntamente con el ámbito reservado al dominio de la ley (leyes regionales).

Esta Asamblea Regional elegirá un Presidente o Presidenta entre las y los asambleístas que hayan obtenido la votación más alta de cada lista.

Las y los delegados regionales presidenciales seguirán estando a cargo de un funcionario de la exclusiva confianza del Gobierno, actuando como agente natural e inmediato de éste, el que mantendrá bajo su mando el

aparato administrativo del servicio de gobierno interior. Además, coordinará, supervigilará y fiscalizará las secretarías regionales ministeriales y las direcciones regionales de los servicios públicos nacionales, articulando las políticas sectoriales del Gobierno en su territorio, todo sin perjuicio, de la gradual transferencia de competencias.

### **2.3. Organización y atribuciones de los gobiernos regionales**

La ley, en conformidad a la nueva Constitución, establecerá las normas de organización y funcionamiento de los Gobiernos Regionales, así como las materias en las que tendrá competencia exclusiva y en las que tendrá funciones complementarias de la actividad de otros órganos y servicios públicos. En todo caso, esta ley deberá establecer los mecanismos a través de los cuales los gobiernos regionales podrán asociarse con otros órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, lo que incluirá el ejercicio de actividades económicas de servicio público y empresariales.

### **2.4. Transferencia de servicios públicos a gobiernos regionales**

Esta propuesta incluye, además, la transferencia progresiva a los gobiernos regionales de los servicios públicos nacionales que operan en la región que administren y gestionen programas y que asignen recursos públicos, de acuerdo con las prioridades establecidas por aquellos en su plan de desarrollo estratégico. En este contexto, la nueva Constitución contemplará una habilitación expresa al Gobierno para que, previa solicitud del Gobierno Regional respectivo, vía decreto supremo, disponga la transferencia de servicios públicos, competencias y recursos a éste. Esto supondrá la existencia de transferencias diferenciadas por región, atendida las prioridades y especificidades de cada una de ellas.

### **2.5. Financiamiento y recursos de los gobiernos regionales**

Por otro lado, la nueva Constitución deberá establecer las fuentes de financiamiento de los gobiernos regionales, considerando entre éstas una asignación presupuestaria de nivel nacional establecida en la Ley de Presupuestos de la Nación como un fondo de inversión pública de decisión regional que permita la solidaridad entre los territorios y el desarrollo equilibrado de éstos, tributos regionales por actividades desarrolladas en la región y que supongan un impacto o daño relevante para el medio ambiente, determinados por cada Gobierno Regional, e ingresos por los servicios que presten directamente aquellos, todos los cuales estarán regulados en una ley

de rentas regionales.

A fin de hacer más operativo el fondo de inversión pública regional se dispondrá en la Constitución la autonomía de los gobiernos regionales para su administración y asignación, no pudiendo ser sometido aquel a condiciones o reglas que impidan su destinación a las prioridades definidas por aquellos. En este sentido las transferencias de nivel central para la cobertura de ciertos programas o planes nacionales deberán ser previstas como nuevos recursos, pero que no comprometerán ni condicionarán los recursos de este fondo.

En concordancia con lo anterior, se debe establecer una hacienda regional y normas generales acerca del presupuesto público nacional y regional.

## **2.6. Administración municipal**

En materia municipal, la nueva Constitución Política debería ratificar el carácter autónomo y descentralizado de las municipalidades, teniendo como órganos principales al alcalde o alcaldesa y el concejo. El alcalde o alcaldesa y los integrantes del concejo serán elegidos por los ciudadanos y ciudadanas directamente. El primero a través de un sistema mayoría simple y los segundos a través de un sistema proporcional, variando en este último caso en relación con el número de habitantes de cada comuna.

El alcalde o alcaldesa podrá ser objeto de revocatoria vía referéndum iniciado por el 5% del padrón de la comuna o agrupación de comunas del municipio.

La ley deberá establecer las normas de organización y funcionamiento de las municipalidades, la que incluirá las unidades administrativas que podrán considerar, las materias sobre las que tendrán competencia exclusiva y aquellas en que será compartida con otros órganos y las fuentes de financiamiento dispuestas para su funcionamiento. En todo caso, cualquier transferencia o atribución de funciones a los municipios por parte del gobierno central o de los gobiernos regionales deberá estar acompañada de la asignación presupuestaria correspondiente, sin que pueda gravarse al presupuesto municipal.

Además, al igual que los gobiernos regionales, se deberán señalar las normas con arreglo a las cuales las municipalidades se podrán asociar con órganos públicos o personas jurídicas de derecho público o privado, para el desarrollo de sus competencias, pudiendo la municipalidad desarrollar con

éstas todas aquellas actividades que permitan el cumplimiento de sus fines institucionales, incluidas actividades económicas y empresariales.

