



CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

CIEPLAN

CORPORACION DE ESTUDIOS PARA LATINOAMERICA

Insumos/ Constitucionales

Un aporte a la discusión constitucional de Chile
2020 – 2021

IGNACIO WALKER Y LUCAS SIERRA

EDITORES

COMPILADO DE TRANSCRIPCIONES SEMINARIOS CEP-CIEPLAN



Insumos/Constitucionales

ÍNDICE

1. Régimen Político /

Jean Louis Herin - El semi-presidencialismo francés: lecciones para Chile	7
Rodrigo Vergara y José Pablo Arellano - Iniciativa exclusiva económica y responsabilidad fiscal	27
Ignacio Walker - ¿Parlamentarismo o semi- presidencialismo?: Opciones al régimen presidencial chileno	52
Carmen Le Foulon - Sistema electoral en Chile: una discusión necesaria.....	77

2. Forma Estado /

María Paz Troncoso - Descentralización: ¿Qué se está haciendo y qué se podría hacer en un proceso constituyente?.....	98
Enrique Rajevic - ¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?	116
Manuel Núñez - Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?.....	144

3. Judicatura /

Lucas Sierra - Tribunales y la Nueva Constitución.....	173
---	-----

4. Recursos Naturales /

Eduardo Bitran - Desarrollo productivo, recursos naturales y medio ambiente en la nueva Constitución	196
---	-----

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Hay en Chile una conversación sobre la Constitución que ya tiene sus años. En un primer momento, parte importante de ella estuvo marcada por la pregunta sobre cómo debía cambiarse la Constitución vigente. Esta pregunta fue resuelta por la reforma constitucional que, tras el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución de 15 de noviembre de 2019, habilitó el proceso que condujo a la Convención Constitucional que se ha instalado recientemente.

Resuelta esa cuestión de forma, el foco se puso con más intensidad en la pregunta por los contenidos de la nueva Constitución. Entre esos contenidos, la preocupación preponderante ha sido aquella referida a los derechos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) o, como también a veces se les llama, derechos de segunda generación. Esta es una materia muy relevante, cuya adecuada regulación plantea un desafío gigantesco a la Convención.

No obstante, en el CEP y CIEPLAN pensamos que cualquier regulación constitucional que se haga de los DESC arriesga el peligro de devenir promesa incumplida si no existe una dimensión orgánica en la Constitución que sea adecuada. Por esto quisimos indagar en esta parte orgánica o en lo que el profesor argentino Roberto Gargarella llamó hace un tiempo la “sala de máquinas” de la Constitución. Sin una sala de máquinas robusta y bien diseñada, los DESC serán un probable camino a la frustración.

Nueve fueron las sesiones que dedicamos a diversos aspectos relacionados con esa sala de máquinas. Cuatro de ellas tuvieron que ver con el régimen político (dos sesiones dedicadas a la forma de gobierno, la iniciativa exclusiva presidencial y el sistema electoral); tres con la forma de Estado (descentralización, modernización del Estado y órganos autónomos-constitucionales), una con la Judicatura y otra con el tratamiento de los recursos naturales. Contactamos a un conjunto de expertas y expertos para que las desarrollaran. La metodología fue así: una persona presentaba y dos comentaban la presentación en un seminario. Los seminarios empezaron en septiembre 2020 y terminaron en abril 2021. Todas las presentaciones fueron luego transcritas. Las transcripciones fueron enviadas a sus autores, quienes las devolvieron revisadas para su publicación bajo el título de “Insumos Constitucionales”, los que están disponibles en nuestras páginas web. Aquí se vuelven a publicar, todas agrupadas en un solo volumen.

Insumos/Constitucionales

La publicación de este volumen es una buena oportunidad para volver a agradecer a las personas que, como presentadoras o comentaristas, formaron parte de este proyecto. Su buena disposición y el interés de sus intervenciones hicieron de este proyecto un privilegio para nosotros y para los centros que representamos.

También es una oportunidad para agradecer a Matías Henríquez, Pedro Sepúlveda, Macarena Rivas, Bernardita Del Solar, Macarena Del Valle y Leonardo Trincado, del CEP; y a Jamie Stewart, de CIEPLAN, por su ayuda en el proyecto que termina con este volumen.

Así como fuimos publicando cada seminario, hoy los publicamos todos juntos con la misma esperanza que sean de alguna utilidad -un insumo- para la deliberación constituyente que está empezando.

Lucas Sierra e Ignacio Walker

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente

Santiago, julio de 2021

SECCIÓN 1

Régimen Político /

Diciembre 2020

El semi-presidencialismo francés por dentro: observaciones de un testigo

JEAN-LOUIS HERIN

COMENTARIOS

ENRIQUE BARROS
CLAUDIA SARMIENTO

Transcripción del seminario “El semipresidencialismo francés por dentro: observaciones de un testigo”, realizado el 22 de septiembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí: <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/seminario-el-semipresidencialismo-frances-por-dentro-observaciones-de>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

El semi-presidencialismo francés: lecciones para Chile

Jean-Louis Hérin argumenta que el “semi-presidencialismo” francés ha sido más marcadamente presidencial que parlamentario: “el sistema presidencial ha conducido a la concentración de los poderes en las manos del Presidente de la República” (el gobierno solo lo conduce el Primer Ministro cuando el Presidente pierde la mayoría parlamentaria, como bajo la cohabitación). La paradoja es que mientras mayor poder tiene el Presidente, mayor puede ser su debilitamiento (como para tenerlo presente en el presidencialismo reforzado chileno en que el Presidente es a la vez jefe de Estado, jefe de Gobierno y líder de la coalición).

Está también el problema de un “ejecutivo dual” en la medida que tanto el jefe de Estado (Presidente) como el jefe de Gobierno (PM) comparten responsabilidades ejecutivas (tiene que haber una clara delimitación de las funciones y atribuciones de ambas autoridades).

El bicameralismo (dos cámaras políticas, en búsqueda de un cierto equilibrio), el poder del Senado y el Consejo Constitucional (además del de la Asamblea), y un sistema electoral uninominal con doble vuelta, han sido algunas de las formas de articular representación y gobernabilidad.

Los mecanismos “parlamentarios” como la censura del gobierno por parte del Parlamento (la última vez que se utilizó fue en 1962) y la disolución de la Asamblea (la última vez fue en 1997) son más aparentes que reales (lo que confirma el fuerte sistema presidencial). La última vez que hubo un referéndum (poder presidencial) fue en 2005.

Enrique Barros confirma que el sistema político francés es un “presidencialismo extremadamente acentuado”, con un “Presidente mayoritario (que) tiene poderes omnímodos”. Apunta a que la gobernabilidad ha sido la línea de continuidad de la V República (a diferencia de la inestabilidad de la IV República) y es esa la línea que tiene que recorrer la futura Constitución en Chile, considerando que “el régimen presidencial ha hecho agua por los cuatro costados”.

Insumos/Constitucionales

Hay que evitar el fraccionamiento partidario en el Parlamento (en Francia se ha logrado con un sistema uninominal con doble vuelta). La gran ventaja del parlamentarismo es que las coaliciones de gobierno se forman después (y no antes) de las elecciones generales (los pactos electorales son “nocivos”). Lo otro es la solvencia técnica del trabajo parlamentario (tanto en Francia como en Alemania). Esta debe ser una prioridad en Chile, junto con evitar el fraccionamiento partidario.

Claudia Sarmiento confirma que el sistema francés es más presidencial que parlamentario (aunque el PM juega un rol en la búsqueda de un cierto equilibrio entre el ejecutivo y el legislativo, es un amortiguador (buffer) que juega un rol importante en la articulación de la política). Concentrar tanto poder en la presidencia, en el fondo conduce a su debilitamiento (la hace vulnerable, a esa presidencia y al sistema político). En Chile, a pesar de las reformas de los últimos 30 años, todavía tenemos un Presidente que concentra mucho poder (lo que lo hace más débil de lo que se piensa). En ausencia de un buffer, se tensiona la relación entre el Presidente y el Parlamento.

Hay que velar por la representación (aquí el Congreso juega un rol importante), pero también por la eficacia. ¿Qué hacer cuando hay una pérdida de confianza de la ciudadanía en el Congreso? Tampoco es cosa de volcarse a los independientes.

Los sistemas políticos responden a la realidad de cada país. No son transferibles. Chile tiene que buscar su propio sistema político, de acuerdo a nuestra realidad y a la cultura política imperante.

[Lucas Sierra](#) e [Ignacio Walker](#)

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente

El semi-presidencialismo francés por dentro: observaciones de un testigo

La quinta república: un ejemplo de democracia ejecutiva

JEAN-LOUIS HERIN

Abogado, Doctor en Derecho y Secretario General Honorario del Senado de Francia.

INTRODUCCIÓN /

El General Charles de Gaulle, gran inspirador de la Constitución de 1958, con la colaboración jurídica del senador y último Custodio de los Sellos de la Cuarta República, Michel Debré, declaraba el 31 de enero de 1964 con ocasión de una conferencia de prensa: “*Una constitución es un espíritu? instituciones y una práctica*”. Hoy habría que añadir también la proclamación de los grandes principios constitucionales, así como de los derechos y libertades del Hombre y del Ciudadano.

Las instituciones de la Constitución Francesa:

- Un Presidente, la piedra angular de las instituciones;
- Un Gobierno, dirigido por el primer ministro;
- Un Parlamento, con un bicameralismo equilibrado, enmarcado y racionalizado;
- Un Consejo Económico Social y Medioambiental que busca transformarse en la tercera Asamblea o la Asamblea de la primera palabra,
- Un Defensor de Derechos;
- Un Consejo Constitucional; y,
- Un Consejo Superior de la Magistratura, que vela por la independencia de la autoridad judicial.

Primero, el espíritu de las Instituciones. Este es un espíritu de compromiso para fortalecer los dos ejecutivos, las dos constituciones, en una sola. Es un ejecutivo bicéfalo, con dos cabezas: el jefe de estado y el jefe de gobierno.

Después del final de la Segunda Guerra Mundial y durante toda la Cuarta República, se procuró fortalecer a los ejecutivos. Esta idea fue impulsada por los responsables de la

Insumos/Constitucionales

Cuarta República, incluida la izquierda, quienes buscaban dar vuelta la página del entonces 'parlamentarismo absoluto'. Este era fuente de inestabilidad ministerial y, así, esta idea tenía por objetivo entregar al gobierno los medios para gobernar. Lo importante entonces era asegurar la eficacia de las políticas públicas y la alta administración.

De ahí la necesidad de una reforma al trabajo gubernamental y parlamentario, con el objetivo de permitir la realización de las reformas sociales y económicas que la situación del país requería.

Había que reforzar el Ejecutivo ¿pero qué ejecutivo? ¿había que fortalecer la Presidencia de la República o el gobierno? ¿O los dos? Este dilema es el aspecto central del compromiso entre el General de Gaulle, partidario de fortalecer un régimen presidencial, y las fuerzas políticas tradicionales, apegadas a la mantención de un régimen parlamentario en que hay una responsabilidad política del primer ministro hacia el Parlamento.

Para el General de Gaulle la institución del Presidente supone un árbitro y garante de las instituciones, para lo cual cuenta con poderes esenciales propios, como el derecho a disolver el Parlamento, el derecho a llamar al pueblo mediante referéndum en caso de conflicto con el Parlamento, el derecho a recurrir a los poderes excepcionales del artículo 16 (la llamada 'dictadura republicana') y, no hay que olvidar, la nominación del primer ministro y de los ministros, quienes pueden entrar en funciones sin esperar la aprobación por el Parlamento de una declaración de política general. El jefe de estado preside además el Consejo de ministros, una prerrogativa esencial que le otorga al Presidente un poder de impulso y de veto.

Por el contrario, para las fuerzas tradicionales lo esencial es reforzar el gobierno y el Parlamento, pues es el gobierno quien conduce y determina la política de la nación.

Es el artículo 20 de la Constitución que anuncia el fin del parlamentarismo de las Repúblicas pasadas, puesto que no es más el Parlamento el que determina la política de la nación, sino el gobierno. Esta es una *diminutio capitis* para el Parlamento, que ahora debe contentarse con una competencia de atribución: votar las leyes propuestas por el gobierno, controlar la acción de éste y, desde el 2008, evaluar las políticas públicas. Es el fin de la soberanía parlamentaria.

Para evitar el retorno al pasado todopoderoso de la Asamblea Nacional y al régimen de partidos, la Constitución restaura las prerrogativas legislativas del Senado, a fin de dar paso a lo que nosotros llamamos el *parlamentarismo racionalizado*. En este, se le da al gobierno el poder de determinar el comportamiento de la Asamblea Nacional. Ahora hay un régimen mixto donde existe un equilibrio en el que las dos cámaras legislativas coexisten sobre un pie de igualdad, siempre que el gobierno no decida darle la última palabra a la Asamblea Nacional. El Parlamento ve entonces su libertad de acción limitada por este parlamentarismo racionalizado: agenda prioritaria, materias de ley restringidas, imposibilidad para el Parlamento de disminuir los ingresos o de aumentar los gastos, delimitación de la posibilidad de poner en cuestión la responsabilidad del gobierno.

Insumos/Constitucionales

Segundo, una práctica de las instituciones. La práctica, sin embargo, va a ser absolutamente distinta ya que el sistema presidencial ha conducido a la concentración de los poderes en las manos del Presidente de la República.

Hay varias causas que explican esta práctica. Primero, la personalidad del General de Gaulle. La presidencia en esta constitución supone una persona que encarne él sólo a la nación. Por eso yo siempre hago la diferencia entre esto, el poder de encarnación, y el poder de representación. Segundo, la elección del Presidente de la República es realizada por sufragio universal directo. Tercero, el advenimiento del hecho de la mayoría, con un escrutinio mayoritario de dos vueltas para la Asamblea Nacional. Así, con un cuarenta por ciento de los votos se obtiene la mitad mayoría absoluta en ella, como le ocurrió a los gaullistas en 1962, cuando adquirieron la mayoría absoluta de los escaños parlamentarios. Una novedad en la historia parlamentaria francesa es que el escrutinio por mayoría de votos en dos vueltas garantiza una mayor cantidad de escaños con una minoría de votos. El resultado de esta evolución es que ya no es el gobierno sino el Presidente de la República quien determina la política de la nación.

El General de Gaulle decía en confianza “...no emplee la expresión ‘jefe de gobierno’ para hablar del primer ministro. El jefe de gobierno soy yo.” El primer ministro es el primero de los ministros, un *primus inter pares*. Él coordina su acción, pero él lo hace bajo la responsabilidad de un Presidente de la República que dirige el ejecutivo sin división.

El compromiso entonces de 1958 ha caducado, pudiendo incluso hablarse de un no respeto de la Constitución. El Presidente de la República ha captado progresivamente las competencias gubernamentales y, paradójicamente, la constitución se aplica únicamente durante los periodos de *cohabitación*. En este, existen dos mayorías distintas: la mayoría presidencial y la mayoría parlamentaria. Estos períodos sólo han ocurrido durante los dos últimos años de los dos septenios mitterrandianos o durante el ‘quinquenio’ de Lionel Jospin como primer ministro con Jacques Chirac como Presidente, cuando éste estuvo replegado en el *Aventin* (1997-2002). Sólo durante estos dos periodos la Constitución se encontró aplicada al pie de la letra, en el sentido que el gobierno determina y conduce la política de la nación, conforme a lo ordenado por el artículo 20 de la Constitución.

¡Esto es un lujo democrático! Nosotros tenemos dos representantes de la nación: el Presidente de la República y el Parlamento, con la posibilidad de dos mayorías opuestas, la presidencial y la parlamentaria. Los franceses, siendo dignos herederos de Montesquieu, adoran ese tipo de situaciones de equilibrio de poderes, tanto que agregan una tercera mayoría: la mayoría senatorial.

Pero la cohabitación es también fuente de confusiones y puede serlo de inmovilismo. De ahí entonces la voluntad de la clase política de evitar el riesgo de una nueva cohabitación. Hay dos formas que se utilizaron para minimizar este riesgo: el quinquenio presidencial y la inversión del calendario electoral.

La primera medida es la reducción del mandato presidencial a cinco en lugar de siete años, que es la misma duración del periodo de los miembros de la Asamblea Nacional. La segunda medida es la inversión del calendario electoral en el sentido que primero tienen lugar las

Insumos/Constitucionales

elecciones presidenciales y luego las legislativas. Estas últimas se vuelven una ‘réplica’ de las primeras en el sentido que tienen lugar luego del escrutinio presidencial con la esperanza que los franceses den al Presidente elegido la mayoría absoluta de escaños que le son necesarios. La Asamblea Nacional se vuelve así un ‘clon’ idéntico al Presidente de la República, lo que plantea la pregunta de la representatividad de aquélla.

Esta segunda medida reconoce dos excepciones: la prerrogativa que tiene el Presidente de la República de disolver la Asamblea Nacional y el caso que aquél se vea en un impedimento de desempeñar el cargo.

¡Pero poco parece importar la pregunta por la representatividad! Lo que prima es la eficacia y continuidad de la acción administrativa y además los franceses tienen necesidad de un jefe para saber quién gobierna. Esto se traduce en la verticalidad del poder, en el que está plenamente asumido que el Presidente tiene todos los mandos para gobernar en toda libertad durante cinco años. Tenemos cinco años de Nicolas Sarkozy, cinco años de François Hollande y cinco años de Emmanuel Macron.

En caso de no existir cohabitación, sólo existen dos contrapesos: el Senado, que se renueva por mitades cada tres años, y el Consejo Constitucional.

Tenemos entonces un semi-presidencialismo que se desarrolla según el tríptico enunciado por el primer ministro Jean-Pierre Raffarin:

1º El Presidente fija las grandes orientaciones;

2º El gobierno elabora los programas y textos legislativos conformes a estas orientaciones; y,

3º El Parlamento vota las leyes necesarias para la aplicación del programa presidencial, corrigiéndolas marginalmente, con una posibilidad de control *ex post*.

Es una híper-presidencia. Es, por ejemplo, la híper-presidencia de Nicolas Sarkozy que trata de ‘colaborador’ a su primer ministro al tener la imprudencia o el descaro de declarar *“Estoy a la cabeza de un Estado en quiebra.”*

La Asamblea Nacional puede, constitucionalmente, botar al Gobierno a través de una moción de censura. Pero ese derecho ha caído en desuso; prueba de ello es que la última censura se remonta a 1962.

En mi opinión, esta diarquía está en el centro de la problemática constitucional puesto que, además de que la supremacía presidencial no impide los desacuerdos en el secreto de los palacios de la República, el debilitamiento del gobierno implica indirectamente el del Parlamento.

La responsabilidad del primer ministro ante el Parlamento no es sino un señuelo cuando se la compara a la responsabilidad del primer ministro de cara al Presidente de la República.

Sin embargo, surge la pregunta, ¿hay que adecuar el derecho a los hechos e instaurar un régimen presidencial a la americana con la supresión del gabinete ministerial?

Todas las tentativas en este sentido han fracasado, fundamentalmente porque ello privaría al Parlamento de un interlocutor institucional en el gobierno requerido para responder a

Insumos/Constitucionales

las preguntas de aquél. Porque es esa la noción moderna de responsabilidad política, la obligación de responder por los propios actos y de responder a las preguntas de los representantes electos de la nación. Sería también correr el riesgo de un cara a cara entre Presidente y la Asamblea Nacional, un cara a cara que dio lugar al golpe de Estado del 2 de diciembre de 1851.

Y también para qué cambiar el régimen si en los hechos el Presidente puede hacerlo todo, asegurar el gobierno a diario, dar órdenes a los ministros a través de su gabinete, que constituye un gobierno en la sombra, “el Castillo” dicen algunos. Un ejemplo de esto, entre tantos otros, que existen: en el Consejo Europeo, el Presidente se encuentra sólo con su consejero [*sherpa*], el primer ministro no está presente. Tampoco lo está el ministro encargado de asuntos europeos, salvo durante los periodos de cohabitación.

¿Es eficaz el sistema francés? Sí y no. Es eficaz cuando el Presidente concentra todos los poderes durante cinco años, tiempo en el cual el Presidente se transforma en el pararrayos de todas las oposiciones, con el riesgo de manifestaciones como las de los chalecos amarillos o las manifestaciones que se opusieron a la reforma de pensiones, y así sucesivamente. De esta manera, la omnipresencia u omnicompetencia presidencial puede a veces conducir a la impotencia o al bloqueo, sin hablar del riesgo a la impopularidad. Al ser elegido en segunda vuelta con una mayoría absoluta, la decepción de muchos de sus votantes es casi inevitable. Además, ya no hay referendo desde el 2005 y, en la práctica, tampoco hay disolución desde 1997. Por ello, el Presidente de la República suele replegarse en sí mismo.

¿Hay entonces que encontrar algo mejor? Los franceses están muy apegados al poder personal, al del Rey, al del Emperador. Entonces tiene que existir más equilibrio en el poder. Y es cierto que nosotros los franceses le dimos la espalda a las democracias parlamentarias, pues la nuestra es una democracia ejecutiva donde el Presidente de la República está en la primera línea. Es fuerte, pero mientras más fuerte, más riesgo corre de debilitarse.

Así, pese a su legitimidad inicial, el Presidente de la República se ve obligado a volver al pueblo, para encontrar un nuevo impulso de legitimidad. Por ejemplo, lo que hizo el Presidente Macron luego de la crisis de los chalecos amarillos. Él buscó organizar un debate nacional, lo que le permitió entablar un diálogo vivo con los ciudadanos y convocó una Convención Ciudadana sobre el Clima. Es una forma de equilibrar el poder presidencial.

En el marco de la Constitución actual ¿es posible o deseable la búsqueda de un nuevo equilibrio de poderes? Y ¿por qué hacerlo?

Muchas soluciones han sido mencionadas:

Primera: El abandono de la elección por el pueblo parece *a priori* una propuesta poco realista, puesto que los franceses parecen muy apegados a esa reunión entre un hombre o una mujer y el pueblo. Es poco realista incluso aunque esta votación hoy día ha perdido su visibilidad. Esta votación es a dos vueltas: en la primera se reúne el bando político y en la segunda se busca la aprobación de más de la mitad de los franceses, con el riesgo de decepcionar a un gran número de ellos, sobre todo en casos de cambio de política. Desde

Insumos/Constitucionales

hace varios años que los presidentes de la República han tenido que lidiar con sondeos desfavorables muy rápidamente.

Se puede incluso plantear la pregunta si acaso el sufragio universal directo no favorece los populismos y no merma la capacidad de acción del Presidente o su poder de encarnación, con una distinción entre poder de encarnación y de representación.

Es así que el Presidente de la República duda en recurrir a los poderes que le confiere la Constitución para convocar al pueblo. La última disolución se remonta al año 1997 y el último referéndum tuvo lugar en 2005 sobre la adopción de una constitución europea, el cual constituyó un doble fracaso para el entonces Presidente Chirac.

Segunda: ¿Podemos considerar un reequilibrio de roles entre un primer ministro que gobierne y un Presidente que 'reine', como ocurre en Alemania e Italia? Para algunos, la República necesita de un *punto fermo* encargado de asegurar la continuidad de las instituciones y que únicamente intervenga en casos de crisis política con una mayor facilidad y para encarnar a la nación entera.