Del mismo modo, se propone fortalecer las formas de participación, como el referéndum comunal.

## **2.7. Establecimientos de áreas metropolitanas y alcalde mayor**

Se propone que en aquellas conurbaciones que presenten problemas o desafíos comunes para las distintas comunas involucradas, exista un espacio territorial específico denominado “área metropolitana” con el fin de salvaguardar la autonomía municipal y favorecer la coordinación entre autoridades municipales. Esta institucionalidad corrige el riesgo de que, en algunas regiones, el Gobernador o Gobernadora Regional actúe como alcalde mayor del “área metropolitana”

Las “áreas metropolitanas” se configurarán por el conjunto de municipios involucrados, teniendo competencia exclusiva sobre ciertas materias de interés común, como el transporte público, el tratamiento de residuos sólidos domiciliarios, espacios públicos o la regulación urbana. Su dirección estará entregada a un alcalde mayor y al consejo de alcaldes, siendo el primero elegido por este último.

El alcalde mayor será una autoridad metropolitana con competencia para coordinar el transporte, urbanismo, educación, salud, medio ambiente, etc. La relación entre esta autoridad metropolitana y la región y los demás alcaldes con los que debe coordinarse debe ser también objeto de la reforma del régimen de gobierno.

## VII. SENADO

El nuevo Senado de la República será una cámara eminentemente territorial en el marco de un Estado regional, poniendo fin a un antiguo problema de inserción de la estructura bicameral del Parlamento o Congreso Nacional en un Estado unitario; en que dicho bicameralismo o es superfluo o derechamente un resabio oligárquico o gerontocrático.

En consecuencia, el Senado de la República será elegido sobre la base regional, correspondiéndole a la ley determinar en las circunscripciones senatoriales la adecuada proporcionalidad en la representación política y la paridad o equilibrio interregional.

El nuevo Senado de la República conservará sus atribuciones exclusivas de naturaleza cuasi judicial, moderadora (del Poder Ejecutivo dualista) y consultiva; y juntamente con la cámara baja participará del ejercicio de las potestades clásicas, a saber: la potestad legislativa conforme a las previsiones que se establezcan en el procedimiento legislativo y la potestad presupuestaria.

De optarse por un régimen semi-presidencial, se conserva el ejercicio compartido de la potestad legislativa por el Senado y la Cámara de Diputadas y Diputados. Pero, esta última, se sobrepone a la cámara alta cuando hubiere disparidad en relación con proyectos de ley en trámite por la vía de una insistencia de la cámara baja en el proyecto despachado por ésta, con el quórum de mayoría absoluta.

Adicionalmente, el nuevo Senado y sus comisiones permanentes deberán ver fortalecido su derecho de confirmación en relación a nominaciones dispuestas por el Presidente/a de la República o el Jefe/a de Gobierno de altos cargos del Estado y de su Administración.

En consecuencia, el nuevo Senado de la República se diferencia de la cámara baja en la medida en que ésta se distingue por su función de cámara política, ya que la relación fiduciaria o de confianza del Gobierno con el Congreso Nacional se residencia en la Cámara de Diputadas y Diputados, al igual que la tradicional potestad de control político del mismo Gobierno.

En el nuevo Senado se limita el periodo de funciones de los senadores y senadoras a cuatro años o al periodo que comprenda el periodo del Presidente/a de la República y el Jefe/a de Gobierno y se permitirá la reelección de los senadores por una sola vez.

## VIII. PARTICIPACIÓN CIUDADANA<sup>20</sup>

El debate sobre la forma de Gobierno, no puede ser visto como un tema que involucra únicamente la relación entre funciones legislativas y ejecutivas, sino que además debe crear un espacio institucional para la participación, que sea capaz de integrar de manera efectiva la opinión de los chilenos en las decisiones públicas.

Una de las herramientas con que el derecho comparado cumple este objetivo es el referéndum abrogatorio, sin perjuicio de incorporar la iniciativa popular de ley y la revocatoria como técnica de participación política de la ciudadanía. El referéndum abrogatorio como mecanismo hace referencia a la derogación de manera total o parcial una ley cuando así lo soliciten un número de electores. En los ordenamientos constitucionales europeos, el caso de Suiza e Italia son los ejemplos paradigmáticos. Este modelo supone lo contrario a de los modelos autoritarios que usan el referéndum como facultad del jefe de Estado para “saltarse” al Congreso Nacional.

Siguiendo la Constitución de Weimar la mayoría de las constituciones no permite que opere el referéndum abrogatorio para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni para ratificar tratados internacionales.