En Alemania, aunque existe un Presidente, es la canciller quien gobierna. Ella ha podido llevar a cabo reformas profundas por la vía del compromiso y sin que tuviera necesidad de la unción del sufragio universal directo.

Pero parece difícil volver sobre una práctica parlamentarista.

Tercera: ¿Volver al septenio para distender el vínculo entre elecciones presidenciales y las legislativas? La prolongación de la duración de los mandatos tal vez no está en el aire de los tiempos.

Cuarta: ¿Instaurar la proporcionalidad integral o un escrutinio mixto a la alemana? Es una de las propuestas del Presidente Macron y es justamente lo que se hizo en 1986 con una proporcionalidad integral, que no le impidió gobernar al gobierno. Esta solución permitiría una mejor representación de la diversidad política del pueblo, pero muchos constitucionalistas anteponen a toda otra consideración la exigencia de una mayoría fuerte y coherente. Lástima si la democracia no encuentra siempre ahí su interés... 40% de votos permite obtener la mayoría absoluta de escaños.

Quinta: Desarrollar contrapoderes o contrapesos, como el Senado, los territorios (con la descentralización) o el Consejo Constitucional. Tampoco olvidemos al pueblo con el desarrollo de iniciativas ciudadanas promovidas por el ejecutivo, el Parlamento, o el recurso al referéndum.

La pregunta central sería entonces cómo conciliar democracia representativa y democracia participativa. Los ciudadanos, o algunos de ellos, parecen ya no aceptar más ser consultados sólo al momento del vencimiento de los plazos, en la papeleta del voto. El sufragio universal

Insumos/Constitucionales

es la base de la democracia, pero en el intermedio de dos reuniones electorales hay que encontrar las vías y medios para también dar la palabra a los militantes o a los ciudadanos que desean participar activamente en la vida de la ciudad.

CONCLUSIÓN /

¿Se ajusta la práctica presidencialista o semi-presidencialista al espíritu inicial de la Constitución? Es efectivo que la presidencialización del régimen condujo a una democracia ejecutiva donde el ejecutivo gobierna con la aprobación indefectible de su mayoría parlamentaria, por cierto, bajo el control del Parlamento.

La respuesta debería estar lejos de una democracia parlamentaria donde el Parlamento juega un rol de primer plano en la determinación de la política nacional, como en Alemania. En cierta forma, es la primacía de la eficacia de la acción pública lo que importa, por sobre toda otra consideración de representatividad.

En ese sentido, la Constitución de 1958 demostró toda su eficiencia para la satisfacción de la tecnocracia administrativa, económica o financiera. Pero también una fuerte capacidad de adaptación a la alternancia en 1981, sin olvidar que los episodios de cohabitación permitieron reemplazar la verticalidad presidencial por un pluralismo político en la cima del Estado. De ahí la adhesión mayoritaria al espíritu de la Quinta República, a pesar de la tentación de una posible Sexta República, que hoy ha quedado sin futuro. Más vale una Quinta República bis o *ter* que un cambio de régimen.

Para casi la totalidad de los constitucionalistas, es la fuerza de las instituciones gaullistas la que ha permitido sobreponerse a las graves crisis a las que el jefe de estado se ha confrontado, como por ejemplo la crisis de Argelia, la descolonización, mayo del 68', la crisis financiera de 2008, la lucha contra el terrorismo religioso, los chalecos amarillos o la crisis sanitaria.

Sea cual fuere el dispositivo adoptado, es el ciudadano el que se debe reencontrar al corazón de las instituciones, puesto que el principio de la República es el "gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo"

COMENTARIOS

ENRIQUE BARROS

Profesor titular de la U. de Chile y miembro del consejo directivo de CEP

Tenemos la fortuna de escuchar a quien conoce el sistema político francés desde dentro, desde la secretaría del Senado, pero sin participar en el juego de poderes. Ello lo hace un experto que no está jugando alguna posición de poder.

Recuerdo que, en momentos anteriores al plebiscito de 1988, un grupo de juristas y cientistas políticos, bajo el amparo del Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad Católica dirigido por Oscar Godoy, nos pusimos a pensar en un sentido bien amplio –y el espectro que recorríamos era desde liberales a socialistas– cómo podía ser un régimen político para Chile una vez que se restableciera la democracia. La idea, ingenua, era que restablecida la democracia habría espacio para repensar nuestro orden político. En verdad, si uno opina retrospectivamente, habría sido muy saludable que entonces hubiese habido esa refundación, un pensamiento desde las entrañas de nuestra historia y de las mejores prácticas políticas contemporáneas.

Ya para entonces parecía atractivo, por lo menos en el lenguaje, un sistema semi presidencial, que sustituyera el presidencialismo exacerbado de la Constitución de 1980, más fuerte del que tenemos hoy día. Con el sistema de los senadores designados y de súper mayorías, era francamente infranqueable el poder presidencial. Esto se fue moderando con el correr de los años, con la reforma del año 1989, en que hubo un grupo de juristas designados por los partidos democráticos que elaboramos un proyecto. Ellas eran las reformas mínimas para poder entrar en democracia y que fueron después materializadas en un acuerdo, que, a su vez, fue llamado a plebiscito en 1989 y aprobado por una amplia mayoría. Esa fue la primera reforma constitucional.

Ahora, Monsieur Hérin nos ha mostrado el actual semipresidencialismo francés. Más allá de lo que en el lenguaje de nuestros actores políticos se entiende como un sistema que balancea los poderes presidenciales y parlamentarios, se trata en verdad de un presidencialismo extremadamente acentuado. Salvo que el Presidente no tenga mayoría en el Parlamento, como ocurrió en algún momento con Mitterrand y después con Chirac, en cuyo caso el sistema opera como decididamente parlamentario. Este problema se ha resuelto ubicando las elecciones parlamentarias inmediatamente a continuación de las presidenciales y estableciendo períodos iguales de cinco años para la presidencia y para la Asamblea Nacional. Esto es, se elige el Presidente en dos vueltas y después se elige a la Asamblea, en distritos uninominales y también con segunda vuelta. Y esto es clave, porque estos distritos uninominales con segunda vuelta hacen altísimamente probable que el o los partidos que apoyen al Presidente sean los que obtengan mayoría absoluta en la Asamblea

Insumos/Constitucionales

Nacional. Esta ha sido la experiencia de todos los últimos presidentes, incluyendo Macron, que prácticamente no tenía un partido y que, creándolo desde la nada luego de su elección, obtuvo la mayoría necesaria para gobernar.

De este modo, el Presidente mayoritario tiene poderes omnímodos. Lo que se llama el parlamentarismo racionalizado francés, envuelve instituciones que van mucho más allá de nuestro presidencialismo. De hecho, hace imposible el desgobierno de un jefe de gobierno sin mayoría parlamentaria. Es errada la idea de que el Presidente estaría por encima de la política y que quien gobierna es el primer ministro. De hecho, el primer ministro es designado por el Presidente y confirmado por la Asamblea. La agenda parlamentaria es controlada por el Presidente; se supone que lo es por el primer ministro, pero efectivamente es el Presidente quien dirige la política. El primer ministro siempre es un fusible. Hoy día el Consejo de Ministros es presidido por el Presidente, vale decir, a la manera presidencial. Se acabó la distinción entre el Primer Ministro, que dirige el Consejo de Ministros, y el Presidente, que dirige la gran política. En la Asamblea Nacional, el gobierno maneja la orden del día; por lo tanto, el Presidente, por intermedio del Primer Ministro, controla la agenda parlamentaria y tiene el dominio exclusivo de la iniciativa legislativa sobre muchas materias. Por ejemplo, la Asamblea carece de iniciativa para disminuir los criterios de ingresos y de aumentar los gastos. Esto también existe en Chile en materia de gastos, pero se ha rebasado con el recurso a reformas constitucionales *ad hoc* que operan como un parlamentarismo sin forma. A esto se agrega que el Senado puede ser pasado por alto por el gobierno, cuando le interesa una ley en particular sólo vaya a la Asamblea Nacional. Aún más, el gobierno tiene la potestad de proponer un *vote bloqué* respecto de un proyecto de su interés, lo que significa que la Asamblea sólo puede aprobarlo o ser disuelta *ipso iure*. Y así sucesivamente.

El sistema semi presidencial francés es en verdad uno que opera hoy como uno completamente presidencial o completamente parlamentario. Si el Presidente pierde la mayoría en el Parlamento, el líder de la mayoría es elegido primer ministro, y entonces se produce una disociación entre el Presidente y el primer ministro, que pasa a ser quien asume el liderazgo político. El Presidente, a la manera de las repúblicas parlamentarias, tiene en tal caso una función más bien representativa, especialmente en las relaciones internacionales.

Es interesante que, al establecerse el semi presidencialismo francés, había que luchar contra la historia parlamentarista de la democracia francesa. Francia tuvo una Tercera República muy exitosa, que la llevó a un gran progreso y que obtuvo la unidad nacional para enfrentar la primera guerra mundial, contribuyendo a que el país lograra un triunfo muy doloroso. Pero la Cuarta República fue una muy mala experiencia. La Cuarta República, que nació después de la segunda guerra mundial, fue un gran fracaso político, en lo económico y en la política colonial. Francia no tuvo el crecimiento y progreso de sus vecinos del norte. La disociación de los partidos políticos fue muy destructiva. A eso se agregaba el caso de Argelia, al cual Monsieur Hérin se refería, y que era prácticamente insoluble bajo una dispersión parlamentaria que dificultaba la gobernabilidad. Solamente De Gaulle aparecía

Insumos/Constitucionales

como capaz de resolverlo y de ahí viene que el semi presidencialismo –un término adoptado por Duverger algunos años después– es en verdad un presidencialismo muy fuerte, con apariencias parlamentarias, salvo que el Presidente no tenga mayoría en el Parlamento. Y, como señalaba, en Francia se hicieron hace pocos años las reformas para evitar eso ocurriera: primero se vota Presidente y a los dos meses se elige a los miembros de la Asamblea Nacional, con doble vuelta en distritos uninominales.

Creo que este modelo de semi presidencialismo muestra que, al definir un sistema jurídico, el problema esencial es la *governabilidad*. Es el propósito central de todos los que estudiábamos qué cambios políticos se podían hacer en Chile en el sistema post dictadura. La gobernabilidad era un punto absolutamente esencial. Yo creo que sigue siéndolo hoy, con tanta o más razón, porque no venimos saliendo de la dictadura, sino de un proceso de desagregación política extremadamente riesgoso y doloroso para el país. Un gran riesgo que enfrenta nuestro país es precisamente la ingovernabilidad. El régimen presidencial ha hecho agua por los cuatro costados. El Parlamento ha superado las barreras de contención, que son menores que las que tiene la constitución francesa. Como en Francia, pero con mayor intensidad, el Presidente es técnicamente poderoso, pero tiende a transformarse en políticamente solitario, como es el caso de Macron hoy día, como fue el caso de Hollande. Como es el caso de Piñera y como fue el caso de Bachelet en el último período de su segundo gobierno.

Los semi presidencialismos son muchos en el mundo, pero el francés fue el prototípico del intento de conciliar parlamentarismo y presidencialismo. Y uno debe tener claro que no es un método para conciliarlos, sino para saber cuándo el régimen funcionará como parlamentario, excepcionalísimamente de acuerdo con las nuevas reglas, y cuándo funciona como presidencial, que es la regla general; y que, en tal caso, funciona como un presidencialismo muy acentuado. Con fuerzas distintas, militares y partidos en ese caso, ese fue también el acuerdo político al que se llegó en la constitución portuguesa. Es un país exitoso en Europa, muy exitoso diría yo. Probablemente algo tenemos que aprender de ellos, aun cuando he leído algunos análisis en los últimos días que muestran cómo el fraccionamiento de su Parlamento dificulta la gobernabilidad.

Pienso que ese es el tema completamente esencial: evitar el fraccionamiento de la política partidista en el Parlamento. En el semipresidencialismo francés, de la manera que lo ha señalado Monsieur Hérin, ese fraccionamiento está clarísimamente evitado por el sistema de distritos uninominales, por la segunda vuelta y por el hecho de que las elecciones parlamentarias de la Asamblea Nacional se realizan exactamente después de la presidencial. El resultado puede ser un Presidente muy solo, con un primer ministro que es un fusible y no un jefe de gobierno, como fue ideado, más teóricamente en su momento, y un Parlamento atado de manos ante una mayoría presidencial altísimamente probable. Está todo diseñado para que, salvo breves períodos, el sistema garantice mayoría presidencial.

Compárese, por ejemplo, Macron con Merkel. Creo que es un buen punto de comparación. Teóricamente es más fácil gobernar Francia que Alemania. Alemania tiene el límite del cinco por ciento para entrar al Parlamento, pero, aun así, hay seis partidos representados. La

Insumos/Constitucionales

barrera del cinco por ciento evita una extrema fragmentación, pero el orden admite varios partidos. Por lo demás, el orden también está dado por el sistema federal, que, a diferencia de Hispanoamérica, responde a la realidad histórica de un país que por siglos estuvo conformado por un conjunto de principados y de ciudades libres, que se unieron en un solo país recién en la segunda parte del siglo XIX.

Las coaliciones se forman después de las elecciones en Alemania. Se llama a elecciones, el sistema es proporcional con el límite del cinco por ciento. Hay un sistema de dos listas, una uninominal por distritos y otra lista general, en que el partido selecciona a sus candidatos. Si a un partido le corresponde elegir veintidós diputados por esa vía, son elegidos los primeros veintidós de la lista respectiva. Los partidos colocan en estas listas miembros que tengan reconocimiento público y capacidad para legislar. Todo esto para insistir en que el procedimiento electoral es extremadamente importante en el diseño institucional. Aunque no me puedo meter en el tema, creo que para los convencionales constituyentes ese punto debiere ser decisivo. El sistema electoral en un régimen parlamentario es esencial para favorecer la gobernabilidad, pero también en uno presidencial. Lo interesante es que las coaliciones en el Parlamento sólo se constituyen al momento de formar gobierno. Hasta entonces cada partido ha jugado el proceso electoral a su propia suerte. No hay pactos electorales ni nada que se le parezca. El Presidente le pide al jefe del partido mayoritario que negocie una coalición y luego viene un largo proceso de negociación. Es una negociación política profunda, en que cada uno de los partidos negocian los temas que les son prioritarios. Es un contrato por cuatro años. Las posibles coaliciones son abiertas, porque no hay otros excluidos que los herederos de los antiguos comunistas y la ultraderecha, que están en entorno al 10%. Y este es un punto muy importante: todos los otros partidos son elegibles entre sí, como socios de una coalición. Una vez formado gobierno con aprobación de la mayoría del Parlamento, éste sólo puede ser reemplazado mediante voto de confianza constructivo, esto es, si un nuevo gobierno es votado por la mayoría.

Pero además hay otro problema, que creo que tendremos por delante y es probablemente un problema constitucional mayor. El propio Monsieur Héryn forma parte de un servicio civil potentísimo. Las leyes son preparadas en Francia y Alemania sobre la base de apoyo técnico formidable, poderoso y que tiene la confianza de los partidos. En Alemania, las comisiones parlamentarias preparan los proyectos de ley, con apoyo técnico calificado y con la dirección política del ministro respectivo, y el arbitraje del primer ministro. Sólo una vez que la comisión ha terminado su trabajo y ha formulado un proyecto, este llega a la sala. La sala, en general, solamente introduce modificaciones menores porque la mayoría está representada también en la comisión. ¿Es imaginable algo así en Chile? Intuitivamente, no hay nada menos imaginable en este instante, pero tal vez es un camino. Son los objetivos que tenemos que fijar en materia de orden político.

Y todo esto me lleva a una reflexión acerca de la lucidez técnica que requiere el diseño político en la constitución. Lo contrario es música seductora que lleva al precipicio. La Asamblea o Congreso Constituyente son una oportunidad sólo si se toma en serio la tarea de dibujar un delicado entramado de reglas. Su primera decisión creo que es partir de abajo,

Insumos/Constitucionales

del sistema electoral, para que favorezca mayorías electorales y fortalezca el rol de los partidos. El sistema de pactos electorales es absolutamente nocivo, desconocido en todas las democracias parlamentarias funcionales. Los partidos deben presentar de frente ante el electorado. Los pactos para formar gobierno vienen después. Los pactos electorales con finalidades puramente instrumentales sólo producen segregación, dispersión inmanejable de las fuerzas políticas en el Parlamento. Como lo estamos viviendo hoy día. Allí comienzan nuestros problemas por resolver: favorecer mayorías parlamentarias estructuradas. Cualquier camino hacia una mayor fuerza del Parlamento, olvidándonos de que el semi presidencialismo francés es una forma acentuada de presidencialismo, debiere explorar ese camino. Yo no me niego a hacerlo, pero en Chile tenemos una tradición presidencial de elección popular, y ese es un hecho político.

Una nota final sobre descentralización. Francia tiene una tradición unitaria e intentó introducir una regionalización. Según entiendo, es un fracaso. Cuando no hay tradición federal pareciera que el método de descentralización más eficaz es repensar el municipio. Igualar la cancha mediante mejores distribuciones de recursos, pero también con sistemas gerenciales comunes. El municipio fuerte es el más cercano a las necesidades de la gente y al control de eficacia de las políticas públicas redistributivas. Es probable que se requiera apoyarlos y fiscalizarlos centralizadamente. Inventar regiones, donde lo que hay son ciudades principales, carece de toda representatividad real.

El tejido de reglas del sistema político es la parte esencial de la constitución. Me alegro mucho que el CEP con CIEPLAN estén trabajando en este tema, en la máquina, pero también pienso que es una materia que tiene un alto contenido técnico para los efectos de que se puedan lograr los fines de gobernabilidad, representatividad y asociatividad. Pero esos fines esenciales requieren de instrumentos funcionales a su ejecución. Esa es en esencia mi conclusión final.

Muchas gracias.

CLAUDIA SARMIENTO

Magíster en Derecho (LL.M.) por la New York University y
profesora de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado

Muchísimas gracias por la invitación.

La presentación de Jean-Louis Hérin nos invita a reconocer que existen algunas dificultades propias de los sistemas semipresidenciales, sobre todo cuando estos se parecen más a un sistema presidencial en regla. Ello puede ser ya sea porque se está ante una dificultad propia de diseño, o bien porque estamos frente a factores propios de la cultura política que inciden en cómo se lleva el régimen a cabo.

En la descripción que hizo Jean-Louis tenemos un Jefe de Estado, que se distingue de la figura de un Jefe de Gobierno. Este último es quien se relaciona con el Parlamento y requiere de su confianza para ejercer dicho rol. Luego, al menos en teoría, el rol del Jefe de Gobierno busca equilibrar el poder y su ejercicio entre el Congreso y el Ejecutivo. Así, bajo un sistema semi-presidencial, potencialmente estaríamos en presencia de un co-gobierno o de un gobierno que al menos requiere de un ejercicio de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. No obstante, por al menos tres causas que señala Jean-Louis -(i) la personalidad de De Gaulle y la personalidad de los presidentes, en general; (ii) la elección directa; y, (iii) otros factores, tales como el diseño electoral francés-, vemos como las prerrogativas que tiene el Jefe de Estado van determinando que, en la práctica, estamos ante un presidencialismo más bien fuerte, con la sola excepción de los periodos de cohabitación, los que por diseño institucional, son deliberadamente limitados. Entonces, tanto por la cultura institucional como por la arquitectura normativa, no debería extrañarnos que esta vocación de semipresidencialismo tenga, de facto, una conducta y una realidad de presidencialismo.

Jean-Louis tiene inquietudes y críticas respecto del semipresidencialismo francés, pero más allá de ellas, él no prescindiría de la figura del Primer Ministro y es fácil entender el por qué. Si sacamos esta especie de interlocutor responsable y amortiguador (buffer) que es el Primer Ministro, la posibilidad de choque directo entre el Parlamento y el Jefe de Estado es clara. Además, el Jefe de Estado, como autoridad única, va a ser el depositario directo de todos los juicios que existan por parte de la ciudadanía; el éxito o el fracaso del devenir nacional será totalmente su responsabilidad. Esto expone al sistema político a una fragilidad, porque está supeditado a la personalidad del Presidente. Dependerá, también, de la capacidad del Presidente involucrarse -con la ciudadanía y la gestión de su propio Gobierno- y su éxito condiciona el funcionamiento de todo el sistema político. Como consecuencia lógica, el resto de las instituciones pierden protagonismo, capacidad de darle estabilidad al sistema y responsabilidad frente a este.

Si entendí bien, Jean-Louis indica que, más allá de las falencias o críticas que puedan formularse al semipresidencialismo francés, existe consenso entre los constitucionalistas

Insumos/Constitucionales

en relación a que parte de la capacidad de respuesta frente a las crisis del régimen de gobierno francés se encuentra en la fuerza de sus instituciones. Ahora bien, la presentación de Jean-Louis no es una que tenga por objeto el describir las complicaciones del régimen semipresidencialista francés, cuestión que por sí misma tendría valor si se tratara de corregir prácticas impropias de un determinado sistema político. Emanada de un ojo atento y conocedor de la práctica del sistema político, la pregunta de fondo es si este régimen de gobierno se apega al espíritu de la Constitución y, más concretamente, si satisface la máxima de "gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo" (artículo 2 de la Constitución de la Quinta República, que retoma una cita de Abraham Lincoln). O si, por el contrario, y en palabras de Jean Louis, el régimen semipresidencial francés consagra "la primacía de la eficacia de la acción pública lo que prevalece sobre cualquier otra consideración de representatividad".

A partir de la presentación de Jean-Louis, y pensando en el desafío que surgirá previsiblemente a partir del plebiscito del 25 de octubre de 2020,¹ es útil plantear las siguientes preguntas para el caso chileno: ¿Qué objetivos debemos privilegiar cuando pensamos y planificamos un régimen de gobierno? Adicionalmente, ¿qué rol y peso tiene la historia y la cultura política y normativa como un soporte del régimen político? Es decir, de qué forma ambos objetivos deben dialogar para efectos de determinar un diseño y ejercicio institucional que, además, reconozca nuestra tradición constitucional y cultura política. Esta distinción tal vez nos ayude a destacar la lógica de representatividad que es importante para una comunidad política, pero sin perder la capacidad del sistema político de ofrecer soluciones y prevenir un inmovilismo complejo; es decir, que el sistema político sea eficaz.

La primera pregunta, esto es, qué institución o qué diseño institucional favorece de mejor forma la posibilidad efectiva de recepción de los intereses o deseos de la comunidad política, tiene una relevancia trascendente en nuestro país. Y la tiene, especialmente, a la luz de las manifestaciones que vivimos el dieciocho de octubre, que fueron complejas por el potencial destabilizador que tuvieron para el sistema político y tal vez para el común de nosotros. En el pasado, hemos vivido episodios de manifestaciones y de violencia, pero lo que ocurrió el dieciocho de octubre de 2019 fue distinto, al punto que llevó a nuestra clase política a reconducir lo que los medios llaman el 'estallido social' hacia un diálogo basado en un acuerdo de paz que trazó una ruta constitucional.