En Italia, a pesar de existir varias fórmulas referendarias, tanto a nivel estatal como regional, la figura del referéndum abrogativo ha sido la más destacada de los mecanismos de democracia directa en este país por casi medio siglo. La jurisprudencia italiana ha concluido que no se permite utilizar el referéndum abrogativo en materias que afectan a determinadas normas de la Constitución, como las leyes de revisión de la Constitución. Tampoco son admisibles las consultas destinadas a abrogar una ley ordinaria con contenidos constitucionalmente vinculados o que con su modificación alteren el cumplimiento de una norma constitucional. También se establecieron como inadmisibles las propuestas que contuvieran una pluralidad de demandas heterogéneas, carentes de un sentido unitario. En consecuencia, se exige que la iniciativa en consulta se refiriera a una cuestión específica, dejando en evidencia la propuesta de derogación que deje sin efecto la regulación de una materia determinada y no deje en vigor otras disposiciones, haciendo inútil el resultado del referéndum.

---

<sup>20</sup> El desarrollo de las ideas de esta sección, tuvieron a la vista la minuta del profesor Francisco Soto. Soto, Francisco, “¿Qué mecanismos participativos debería incluir la nueva Constitución?”, remitida el 18 de enero de 2020.

El referéndum abrogatorio deroga la norma impugnada y, por tanto, pierde su vigencia. En Italia el Parlamento en este caso no tiene facultad alguna para mantenerla en vigor. Esto no significa que en el futuro no pueda volver a legislarse sobre la materia. Existe la posibilidad que, durante el proceso de tramitación del referéndum abrogativo, el Parlamento apruebe una ley en el sentido de la iniciativa consultada y, por tanto, el objetivo del referéndum se entienda cumplido. Las principales materias consultadas son: ley de divorcio, impedir la instalación de misiles nucleares en Italia, cambios en el sistema electoral, centrales nucleares, privatización del agua y la derogación de la ley “*ad personam*” del legítimo impedimento.

## **IX. SISTEMA ELECTORAL**

### **1 Un sistema electoral descansa en una interpretación del valor de una elección popular**

Un sistema electoral es un sistema de reglas que convierten votos en escaños. Pero no son un conjunto de reglas arbitrarias, sino una que supone una determinada comprensión de qué es lo que se ha manifestado en una elección, una comprensión de qué es lo importante acerca de la elección respectiva.

Desde una perspectiva democrática, hay dos maneras como que puede interpretarse una elección: como la manifestación del pueblo en torno a decidir un programa de acción entre varias opciones disponibles, o como una manifestación de la diversidad política del pueblo, del hecho de que los ciudadanos mantienen distintas comprensiones acerca de qué es lo que va en el interés de todos.

Sobre estas dos posibles interpretaciones democráticas de una elección se construyen las dos familias que explican la diversidad de sistemas electorales en los regímenes democráticos del mundo.

Los sistemas mayoritarios son sistemas que pretenden transformar votos en escaños, intentado dar máxima expresión a la decisión tomada por el pueblo en cuanto a preferir una de varias opciones posibles y los sistemas proporcionales pretenden dar máxima expresión a la diversidad política del pueblo. El paradigma de un sistema mayoritario es un sistema en el que a cada distrito corresponde un escaño, que se lo lleva el que saque un voto más. El resultado de un sistema mayoritario es que un triunfo en las elecciones normalmente implicará un predominio considerable en términos de escaños, habilitando a quien triunfó a llevar adelante su programa. Un sistema proporcional, por su parte, pretende dar a cada opción política un número de escaños que corresponda a los votos obtenidos, y tiende, cuando hablamos de elecciones parlamentarias, a producir fraccionamiento en el parlamento.

El hecho de que ambas interpretaciones del significado de una elección sean compatibles con la idea democrática, explica el hecho de que es común que en muchos países existan sistemas mixtos, es decir sistemas que intentan dar cuenta de ambas dimensiones.

## 2 El sistema electoral y la nueva Constitución

No corresponde a la discusión constitucional resolver qué sistema precisamente ha de ser adoptado. Pero sí afirmar ciertos principios:

- a) El sistema electoral debe ser proporcional.
- b) El déficit de unidad de acción y decisión que un sistema proporcional generaría puede compensarse a través de otras medidas, que serán discutidas en sus respectivos espacios. En particular, la abolición de todo quórum contra mayoritario para toda decisión política normal, con la única excepción de las reformas constitucionales.
- c) Es probable que los problemas de un sistema proporcional puedan ser corregidos mediante paliativos de los que caracterizan los sistemas llamados por eso "mixtos". La Constitución, en esta materia, debe simplemente sentar el principio: habrá un sistema electoral proporcional adecuadamente ajustado, en conformidad a la ley.
- d) La Constitución debe decidir en esta materia otra cuestión, que podría llamarse el principio de representación. En el caso de la Cámara de Diputadas y Diputados, es evidente que dicho principio ha de ser personal, por lo que los distritos deben redibujarse con la finalidad de asegurar que el voto de cada ciudadano vale lo mismo o que al menos se acerque a dicha propiedad.
- e) La Constitución deberá incorporar la "democracia paritaria" como mecanismo en todos los órganos de representación del Estado.

En la medida que la Cámara de Diputadas y Diputados tenga funciones efectivamente distintas al Senado, el principio de representación de la Cámara no puede ser el mismo en una u otra cámara legislativa, pero esa es una cuestión que debe ser decidida en la Constitución. Es también importante pensar en las bases de una institucionalidad diseñada para asegurar que lo que se decida al principio sobre la integridad y caracterización de los principios se mantendrá en el tiempo, por lo que una comisión electoral con potestad para revisar periódicamente la situación de los distritos es necesaria.

Por otro lado, la nueva Constitución deberá contener una asignación de escaños a los pueblos indígenas en el Congreso Nacional en proporción al censo de la población y el padrón electoral de los pueblos indígenas.

## X. PODER JUDICIAL

### 1 Diagnóstico

Actualmente el Poder Judicial se encuentra regulado en el capítulo VI de la Constitución Política vigente, artículos 76 al 82. Esta regulación da cuenta de una estructura jerarquizada que pone en la cima de la organización a la Corte Suprema y debajo de ella a las cortes de apelaciones y los juzgados de letras y del orden penal, sin perjuicio de las jurisdicciones especiales. Esto determina también, en la práctica, una jerarquía entre los jueces correspondientes, quedando supeditados los inferiores a los superiores no sólo en términos jurisprudenciales, sino también disciplinarios y directivos.

Este estrecho vínculo y relación jerárquica antes apuntada se expresa en las potestades de los tribunales superiores, especialmente de la Corte Suprema, en los nombramientos, calificaciones y promociones de los jueces inferiores y en los medios de control disciplinario, jurisdiccionales y administrativos que poseen, lo que puede afectar decisivamente la independencia interna de los jueces. Así, los jueces inferiores dictan sus sentencias no sólo vinculados al derecho, como debiera ser, sino también a los criterios y opiniones de sus superiores, lo que obviamente afecta la independencia de aquellos en la búsqueda de una interpretación y aplicación correcta del derecho.

A lo anterior debe añadirse, en segundo término, la intervención política que establece la Constitución en el nombramiento de todos los jueces, participando en ésta no sólo el Presidente/a de la República – Gobierno (en virtud de la elección del régimen político que se adopte), sino también el Senado en el caso de la Corte Suprema. Si bien esto último pudiera justificarse por la posición que ocupan estos jueces en el sistema institucional, ello no parece justificado en las otras instancias, en que la profesionalización de la actividad requiere de un sistema distinto de nombramiento.

Lo anterior hace necesario rediseñar el sistema judicial, centrando la actividad de la Corte Suprema en lo estrictamente jurisdiccional y traspasar las otras potestades de naturaleza distinta a otros órganos de gobierno y administración del Poder Judicial.

Por último, y en un plano más organizativo, en los últimos años hemos asistido —probablemente gatillado por la inexistencia de tribunales administrativos especializados— a una proliferación legislativa de tribunales especiales destinados a resolver temas o áreas sensibles de la política pública.

Esto constituye una evidente ruptura a la igualdad de los ciudadanos en relación con el tratamiento judicial de sus conflictos jurídicos, a una estratificación judicial y una ruptura y cuestionamiento de la unidad jurisdiccional, principio este último que permite dar coherencia y consistencia a nuestro ordenamiento jurídico.

## **2 Propuesta**

### **2.1. Una nueva Corte Suprema**

En primer lugar, el modelo de Corte Suprema y su regulación debieran ser objeto de una modificación profunda. Para ello urge contar con un tribunal supremo cuyos arreglos institucionales le permitan efectivamente cumplir una función tan relevante para el Estado de Derecho, como lo es la necesidad de uniformar criterios jurisprudenciales, permitiendo con ello niveles razonables de predictibilidad y uniformidad en las decisiones judiciales. Junto con este rol casacional y unificador de la Corte Suprema se hace necesario fortalecer su rol como tribunal supremo de amparo de derechos fundamentales.

Lo cierto es que hoy la Corte Suprema tiene obstáculos para cumplir cabalmente esa función de garante del principio de legalidad y, desde luego, su diseño institucional y las funciones que la Constitución y la ley le confieren claramente pueden conspirar en contra de dicho cometido. En este sentido es necesario establecer claramente el carácter de corte de casación que tendrá la Corte Suprema, excluyendo de su ámbito de acción la revisión, como instancia de apelación, de decisiones adoptadas por las Cortes de Apelaciones u otros tribunales especiales en primera instancia, así como suprimir las potestades directivas, correccionales y económicas que ejerce actualmente.