La capacidad del sistema político de escuchar, comprender y ofrecer soluciones a los intereses, conflictos y anhelos de la sociedad se relaciona con la representatividad. Esta nos invita a pensar si actualmente tenemos un régimen presidencial que permite efectivamente al sistema político contar con la capacidad de representar al Pueblo como sujeto político. Pero también nos invita a pensar si el sistema tiene la aptitud de reconocer parte de las

¹ Esta presentación es previa al plebiscito del 25 de octubre de 2020. En este ganó, por una abrumadora mayoría y contando con altos grados de participación ciudadana, la opción de aprobar una nueva Constitución por medio de una Convención Constitucional paritaria, íntegramente electa para estos efectos.

Insumos/Constitucionales

demandas sociales o las preferencias que surgen a partir de esta formación plural del sujeto político, porque si el sistema no es capaz de recogerlo, vamos a encontrar dificultades en la conducción de los fines del Estado y de la política. Esto me hace pensar en cuál es el órgano o institución que puede realizar este trabajo de mejor manera. Sostengo, *a priori*, que este órgano podría ser el Congreso.

A través del sistema democrático, las personas que somos parte de la comunidad política votamos por candidatos que, en su mayoría, son parte de partidos políticos con un ideario más o menos conocido *ex ante* y, de esta forma, se llenan los escaños en el Congreso. Es decir, se llenan los espacios de representación. A quienes votamos nos asiste la razonable expectativa de que estas personas, en teoría, cumplirán con el ideal de Rousseau de manifestar la voluntad soberana a través de la legislación. Luego, los representantes deberían gozar de importantes grados de legitimidad.

No obstante, si me detengo a revisar nuestro Congreso, el chileno, concluyo que este no goza de una adhesión ciudadana importante. Prueba de ello es que, respecto de la integración de la Convención Constitucional -órgano contenido en el capítulo XV que establece la hoja de ruta del proceso constituyente y que está llamado a proponer la Nueva Constitución- que tiene como referente el Congreso, se han debatido reformas para garantizar mayores grados de representatividad. Me refiero a la reforma constitucional para garantizar paridad en la integración de la Convención constitucional y el debate en ciernes sobre escaños reservados para Pueblos Indígenas. A mayor abundamiento, una de las demandas que más expone los déficit de representatividad del Congreso guarda relación con la incorporación de independientes en la Convención Constitucional, en igualdad de condiciones con las y los candidatos de los partidos políticos. Es decir, se persigue que exista más representatividad buscando personas ajenas al sistema político, es decir sin militancia en un partido político, sin su apoyo y sin necesidad de adherir a un ideario político conocido *ex ante* por los votantes.

Esto último es complejo, pues soterrada está la idea de que los independientes van a tener más legitimidad que los partidos políticos que tenemos ahora en el Congreso. Luego, tampoco los partidos políticos parecieran contar con una gran legitimidad ni adhesión social.

Este y otros factores me inclinan a creer que nuestro Congreso y los partidos políticos representados en él, no necesariamente han sido, en los hechos, el baluarte de la elusiva capacidad de representar al Pueblo o de traducir esas demandas a leyes y actos que redunden en mayores grados de adhesión a su gestión. Lo anterior, pues debieron modificarse las reglas de la integración para que la Convención Constitucional garantizara mayores grados de representación.

La segunda pregunta o el segundo factor de la ecuación que mencionó Jean-Loius es la pregunta por la eficacia de la administración del Estado. ¿Tiene el Congreso, como órgano representativo, la capacidad de alcanzar acuerdos efectivos y eficaces en tiempos reales? ¿Tiene o tendría la capacidad de ofrecer un liderazgo, concretamente un Jefe de Gobierno,

Insumos/Constitucionales

que se validara sólo por ser elegido por el Congreso y no por sufragio directo como es ahora en Chile?

La experiencia francesa también es útil para analizar nuestro régimen presidencialista. Si bien la figura presidencial ha mutado desde una noción bastante más autoritaria al principio de los noventa hacia la figura que tenemos ahora, todavía tenemos un Presidente o Presidenta que concentra para sí mucho poder. De una parte, designa a todos los Ministros de Estado y a un importante porcentaje de las autoridades de Gobierno, que no requieren tener la confianza política del Congreso. Se modificó recientemente la posibilidad de que haya una elección directa de gobernadores, porque sino también mantendría una fuerte ascendencia sobre las autoridades en los territorios. Ahora bien, es relevante recordar que el Presidente continuará designando a los delegados en las regiones y provincias, los que, a su vez, tendrán una cuota de poder significativa.

De otra, la figura presidencial tiene un rol de colegislador muy potente. La presidencia tiene iniciativa exclusiva de ley en un sinnúmero de materias y la más clara es la que involucra gasto. ¿Qué proyecto de ley no irroga gasto? Nuestro Congreso ha reaccionado utilizando, de una forma exacerbada a mi juicio, la posibilidad de tipificar y sancionar delitos, pues dicha actividad no implicaría desembolsos para el erario público. Entonces tenemos muchos delitos para conflictos sociales en los cuales el derecho penal poco y nada tiene que hacer y que, además, no tienen en muchas ocasiones respuesta asociada en materia de políticas públicas o recursos. Adicionalmente, el Ejecutivo tiene la institución de los vetos y de las urgencias legislativas. Luego, el o la Presidenta tiene el control de buena parte de las materias que se pueden discutir, cuándo y en qué tiempo y de vetar el resultado final si no es de su parecer.

Este diseño institucional genera un desequilibrio que dificulta la construcción de una relación de cooperación entre nuestro Congreso y nuestro Poder Ejecutivo; más aún, establece un incentivo a la competencia, incluso cuando un Presidente tiene mayoría en el Congreso, como uno podía ver que sucedió en el segundo gobierno de la Presidenta Bachelet. Durante este mandato, la coalición de la Presidenta tenía mayoría en el Congreso. No obstante, era habitual que parlamentarios de su sector criticaran con fuerza y tomaran distancia de las políticas de su gobierno. Al no existir la figura del Primer Ministro, como el presente en el modelo francés, no había un “amortiguador” entre los dos poderes del Estado, lo que rápidamente afectó la relación entre la Presidenta y el Congreso. Más allá de este ejemplo, durante el actual gobierno del Presidente Piñera también vemos cómo esta relación es antagónica y no cooperativa. La posibilidad de un choque directo no solo es plausible, sino que es una falencia del sistema.

En Chile no existe, como puede verse, equilibrio real entre un poder y otro. Por el contrario, tenemos una balanza dramáticamente inclinada, lo que sin lugar a dudas genera problemas que, en una revisión del sistema político, deben ser enmendados.

La reflexión que nos ofrece Jean-Louis me hace mucho sentido considerando el momento constituyente en el que nos encontramos. Comparto con el profesor Barros que, teniendo muy presente nuestra tradición política, debemos encontrar un equilibrio distinto al que

Insumos/Constitucionales

tenemos ahora. Y, por supuesto, la sola mención de esta tarea me genera más preguntas: ¿Qué funciones específicas debería tener el jefe de gobierno que lo distinguieran del Jefe de Estado? ¿Qué mecanismos de equilibrio concretos entre el Congreso y el Ejecutivo vamos a promover? ¿La disolución? ¿La censura? ¿De qué forma se relacionará el cambio de régimen político con el sistema electoral? ¿El régimen presidencial o el parlamentario requieren o no modificaciones a nuestra reciente incorporación del sistema de elección proporcional atenuado? ¿Qué espacio debe existir para la democracia directa en el sistema de gobierno que se genere? Si es necesario reforzar alguna especie de *ethos* democrático a partir de la generación de otro tipo de instituciones, ¿de qué forma se hace más compleja la ecuación? ¿Cómo incorporar la noción de estado plurinacional? Y por supuesto, no puedo terminar con preguntar acerca de la necesidad de que la paridad sea un eje también o un principio estructural de los sistemas de gobierno.

Muchas gracias.

Enero 2021

Iniciativa exclusiva económica y responsabilidad fiscal

RODRIGO VERGARA Y JOSÉ PABLO ARELLANO

COMENTARIOS

**MACARENA LOBOS
CONSTANZA SALGADO**

Transcripción del seminario “Iniciativa exclusiva económica y responsabilidad fiscal”,
realizado el 28 de septiembre de 2021. El video de este seminario puede verse aquí:
<https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/iniciativa-exclusiva-economica-y-responsabilidad-fiscal>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Iniciativa exclusiva económica y responsabilidad fiscal

En esta conversación entre economistas y abogadas —una combinación de disciplinas que revela bien el carácter del mecanismo examinado—, Rodrigo Vergara y José Pablo Arellano destacan una y otra vez la importancia de la regla constitucional que radica la iniciativa económica exclusivamente en uno de los dos colegisladores: el Presidente de la República. Ambos señalan que se podrían introducir algunas modificaciones a ella como, por ejemplo, reducir su ámbito de competencia y aumentar las facultades correlativas del Congreso —el otro colegislador. Sin embargo, ambos coinciden en la necesidad y conveniencia de mantener la idea básica de este mecanismo: las materias fiscales, en especial el gasto público, deben ser, finalmente, responsabilidad del Gobierno. Esto, agregan, puesto que así se mantienen conectadas dos cuestiones que no deben separarse: el poder y la responsabilidad. Esto, junto a otros mecanismos como, por ejemplo, la Ley de Administración Financiera del Estado, la Ley de Responsabilidad Fiscal, la Contraloría General de la República, configuran un sistema que permite asegurar, en una medida importante, la responsabilidad fiscal.

Hay un punto muy importante que recorre toda la conversación: si se quiere entender bien esta regla, ella debe ser analizada en el contexto de la forma de gobierno vigente. La discusión que hay en Chile sobre ella se entiende en el contexto del régimen tan presidencial que tenemos. Como lo enfatiza Rodrigo Vergara, en los regímenes más parlamentarios el Gobierno depende del Parlamento, por lo que la vinculación entre poder y responsabilidad se alcanza por esta vía. Sin embargo, como el propio Vergara lo recuerda, incluso en regímenes intensamente parlamentarios se busca asegurar cierta preeminencia del Gobierno en las decisiones fiscales.

Volviendo a Chile, ambos presentadores se refieren a la evolución histórica que la iniciativa exclusiva en materia fiscal ha tenido desde la Constitución de 1925. Destacan el hecho de que en ella subyace un aprendizaje histórico a lo largo de sucesivos gobiernos y reformas constitucionales. Este aprendizaje muestra que en un régimen presidencial como el que tenemos desde esa Constitución, una iniciativa fiscal —especialmente en lo que se refiere a gastos— compartida entre Gobierno y Congreso genera incentivos inadecuados en este último por el hecho de que los parlamentarios —por el carácter de sus cargos, representativos de un distrito o circunscripción— carecen de la visión sistémica, nacional, que posee el Gobierno.

Insumos/Constitucionales

Después de revisar la experiencia comparada, algunas tendencias recientes del Congreso chileno en esta materia y en la hipótesis de que se mantendrá básicamente un régimen presidencial, Vergara sugiere la posibilidad de darle al Congreso iniciativa sobre el gasto fiscal, pero el respectivo proyecto de ley debe obtener el patrocinio del Gobierno en un momento temprano de su tramitación.

Por su parte, José Pablo Arellano se detiene en algunos casos en la historia de Chile —como el antiguo sistema previsional, el crecimiento irracional del empleo público o el severo déficit fiscal— que justifican la existencia y conservación de esta regla. En especial, agrega, a la luz de las prácticas que se vienen desarrollando en el Congreso desde el segundo Gobierno de la Presidenta Bachelet, en virtud de las cuales mociones que no son admisibles, son declaradas admisibles y han terminado convirtiéndose en ley, amenazando de esta manera la regla constitucional que busca la responsabilidad fiscal del Estado.