### **2.2. Creación de un Consejo Nacional de la Justicia o de la Judicatura**

En concordancia con lo anterior, se propone la creación de un nuevo órgano público autónomo e independiente, pero situado dentro del Poder Judicial; encargado del ejercicio de las facultades no jurisdiccionales, o de Gobierno y Administración; que desempeñan actualmente los tribunales superiores, en particular la Corte Suprema, de forma de separar lo estrictamente jurisdiccional de lo político, administrativo y disciplinario. Este nuevo órgano tendrá como misión esencial velar por la independencia de la función jurisdiccional y definir las políticas y directrices generales en materia de gestión, presupuesto, nombramiento, capacitación y sistema disciplinario aplicable a los jueces. En este sentido se propone atribuir a este Consejo una

relación de tutela o supervigilancia sobre la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial.

Este organismo debiera estar integrado en su órgano colegial superior de manera plural y paritaria. Sus miembros deberán ser designados por el Presidente/a de la República y el Jefe/a de Gobierno, en consonancia, con el régimen semi-presidencial, con acuerdo del Senado, que considere representación gremial – laboral (jueces de distinta jerarquía y escalafón o letrados), empleados del Poder Judicial y académicos de las facultades de derecho del país. En cuanto a sus atribuciones, deberá establecer los medios objetivos de nombramientos y promociones, propios de una carrera judicial, que aseguren la independencia e imparcialidad de los jueces, de forma de no condicionar de manera alguna el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

### **2.3. Vincular a todos los tribunales especiales creados por el legislador al Poder Judicial**

Con el objeto de dar coherencia al sistema judicial y evitar la desigualdad y la dispersión organizativa dentro de éste, es imprescindible establecer un principio general de unidad del Poder Judicial, al que se encuentren vinculados todos los tribunales de la república, incluidos los tribunales especiales, con exclusión de los tribunales de justicia electorales y del Tribunal Constitucional. Los tribunales especiales serán considerados una excepción muy calificada dentro del ordenamiento jurídico, los que se someterán por cierto a las mismas normas de organización y funcionamiento de los tribunales ordinarios de justicia.

En particular, los tribunales de justicia militar, conservando el carácter de tribunales especiales, deberán quedar integrados al Poder Judicial, y el Ministerio Público militar, gozar de la independencia y autonomía que posee el Ministerio Público en la investigación del delito y en la persecución penal.

### **2.4. Creación de tribunales de lo contencioso administrativo**

Un problema de larga data en nuestro ordenamiento jurídico es la falta de reconocimiento y regulación de los asuntos administrativos en el sistema judicial, y que fue una promesa incumplida de la Constitución de 1925. Ello ha dado lugar a una renuncia del Poder Judicial a conocer de estos asuntos en alguna época y luego a una incorporación de estos conflictos a su ámbito de competencia, sacrificando la necesaria especialidad y la adecuada tutela, tanto de las competencias del Estado como de los derechos de los administrados.

Esto último atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial establecida en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos y también en nuestra actual Constitución, ya que los ciudadanos o administrados no pueden acceder directamente ante un tribunal de justicia administrativo para amparar sus derechos e intereses y controlar la legalidad de la actuación administrativa.

En este contexto proponemos que se creen tribunales de lo contencioso-administrativo generales y especiales dentro del Poder Judicial, sometidos a las mismas reglas organizativas de los tribunales ordinarios; tribunales que deberán ser servidos por jueces especialistas en derecho público, y excepcionalmente por jueces no letrados o profesionales de otras disciplinas.

En consonancia con lo antes expuesto, el Tribunal de Cuentas estará situado en el Poder Judicial.

## **XI. JUSTICIA ELECTORAL**

Retomando la tradición inaugurada en la Constitución de 1925 en orden a racionalizar los conflictos electorales, sustrayéndolos de las cámaras, y hoy también retomando la racionalización de los conflictos electorales en el seno de los cuerpos intermedios de la sociedad civil, el salto cualitativo de la nueva Justicia Electoral deberá consistir en su organización permanente, letrada y especializada, separada del Poder Judicial; para evitar confusiones de roles ministeriales y la cooptación judicialista en la integración de éste orden.

La nueva Justicia Electoral deberá estar compuesta por un Tribunal Supremo Electoral y de Tribunales Electorales Regionales. El Tribunal Supremo Electoral, junto a su competencia originaria, será tribunal de alzada de este orden judicial y tribunal de lo contencioso administrativo revisor de las decisiones del Servicio Electoral.

Los ministros de este orden judicial serán nombrados por el Presidente/a de la República con la conformidad del Senado, a partir de propuestas plurinominales de las Universidades del país a través de procedimientos de selección concursales que aseguren la especialización de su integración letrada.

Esta nueva Justicia Electoral tendrá un engarce funcional con el Servicio Electoral, organismo administrativo de los procesos electorales y de participación ciudadana; de suerte de asegurar la plena justiciabilidad de sus decisiones y la sujeción de los procesos a principios de derecho electoral propios de democracias modernas.

Finalmente, la nueva Justicia Electoral tendrá competencia para resolver los asuntos contenciosos administrativos, los procesos electorales, el enjuiciamiento de cuentas de los recursos públicos entregados para el financiamiento de la política institucional y, aquellas materias derivadas de procesos para-electorales, tales como elecciones primarias y elecciones internas de partidos políticos, sin perjuicio de las jurisdicciones disciplinarias de los órganos internos de dichos partidos.

## XII. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL<sup>21</sup>

### 1 Diagnóstico

Los elementos de control de constitucionalidad y garantía de la supremacía de la Constitución pueden encontrarse en Chile ya en la Constitución de 1833. El control jurisdiccional de constitucionalidad se establece en la Carta del 25, a través del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad a cargo de la Corte Suprema (en adelante CS). En los últimos años de vigencia de dicha Constitución se introduce la institución del Tribunal Constitucional (en adelante TC). Desde entonces, y salvo el período en que fue disuelto por la dictadura, Chile ha contado con un órgano jurisdiccional especializado de control de constitucionalidad. Debido a las importantes transformaciones que esta institución ha experimentado en relación a cómo se concibe su rol dentro del sistema y el impacto que tiene en el proceso político, resulta más apropiado señalar que Chile ha tenido no uno, sino tres tribunales constitucionales.

El primer TC (1970-1973) es creado en el gobierno de Frei Montalva a través de la reforma constitucional de 1970. Se trata de un TC especializado, orientado a la resolución de los conflictos jurídicos que surgieran entre poderes del Estado. La función del TC sería servir de árbitro en las disputas entre las funciones legislativa y ejecutiva, inspirado en el modelo francés. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se mantiene en la CS. Así el sistema de control de constitucionalidad era mixto, radicándose el control preventivo en el TC y el represivo en la CS. Estaba integrado por cinco miembros: tres designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado y dos elegidos por la CS de entre sus miembros. Uno de los miembros designados por el Presidente debía ser profesor titular de una cátedra de Derecho Constitucional o Administrativo por más de diez años, y todos ellos debían ser abogados con un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión, y no tener impedimento para ser juez. Su duración era de cuatro años con reelección. Se trataba de un tribunal diseñado con la idea de que primara un criterio jurídico y sus competencias se referían al control de constitucionalidad de normas jurídicas y competencias en materias de organización institucional. Su

---

<sup>21</sup> Cabe advertir, respecto de la propuesta de modificar el Tribunal Constitucional, que el Partido Socialista de Chile ha defendido la supresión de dicho Tribunal. Esta decisión fue acordada en el último Congreso General del Partido Socialista. Entre las reflexiones detrás de dicha postura se encuentran, en primer lugar, que el Tribunal Constitucional carece de las características propias de un Tribunal, erigiéndose en una instancia política que zanja conflictos políticos, sin poseer legitimidad democrática. Así las cosas, la propuesta de suprimir el TC es simple; desde el punto de vista de una democracia deliberativa, es concebible asistir a un sistema sin TC, sin control preventivo y solo con control represivo ejercido por los Tribunales de Justicia de manera difusa, como en muchas democracias.

vigencia fue breve: en noviembre de 1973 fue disuelto por el régimen de facto.

El segundo TC (1981-2005) se introdujo en la Constitución de 1980 como una garantía de mantenimiento del orden institucional diseñado por la dictadura, para cuando se produjera la transición a la democracia. Este se configuraba como uno de tipo judicial-político en razón de su integración: tres ministros de la CS elegidos por ésta; un abogado designado por el Presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional; y un abogado elegido por el Senado. Su composición se caracterizaba por la falta de legitimidad democrática. Se mantuvo el sistema mixto, dejando el control represivo a la CS con el recurso de inaplicabilidad y estableciendo un TC cuya función fundamental era el control de constitucionalidad preventivo de normas jurídicas. Los autores en general coinciden en que este tribunal ejerció sus poderes con deferencia a los poderes electos, sin perjuicio de exhibir casos en que dicha actitud pasiva fue abandonada y reemplazada por un activismo judicial.