Macarena Lobos comparte con los expositores la importancia de la regla fiscal y advierte sobre nuevas prácticas en el Congreso que la cuestionan, como el uso de reformas constitucionales para regular materias reservadas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Enfatiza, por otra parte, la necesidad de equilibrar la relación entre Gobierno y Congreso por la vía de aumentar la capacidad técnica de este último órgano mediante una oficina presupuestaria en forma (una vieja aspiración, a decir verdad). Propone, también, limitar la declaración de admisibilidad que se hace en el Congreso a fin de excluir de ella las mociones manifiestamente inconstitucionales por el gasto que irrogan, como fue el caso de las pensiones básicas solidarias. Y, entre otras posibles modificaciones laterales a la regla, propone generar una mayor transparencia en el ejercicio de la flexibilidad presupuestaria, lo que permitiría, entre otras cosas, aumentar el papel del Congreso en la supervigilancia de las reasignaciones y uso de los recursos del Fondo de Estabilidad Económica y Social y el de Reserva de Pensiones, entre otras ejecuciones presupuestarias.

Constanza Salgado, desde una óptica más propia del derecho constitucional, valora la responsabilidad fiscal, pero es crítica de la forma excesivamente presidencialista con que se persigue en Chile. Esto ha generado, señala, un Congreso muy disminuido en estas materias, lo que resulta paradójico, pues el origen de la legislatura y de la democracia moderna estuvo vinculado a la necesidad de erigirse en contrapeso de los poderes del monarca. Revisa con ojos críticos la evolución histórica de la regla fiscal en Chile y la forma en que fue ampliándose. Apunta que la estrictez de la regla chilena no es consustancial al régimen presidencial, pues hay otros regímenes presidenciales, como Estados Unidos, en los cuales la iniciativa de gasto está radicada en el Congreso. Termina señalando que en la próxima deliberación constituyente la regla fiscal debería ser revisada junto a la tradición presidencial y centralista de Chile, con el objeto de perseguir la responsabilidad fiscal de una forma más equilibrada entre Gobierno y Congreso.

Lucas Sierra e Ignacio Walker

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente

Iniciativa exclusiva económica y responsabilidad fiscal

RODRIGO VERGARA

Ph.D. en Economía, Universidad de Harvard; ex Presidente del Banco Central e investigador senior, CEP

Muchas gracias por la invitación. Vamos a hablar de iniciativa exclusiva y responsabilidad fiscal, un tema fundamental en materia económica.

Cuando hablamos del artículo 65 de la Constitución de 1980,² hablamos de iniciativas exclusivas en distintas materias, algunas relacionadas entre sí, otras menos. A la que yo me voy a referir en particular es a la iniciativa exclusiva en materia de gasto público, que yo creo que es de las más relevantes y que, de alguna forma, está implícito en una parte importante del resto de los temas en materia de iniciativa exclusiva (aunque no en todos). Esta presentación se basa en un trabajo que hice con Jorge Rodríguez y que forma parte de un proyecto más amplio que hicimos con un grupo de economistas sobre temas económicos en la Constitución.

1. INICIATIVA EXCLUSIVA EN LA CONSTITUCIÓN /

El artículo 65 de la actual Constitución establece, entre otras, las siguientes iniciativas exclusivas del Presidente: división política y administrativa del país, administración financiera y presupuestaria del estado, tributos, materias de seguridad social, creación de servicios y empleos públicos, contratación de empréstitos, fijación de las modalidades y procedimientos en la negociación colectiva, entre otras. Entonces, como ya les decía, me voy a centrar básicamente en la administración financiera y presupuestaria del Estado y, en particular, a lo que nos referimos coloquialmente como iniciativa exclusiva en materia de gasto público.

¿Cuál es la principal justificación para la iniciativa exclusiva de gasto desde el punto de vista económico? Básicamente, entregar a quien cargue con la responsabilidad de las cuentas fiscales las herramientas necesarias para un adecuado manejo de ellas. ¿Quién es el

² Nota del Editor: En el artículo 65 de la Constitución de 1980 se consagra la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en diversas materias.

Insumos/Constitucionales

principal responsable de la responsabilidad fiscal? El Gobierno. Por lo tanto, la iniciativa exclusiva básicamente se refiere a que, dado que él es el principal responsable, tiene que tener las herramientas para lograr esa responsabilidad fiscal, y una de las herramientas fundamentales para ello es la determinación del gasto público. De ahí la iniciativa exclusiva. También hay un tema de incentivos: ¿Cuáles son los temas de incentivos del Gobierno *versus* los del Congreso? Aquí particularmente me estoy refiriendo al Gobierno en un régimen presidencial como el que tenemos, ya que, en un régimen parlamentario, Congreso y Gobierno de alguna forma se mezclan y, por lo tanto, este tema de iniciativa exclusiva es de alguna forma menos relevante. Digo menos relevante pero no totalmente, porque hay muchos países con sistemas de parlamentarios que tienen algún tipo de iniciativa exclusiva radicada en el Gobierno.

El tema de los incentivos se refiere a lo siguiente: el Gobierno tiene una visión más general del país y, por lo tanto, tiene el incentivo a propender hacia una mayor responsabilidad fiscal. El Congreso, que no digo que sea irresponsable ni nada por el estilo, tiene una visión más acotada, una visión de circunscripción, una visión de distrito, una visión más regional, más local y, por lo tanto, la asignación del gasto público en manos del Congreso puede llevar a aumentos graduales pero persistentes en el gasto público que, a su vez, pueden producir problemas con la sostenibilidad fiscal en el mediano plazo.

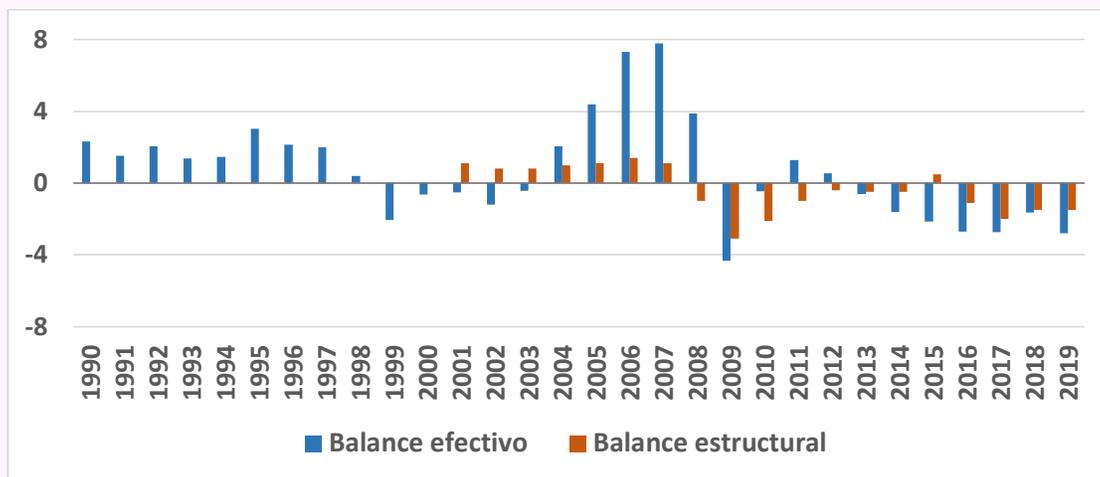
De esta manera, la iniciativa exclusiva en materia de gasto es una herramienta para la responsabilidad fiscal, pero evidentemente no es la única; hay muchas otras a nivel constitucional o legal. Está la Ley de Administración Financiera del Estado, la Ley de Responsabilidad Fiscal. También está la Contraloría General de la República, que cumple un rol en tal sentido. Y, por cierto, la propia Constitución, que en su artículo 63 dice que el aumento del endeudamiento —tanto del Estado como de sus órganos o de las municipalidades— tiene que ser por vía legal.

Así, la iniciativa exclusiva en gasto fiscal es una de las muchas herramientas que hay, aunque una evidentemente muy importante. Todas ellas ayudan a asegurar la responsabilidad fiscal, pero no la garantizan. Tiene que además existir una cierta voluntad política de perseguir este objetivo. De hecho, conocemos muchos casos de países, particularmente en América Latina, que tienen reglas de iniciativa presidencial en materia de gastos y que, sin embargo, han tenido una historia de cuentas fiscales bastantes deficitarias.

En general, yo diría que, en el caso de Chile, los resultados desde el retorno de la democracia han sido bastante satisfactorios.

Insumos/Constitucionales

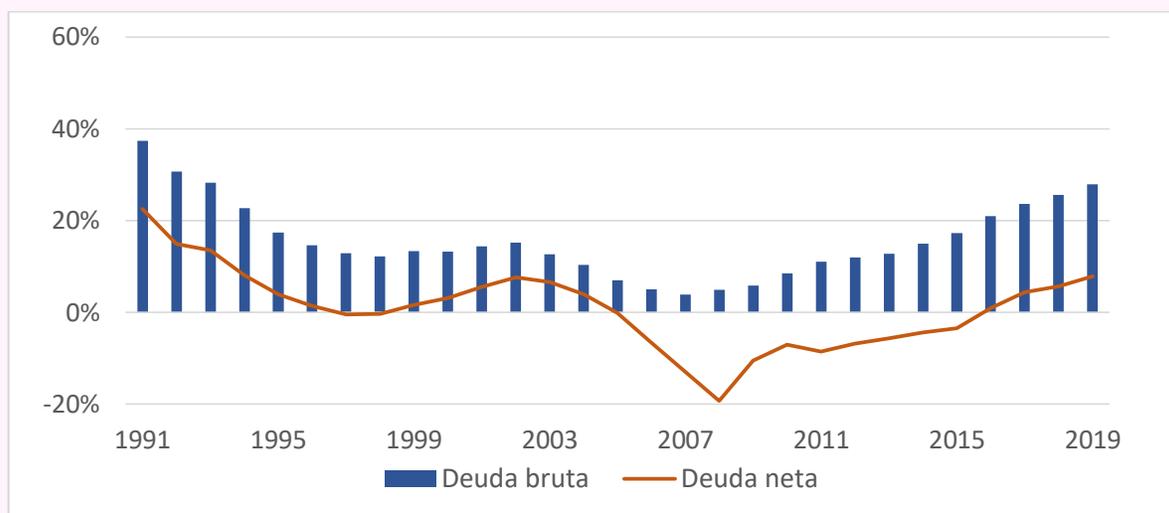
Gráfico 1: Balance fiscal 1990-2019



Fuente: DIPRES.

Ahí tenemos los resultados de los balances fiscales que, como vemos, presentan superávits importantes en promedio durante toda la primera parte, que se ha transformado en un déficit creciente hacia la última parte.

Gráfico 2: Deuda pública 1990-2019



Fuente: DIPRES.

En cuanto a la deuda pública, se aprecia que bajó significativamente durante las dos primeras décadas desde el retorno de la democracia. De ahí en adelante ha estado subiendo y, producto de la pandemia, va a seguir subiendo.

Insumos/Constitucionales

El otro punto que les quería mencionar sobre la iniciativa exclusiva en materia de gastos es que esto tiene larga data en la historia constitucional chilena. El primer antecedente se remonta a la Constitución de 1925 y se refería básicamente al presupuesto de la nación. Es así como en su artículo 44 decía que *no podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con cargo a los fondos de la nación, sin crear o indicar al mismo tiempo las fuentes de recursos necesarias para atender a dicho gasto*. En el artículo 45 decía: *los suplementos a partidas o ítem de la ley general de presupuestos, sólo podrán proponerse por el Presidente de la República*.

En la reforma de 1943, bajo el gobierno de Juan Antonio Ríos, y en la medida que lo anterior mostró ser insuficiente, se fortalece en la Constitución la iniciativa exclusiva presidencial ampliándola a materias de ley y hacia aspectos como la creación de servicios y empleos públicos. Y en 1970, bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva, una nueva reforma constitucional incluye dentro del listado de materias de iniciativa exclusiva presidencial, las de carácter tributario y previsional.