El tercer TC surge luego de su reconfiguración por la reforma constitucional de 2005, que modificó sustantivamente el sistema de control de constitucionalidad en Chile, concentrándolo en el TC y expandiendo sus ya relevantes facultades. Conforme la mayoría de la doctrina, el sistema actual de control de constitucionalidad en Chile es de carácter concentrado. En su sistema de designación se eliminó la intervención del Consejo de Seguridad Nacional y la integración por miembros de la CS. Actualmente el TC es integrado por diez miembros, designados con participación de los tres poderes del Estado, de la forma que sigue: tres designados por el Presidente/a de la República; cuatro elegidos por el Congreso Nacional. Dos serán nombrados directamente por el Senado y dos serán previamente propuestos por la Cámara de Diputadas y Diputados para su aprobación o rechazo por el Senado, con un quorum de dos tercios de los senadores/as o diputados/as en ejercicio. Tres miembros serán elegidos por la CS en una votación secreta que se celebrará en sesión especialmente convocada para tal efecto. Los miembros del Tribunal durarán nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades cada tres. Los requisitos que deben cumplir los ministros del TC son tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. No pueden ser recusados, son inamovibles, y no pueden ser sujetos de acusación constitucional.

Luego de la reforma de 2005 el TC se ha transformado en una institución que juega un rol relevante en el sistema político chileno, y que ha

abandonado una cierta deferencia que caracterizó al control de constitucionalidad en Chile hasta el año 2005. El TC ha demostrado abandonar las virtudes pasivas por el activismo, interpretando sus competencias de una forma extensiva llegando a vulnerar el principio de corrección funcional y la separación de poderes. Esto llegó a su punto más álgido en los últimos años, y determinó una pugna de competencias con la CS ("choque de trenes") que fue escalando de forma sostenida hasta alcanzar su punto más álgido durante el año 2019, a propósito de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de protección que giran en torno a la aplicabilidad de la tutela de derechos fundamentales del Código del Trabajo a los funcionarios públicos. Pese a que su actual configuración fue definida en democracia, la percepción de este tribunal sigue siendo la de un órgano cuya función es mantener las bases fundamentales del diseño constitucional de la dictadura y que es funcional a un sector político, experimentando una creciente deslegitimación ante los poderes políticos electos y la ciudadanía. En el contexto chileno, las objeciones a la justicia constitucional en Chile son particularmente acuciantes. No sólo enfrenta la crítica contra mayoritaria propia de todo sistema de justicia constitucional, sino que el TC chileno enfrenta una objeción democrática agravada. Es la misma Constitución que debe custodiar la que no encuentra una sólida justificación democrática. Paradójicamente, esta puede ser una explicación al escaso tratamiento que la objeción democrática a la justicia constitucional ha recibido en Chile.

La respuesta a la crítica contra mayoritaria admite diversas posiciones, pero hasta las defensas más robustas del control judicial de constitucionalidad remiten finalmente a alguna concepción, más o menos sustantiva, de democracia. Esto en Chile es difícil de sostener, puesto que no es posible vincular a la Carta de 1980 al poder constituyente democrático originario. Creemos que el tema fue ignorado ya que, como en el cuento, por mucho tiempo en el constitucionalismo chileno "nadie se atreve a decirle al Rey que va desnudo". Con contadísimas excepciones, se optó por no enfrentar el problema imposible de justificar democráticamente un Tribunal Constitucional guardián de una Constitución otorgada.<sup>22</sup>

## **2 Propuesta<sup>23</sup>**

En la elaboración de una nueva Constitución es posible pensar en un cuarto Tribunal Constitucional, que, reconfigurado en su mecanismo de

---

<sup>22</sup> Busch, Tania. "Contenidos para la discusión en torno a la jurisdicción constitucional en la nueva constitución", 18 de enero de 2020.

<sup>23</sup> Ibid.

designación, controles y competencias, ya no será el guardián de un diseño institucional impuesto o forzado, sino garante del pacto fundamental de un pueblo que se autogobierna.

## **2.1. Estatuto del juez o jueza constitucional**

Los sistemas de integración de los tribunales constitucionales son diversos, poseyendo cada uno de ellos ventajas y desventajas, que varían dependiendo de los objetivos buscados.

Optar por un sistema u otro importará distintos equilibrios entre idoneidad técnica, legitimidad democrática e independencia, todos elementos necesarios en la magistratura constitucional. Mientras un sistema de nombramiento por un órgano técnico aumentará la independencia e idoneidad técnica, será deficiente en cuanto a legitimidad democrática. Por otro lado, los sistemas de nombramiento por elección popular o en que participa sólo el Congreso Nacional conseguirán legitimidad democrática pero no asegurarán idoneidad y/o independencia. El sistema que combina de forma más equilibrada estos elementos, y el más utilizado en los sistemas concentrados es el que contempla la intervención de diferentes poderes del Estado.

Se debe incorporar a nivel constitucional un principio de transparencia, participación y deliberación pública en los sistemas de nombramiento de todas las autoridades, especialmente de quienes integran las autonomías constitucionales.

Finalmente, cabe señalar que en la actualidad los ministros del Tribunal Constitucional no son recusables y se les aplican algunas de las causales de implicancias establecidas para los jueces ordinarios. Es necesario establecer un sistema de implicancias y recusaciones propias de los jueces constitucionales, de modo de asegurar que el juez constitucional y el procedimiento a través del cual llega a tomar su decisión cumpla con las garantías exigidas a todo proceso, como publicidad, independencia e imparcialidad.

## **2.2. Competencias**

Las numerosas competencias actuales del Tribunal Constitucional, unidas a la circunstancia de que no existe un contrapeso a su ejercicio, lo sitúan en una posición de inmunidad y de supervigilancia del ejercicio de los demás poderes que no tiene justificación en lógica democrática. El control

preventivo es particularmente sensible a la dificultad democrática de la jurisdicción constitucional. Las facultades del Tribunal Constitucional en este sentido deben reducirse significativamente. Se propone:

- a) Eliminar el control preventivo obligatorio de leyes supramayoritarias, consecuencia de que estas no deberían contemplarse en una nueva Constitución.
- b) Eliminar el control preventivo de constitucionalidad de proyectos de ley y de los proyectos de reforma constitucional. El Tribunal Constitucional, al igual que los demás poderes públicos, no puede situarse en una posición superior al poder constituyente derivado sin limitar severamente la soberanía popular.
- c) Eliminar la facultad de control de constitucionalidad de las leyes interpretativas de la Constitución. El Tribunal Constitucional es uno de los intérpretes de la Constitución, no es el único y su interpretación no es suprema en relación a la interpretación de la Constitución que puedan hacer otras ramas.

Otorgarle esta facultad supone situarlo en una posición privilegiada para decidir sobre el significado de la Constitución por sobre la interpretación que ha realizado el Congreso, representante más directo de la soberanía popular.

- d) Contemplar el control preventivo obligatorio de los tratados internacionales con el objeto de evitar el incumplimiento de compromisos internacionales del Estado por una eventual declaración de inconstitucionalidad posterior.
- e) Eliminar la facultad de declarar la inconstitucionalidad de movimientos y partidos políticos.
- f) Pensando que la nueva Constitución se definiría por un Estado regional, otorgarle al Tribunal Constitucional la potestad para resolver los conflictos de competencia entre las autoridades centrales y las autoridades regionales y comunales.
- g) Al nuevo Tribunal Constitucional le corresponderá resolver los conflictos que puedan surgir entre los órganos constitucionales acerca del reparto constitucional de atribuciones entre ellos, en particular, las denominadas contiendas de competencias entre poderes del Estado.

### **2.3. Cambio al número de sus integrantes**

El número actual de Ministros del Tribunal Constitucional es inadecuado pues permite que los litigios relativos a control abstracto de constitucionalidad se resuelvan, ante un empate, por el voto dirimente del Presidente. Por tanto, se propone modificar su número para que tenga una integración impar, pudiendo reducirse a nueve, instando a su conformación paritaria. Lo anterior significa eliminar la institución de los ministros suplentes.

### **2.4. Incorporación al sistema de responsabilidad constitucional**

El TC tiene poder político y, como consecuencia de ello, en un régimen republicano sus integrantes deben ser responsables plenamente y susceptibles de ser acusados en juicio político, por infracción de la Constitución y por notable abandono de deberes, del mismo modo que las demás autoridades superiores del Estado.

### **XIII. AUTONOMÍAS CONSTITUCIONALES**

Una nueva Constitución deberá contemplar un régimen de autonomías constitucionales y legales que consagre un estatuto legal homogéneo que supere la actual realidad de gobiernos corporativos o direcciones monocráticas y verticales. Dicho estatuto deberá considerar una estructura con gobiernos colegiados y de conformación paritaria, una regulación de la función pública coherente con dicha autonomía y con un régimen de control público —social, político y judicial— que aseguren que estas autonomías son parte del Estado y se encuentran llamados a colaborar con el resto de los poderes públicos.

La autonomía constitucional es organizativa, institucional y competencial y se justifica en el rol técnico y especial, central, que este tipo de órganos cumple.

Entre las autonomías constitucionales que deberá considerar la nueva Constitución se encuentran el Banco Central, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, el Servicio Electoral, el Consejo Nacional de Televisión y la Defensoría del Pueblo.