Finalmente, la Constitución del 80 agrega nuevas facultades de iniciativa exclusiva del Presidente en materia de ley, que están establecidas en el actual artículo 65. Pero no sólo eso, sino que en el mismo artículo 65, en su inciso final, define el rol del Congreso en esta materia, ya que se dice que “[...] el Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos o monumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas, sobre la materia que proponga el Presidente de la República.”

Ahora, habiendo dicho eso, tenemos que ser claros que, en los últimos años, esta norma constitucional ha sido desafiada. Recientemente tenemos dos ejemplos muy claros. Uno de ellos es el famoso retiro anticipado del 10 por ciento de las pensiones. El segundo es el proyecto de aumento de a la pensión básica solidaria. Mientras el primer caso tuvo su origen en parlamentarios de oposición, el segundo lo tuvo en parlamentarios de gobierno.

¿Cuál es el problema que se ha manifestado desde hace un tiempo hasta acá? Básicamente, que los parlamentarios perciben que tienen un rol disminuido, al no tener iniciativa de ley en materia de gastos; que tienen un rol disminuido en el proceso legislativo, porque la mayor parte de las iniciativas tienen algún componente de gasto. Y lo que ellos dicen es que si no tienen acceso a promover proyectos que supongan gasto público, entonces su rol es menor, mientras que el Gobierno tiene un peso muy significativo o, al menos, no está completamente equilibrada la cancha.

Es cierto, por otra parte, que existen mecanismos para que los parlamentarios puedan incumplir las reglas de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República. Por ejemplo, el Presidente de la Cámara o la respectiva comisión resuelve la admisibilidad de un proyecto, decisión que puede ser votada y cambiada a través de una votación por mayoría simple en la sala. Podría, entonces, declararse admisible una iniciativa que implique gasto. No obstante, el Presidente de la República tiene dos herramientas muy poderosas para evitar que la iniciativa prospere: la primera es recurrir al tribunal constitucional y, la segunda, es la aplicación del veto presidencial.

2. EVIDENCIA COMPARADA /

En la evidencia comparada, la iniciativa exclusiva en materia de gasto se vincula bastante con el sistema de gobierno del país en cuestión, es decir, si se trata de un sistema de gobierno parlamentario o presidencial. Como decía al principio, en los sistemas parlamentarios este es un tema menos relevante que en los sistemas presidenciales, porque en los primeros el Gobierno tiene mayoría en el Congreso. Sin embargo, es interesante que en varios países con sistemas parlamentarios o semi presidenciales, existe un mecanismo de control sobre el gasto público por parte del Gobierno. El razonamiento es el siguiente: es cierto que la coalición parlamentaria que tiene mayoría es la que forma gobierno, pero esa coalición puede ser bastante amplia y, por ello, pueden existir grupos dentro de la coalición que presenten ciertas iniciativas que impliquen aumento de gastos, y por eso es que, en muchos países, se le da un rol importante al Gobierno en que prospere dicha iniciativa. Yo diría que hay tres grupos de países, cuando hablamos de la evidencia comparada en esta materia:

1. Países con iniciativa exclusiva similar a la chilena, es decir, radicada en el Gobierno;
2. Países sin iniciativa exclusiva del gasto por parte del Gobierno; y,
3. Casos intermedios.

Hay muchos casos de países con iniciativa exclusiva similar a la chilena, especialmente en América Latina. Básicamente con régimen presidencialista, como Brasil, Colombia, Ecuador y Perú.

Por ejemplo, el artículo 61 de la Constitución de Brasil dice que el Presidente de la República debe tener poder exclusivo, entre otras cosas, para iniciar las siguientes leyes:

I) *Leyes que fije o modifique el número de tropas en las Fuerza Armadas.*

II) *Leyes que miden:*

a) *Creación de cargos, funciones o empleos públicos.*

b) *La organización administrativa y judicial, la materia tributaria y presupuestaria, servicios públicos.*

Después tenemos países sin iniciativa exclusiva, mayoritariamente países europeos con sistemas parlamentarios, como, por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Países bajos, Hungría, Noruega, Suecia. Pero fuera de Europa también tenemos el caso notable de Estados Unidos. ¿Por qué digo notable? Porque Estados Unidos es un país con un sistema presidencial. Ya hablaremos de Estados Unidos de forma particular, pero en el caso de los otros países mencionados se menciona la facultad de parlamentarios de presentar proyectos de ley que involucren gasto público y no existen restricciones explícitas de algún tipo. En muchos casos, ni siquiera está en la Constitución, sino que está en la ley. Estados Unidos, es un caso interesante por tratarse de un país con

Insumos/Constitucionales

un sistema presidencial que no cuenta con una iniciativa legislativa exclusiva del Presidente. Por el contrario, esta iniciativa exclusiva de ley se encuentra en el Congreso, no en el Gobierno. Si el Gobierno quiere presentar un proyecto de ley tiene que hacerlo a través del Congreso.

Dicho eso, también es importante mencionar que, en el caso norteamericano, el Presidente cuenta con dos herramientas muy poderosas y que, además, se usan con relativa frecuencia. Una es el poder de veto, que solamente puede ser revertido con dos tercios de ambas cámaras, y también las órdenes ejecutivas que, en todo caso, pueden ser revertidas por los tribunales.

Y, por último, están los casos intermedios. En ellos, el Gobierno no cuenta con una exclusividad en el gasto público, pero igualmente cuenta con herramientas para controlar aquellas iniciativas que impliquen un mayor gasto. Aquí destacan países como Alemania, Australia, Canadá, España y Francia.

Revisemos muy brevemente algunos de esos casos:

En Francia, el artículo 40 de la Constitución de 1958 establece lo siguiente: “[...] no se admitirán a trámite las proposiciones y enmiendas formuladas por el parlamento cuando su aprobación tuviera como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o bien la creación o aumento del gasto público.”

Resulta interesante el hecho de que en un sistema semi presidencial, tenemos este artículo que le da la iniciativa al Presidente.

Aquí se debe introducir un cierto matiz, porque en la práctica –y por eso pongo esto como caso intermedio y no como caso de iniciativa exclusiva– se permite a los parlamentarios la presentación de proyectos que reduzcan los ingresos, si simultáneamente se propone una compensación a esta disminución en un tributo de igual nivel. ¿Qué significa esto? Que debe ser compensado con otro tributo, pero no un tributo completamente distinto. Por ejemplo, no se puede bajar los impuestos a los ingresos de las personas y compensarlo con el aumento de un impuesto regional o local. Y en cuanto al gasto, se puede presentar una iniciativa que lo aumente, pero compensado con una disminución en la misma carga, es decir, con la misma partida presupuestaria. A esto se le llama las prendas. Digamos que el miembro del Congreso puede presentar el proyecto, pero tiene que poner una prenda a éste, es decir, una compensación mediante una reducción de gasto. Si el Gobierno finalmente se suma al proyecto, puede levantar la prenda, pero éste no puede avanzar si no hay estas compensaciones.

Australia también es un caso interesante, para un sistema parlamentario. El artículo 56 de la Constitución establece que “[n]o se aprobará ninguna votación, resolución o proyecto de ley para la asignación de ingresos o fondos a menos que el propósito de la asignación haya sido recomendado en la misma sesión por mensaje del Gobernador General a la Cámara en la que se originó la propuesta.

La Constitución de España es también clara al señalar, en su artículo 134, que “[...] [t]oda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos

Insumos/Constitucionales

presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.” Es interesante en el caso español porque se puede presentar una iniciativa, la que va a la mesa del Congreso de los Diputados, la que, a su vez, se lo manda al gobierno para que manifieste su opinión. En el fondo, el gobierno debe decidir si suscribe o no el proyecto. En caso de no hacerlo, tiene que explicitar una razón fundada, explicar a la mesa por qué no aprobó y, en ese momento, se detiene la tramitación de ese proyecto. Como vemos, esto ocurre apenas presentado el proyecto.

La Constitución alemana, en el artículo 113 dice que “[r]equieren la aprobación del Gobierno Federal, las leyes que aumenten los gastos presupuestarios propuestos por el Gobierno Federal o que impliquen nuevos gastos o los involucren para el futuro”, y ,agrega, que “[...] lo mismo regirá respecto a las leyes que impliquen disminuciones de los ingresos o que las involucren para el futuro”, pudiendo el Gobierno Federal con tal propósito “[...] exigir que el Parlamento postergue su decisión sobre tales leyes”.

En el caso alemán el gobierno puede hacer uso de esta atribución en cualquier etapa del proceso, al principio, al medio o incluso al final, pero si no se obtiene la aprobación del Gobierno Federal, no entra en vigencia dicha ley.

3. CONCLUSIÓN /

Termino con las siguientes reflexiones: obviamente el tema de iniciativa exclusiva está relacionado con la responsabilidad fiscal. Está vinculado también, aunque no inequívocamente, con el sistema de Gobierno. ¿Por qué digo que el vínculo no es inequívoco? Como mencioné, hay sistemas parlamentarios y semi presidenciales que tienen diversos mecanismos que se asemejan, al menos parcialmente, a la iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto. Dicho de otra forma, el Congreso o sus parlamentarios pueden presentar iniciativas de ley, pero estas requieren que el Gobierno las apoye o patrocine en algún momento de su tramitación, o que las presenten con compensaciones explícitas.

Considerando todo lo anterior, ¿cuáles son las opciones que tenemos hoy en día? La primera es mantener el precepto constitucional tal como está en la actualidad. La iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto, en su formulación actual, tiene una larga historia constitucional y, más importante aún, ha funcionado razonablemente bien, lo que avalaría esta posición. Sin embargo, no se puede desconocer que está siendo desafiada y que es necesario pensar en opciones que mantengan la iniciativa en manos del Gobierno, pero que den mayor rol al Congreso, de manera de dar alguna válvula de escape al problema que se ha planteado.

La segunda opción es entregar iniciativa legal en materia de gasto también al Congreso. Estimo que esto es muy complejo por el problema de los incentivos que mencioné al principio, pero además porque en un régimen presidencial, donde la responsabilidad fiscal está en manos del Gobierno, se requiere que el Gobierno también tenga los instrumentos

Insumos/Constitucionales

para lograrlo. Y la iniciativa exclusiva de gasto es clave en ello. Por tal razón descarto esta opción.

Y, por último, tenemos los casos intermedios. Una primera posibilidad es consagrar la iniciativa legal de origen parlamentaria en materia de gasto, pero con la restricción que en algún momento de su tramitación tiene que tener el patrocinio del Gobierno. En mi opinión, lo razonable sería que ello ocurriera lo más temprano posible, porque a medida que progresa la tramitación de la ley, se hace cada vez más difícil su rechazo por parte del gobierno. Una segunda posibilidad, dentro de esta opción intermedia, es limitar la cantidad de proyectos que supongan gastos a presentar por el legislativo. Me parece una opción compleja. La suma de partes chicas puede resultar en algo muy grande. Y la tercera posibilidad es aparejar nuevos ingresos o baja de otros gastos para balancear los gastos propuestos, es decir, si se propone un nuevo aumento de gastos, se debe proponer simultáneamente una reducción en otros gastos o un aumento en los ingresos para financiar los gastos propuestos.

Creo que las tres posibilidades planteadas dentro de la opción intermedia, son interesantes de analizar. Sin embargo, en mi opinión, la mejor es la primera mencionada (la que se asimila al caso español), esto es aquella en que un grupo de parlamentarios, representantes de un cierto porcentaje de la respectiva Cámara, pueda presentar la iniciativa, pero que esta deba ser patrocinada por el gobierno. Si este decide no hacerlo, tendrá que fundamentar su decisión. De esta manera se da mayor rol al Congreso, pero la decisión final sigue en manos del Gobierno.

Muchas gracias.

JOSÉ PABLO ARELLANO

Ph.D. en Economía, Universidad de Harvard; ex Director de Presupuestos e investigador senior, CIEPLAN

Gracias por la invitación. Quiero hacer tres puntos³:

1. En primer lugar, explicar por qué la iniciativa presidencial en materia fiscal me parece tan importante y necesaria para el buen funcionamiento de la economía en nuestro país.
2. Voy a indicar qué nos pasaba cuando no la teníamos y como ella fue algo que el país fue construyendo a lo largo del siglo XX. Las normas que hoy día nos rigen fueron una construcción y un aprendizaje que el país hizo a lo largo del siglo XX al pagar los costos de no tener estas normas de iniciativa exclusiva.
3. Y quiero, por último, terminar haciendo referencia a por qué considero que en los próximos años estas normas constitucionales se van a volver, incluso, más necesarias.

1. IMPORTANCIA /

Creo que, para lograr estabilidad económica y no vivir en crisis económicas, necesitamos una política fiscal sostenible y sólida. Para lograr esta política fiscal sostenible, necesitamos que alguien tenga la capacidad de lograr ese resultado y que alguien tenga la autoridad para conseguirlo. Si esa autoridad está repartida, si cada uno puede proponer un aumento en el gasto público o una baja de impuestos, no tenemos garantía que el resultado sea consistente y sea sostenible en el tiempo. En dicho escenario, seguramente, tendríamos desequilibrios fiscales y eso es el germen de desequilibrio macroeconómico e inestabilidad económica. Esa fue la tónica de la mayor parte del siglo XX en nuestro país, al menos cuando no teníamos esta norma, la que, como sabemos, se terminó de configurar, tal como la conocemos hoy, en el año 1970.

Con esta norma es posible conseguir un bien público. Para mí, la estabilidad económica es un bien público, algo que es indispensable para el crecimiento y para el buen funcionamiento de la economía en el corto plazo.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS /

Déjenme recordar algunos antecedentes de lo que era nuestra realidad durante la mayor parte del siglo XX. En materia de política fiscal, entre 1950 y 1986 el déficit fiscal promedio

³ Ver documento “Claves constitucionales para la sostenibilidad fiscal/requisito para el desarrollo”, Cieplan 2020, en el cual analizo en detalle estos temas. <https://www.cieplan.org/claves-constitucionales-para-la-sostenibilidad-fiscal-requisito-para-el-desarrollo/>

Insumos/Constitucionales

fue de 1,9 por ciento del PIB. La excepción fue sólo en cinco años con equilibrio o superávit. La contrapartida de los déficits era el aumento de la deuda del gobierno con el Banco Central y con gobiernos extranjeros, bancos multilaterales y privados internacionales. Toda la deuda externa era en moneda extranjera. O sea, durante sólo cinco años el gobierno tuvo la capacidad de lograr un equilibrio o superávit fiscal. Todo el resto del periodo hubo déficits. A pesar de que era claro y se conocían las consecuencias de estos déficits: deuda e inflación, no había capacidad de controlarlos. La realidad de las últimas décadas es totalmente distinta. Fíjense que la última vez que tuvimos una inflación de dos dígitos en Chile fue en el año 1993, hace casi 30 años. En los cincuenta años previos la norma era la inflación. Solo en cuatro años de ese medio siglo experimentamos inflaciones de menos de 10 por ciento.

Es importante enfatizar que no es que no se conocieran las causas de la inflación, no es que no se supiera que esos déficits fiscales estuvieran detrás de la inflación. Simplemente no había capacidad de controlar el resultado fiscal. Incluso si el gobierno estaba dispuesto a pagar los costos que significaba reducir el déficit fiscal, no tenía las herramientas para hacerlo. El sistema político no podía alcanzar este bien público que significa la estabilidad y la sostenibilidad fiscales.

Sabemos de la volatilidad de nuestros ingresos fiscales. Subían los ingresos por mayores precios del cobre, aumentaban los gastos y después, cuando bajaba el precio del cobre, no había capacidad para bajar los gastos. Nadie tenía la autoridad para hacerlo, no la tenía el Gobierno ni el Congreso, ya que cada parlamentario podía promover iniciativas legales que supusieran gasto, las que miradas en forma separada no causaban gran problema, pero sumadas las muchas iniciativas de rebaja de impuestos y de aumento de gastos, producían un resultado final que no era consistente. Esta realidad es la que da origen a la historia constitucional que se ha recordado en este seminario para lograr cambiar estas cosas.

El primer paso fue la Constitución de 1925, donde se le dio al Presidente la iniciativa exclusiva de ley en materia de presupuesto, lo que tuvo como antecedente una crisis en la que la falta de presupuesto gatilló una guerra civil (1891). Entonces la Constitución del 25 le dio iniciativa exclusiva al Presidente en materia de presupuesto y estableció plazos, similares a los que están vigentes hoy día. El Presidente envía un presupuesto, si no se aprueba en el plazo, rige el presupuesto que mandó el Presidente. Pero esto al poco tiempo –estamos hablando del año 1925– se demostró insuficiente, porque en materia de ley, y ya no en materia de presupuestos, los parlamentarios adoptaban iniciativas legales con impacto fiscal. Después de varios intentos, en el año 1943 se logró aprobar una reforma constitucional para reforzar la iniciativa exclusiva. Y es comprensible de que fueran varios intentos, porque no es fácil para el Congreso auto limitarse en sus atribuciones. Se logró aprobar esta reforma y miren las materias en que se restringió, porque da una idea de las materias en que los parlamentarios tenían iniciativa legislativa y, de hecho, promovían iniciativas de ley. Primero, en sueldos ya que hasta esa reforma podían modificar los sueldos de un grupo de funcionarios públicos o de todos. Segundo, podían crear empleos, aumentar la cantidad de personas que trabajaban en un servicio público por iniciativa parlamentaria. Esto ocurrió muchas veces en este período, en el que había fragmentación en los partidos,

Insumos/Constitucionales

llevando a que el gobierno no tuviera mayoría para hacer valer una cierta racionalidad de la administración pública y sus gastos.

Aunque esta reforma logró un avance, igualmente resultó insuficiente. En los años siguientes a 1943, en todos los mensajes presidenciales de esa época había referencia a la inflación como un gran problema del país, y a los déficits fiscales que contribuían a la inestabilidad. En todos ellos se encuentra la queja de los Presidentes que no tenían la posibilidad de controlar esta situación. El Gobierno no podía controlar la situación fiscal, con los resultados que sabemos. Fue así como el Presidente Jorge Alessandri, hacia el fin de su mandato, envió un proyecto de reforma constitucional para agregar a la iniciativa exclusiva del Presidente materias tributarias, de seguridad social, que seguían siendo iniciativa de los parlamentarios. Alessandri no tuvo éxito y el Presidente Frei Montalva, al inicio de su gobierno, en el año 1964, presentó un proyecto que buscaba ampliar la iniciativa exclusiva del Presidente. No tiene éxito sino hasta el final de su período, en el año 1969, en que renueva el proyecto de reforma constitucional y logra aprobarlo al fin de ese año, promulgándolo a principios del año 1970.

Es muy interesante revisar la discusión de la época. Aparte de los debates en la tramitación de la reforma constitucional, el Presidente Frei y sus ministros publicaron un libro que se llama *La reforma constitucional de 1970*. En él, Frei Montalva escribe justificando reformar el régimen de iniciativa exclusiva, según se evidencia de las siguientes citas “[...] esto ha traído entre otras consecuencias un aumento desordenado del gasto frente a la inversión, un sistema previsional injusto, discriminatorio e insoportable para la economía del país, todo esto hacía imposible un control adecuado al proceso inflacionario, por lo tanto quedaba afectado todo el desarrollo económico-social, al mismo tiempo eran frecuentes los conflictos de interpretación legal entre Ejecutivo y Congreso no existiendo ninguna institución capaz de resolverlo o de intentar al menos su solución.”

Sergio Molina, que también escribe en ese mismo libro y era Ministro de Hacienda cuando se presenta la reforma constitucional del año 1964 y había sido por 10 años Director de Presupuestos por lo que acumulaba una enorme experiencia práctica de la realidad política de la época cuando el Gobierno no tenía la iniciativa exclusiva en esta materia fiscal, subraya especialmente el tema de la seguridad social. Menciona las consecuencias que había tenido el que en esta materia los parlamentarios tuvieran iniciativa de ley. Ello redundaba en que podían otorgar beneficios previsionales, cambiar los requisitos, y todo lo que tiene relación con el ámbito de la seguridad social.

En esto no se trata de que los parlamentarios no tengan conciencia o no tengan responsabilidad. La tienen, por cierto, pero cada uno se debe a su electorado y, cuando cada parlamentario presenta un pequeño cambio en beneficio de un grupo determinado, probablemente no tiene una visión global de la situación, sino que una parcial. Cada uno recibe apoyo del resto de sus colegas para aprobar ese beneficio, y luego otro va a proponer beneficios para un nuevo grupo y entonces la suma de todos produce un resultado global que resulta inconsistente.

Insumos/Constitucionales

Por eso hablo de un bien público, porque si cada uno vela por el bien particular de su electorado, de un grupo pequeño, claro que ese grupo va a obtener un beneficio. Pero a nivel agregado terminamos con algo que no es sostenible, como ocurrió con nuestro sistema antiguo previsional y con la realidad fiscal, como he descrito.

Vale la pena reflexionar en la dificultad de aprobar estas reformas constitucionales ya que los parlamentarios tienen que restringir sus propias facultades, si lo hicieron es porque entre quienes estuvieron por aprobarlas hubo un claro reconocimiento de las graves consecuencias que tenía la norma constitucional antigua.

Lo que recoge la reforma constitucional del año 1970, que viene a completar la de 1943 y la de 1925, se repite prácticamente de manera íntegra en la actual norma constitucional. La norma constitucional vigente prácticamente reproduce lo que se había construido hasta esa época.

Hay dos aspectos adicionales, aparte del logro de este bien público dado por la sostenibilidad fiscal y, con ella, la estabilidad macroeconómica que son resultado de la iniciativa exclusiva, complementada por otras iniciativas.

Uno que tiene que ver con la posibilidad de hacer prevalecer el interés general por sobre el interés particular. Cuando en estas materias hay iniciativa de los parlamentarios, es mucho más difícil hacer prevalecer el interés general por sobre los intereses del grupo debido a la dinámica competitiva que aquí se da. El otro aspecto tiene relación con la consistencia, con la equidad. Es muy interesante ver los alegatos de quienes promovieron la reforma constitucional del año 1970. Ellos se refieren a la eficacia del Estado y a la gobernabilidad. El entonces Senador Patricio Aylwin, que presidía la Comisión de Constitución cuando se discute la reforma del 70, justifica en ese sentido la necesidad de la reforma, en términos de la eficacia del Estado para cumplir su cometido. Cuando no hay esta consistencia mínima, porque cada uno tiene iniciativa, terminamos entonces con un Estado que no logra la eficacia necesaria.

Finalmente, un comentario sobre la iniciativa exclusiva y la experiencia internacional. A principio de los años 90, al amparo del BID, se hicieron una serie de estudios respecto a los regímenes presupuestarios-fiscales en América Latina. En esos estudios, es muy interesante ver qué consecuencias tienen los distintos regímenes fiscales y constitucionales (no sólo constitucionales, sino que el ordenamiento fiscal y presupuestario de los países). Estos estudios también se han hecho en Europa a propósito de la ampliación de la Unión Europea y de la consistencia de sus sistemas presupuestarios. Yo diría que la conclusión sistemática de todos esos estudios es que, para lograr un resultado fiscal sostenible, se requieren normas que favorezcan la centralización de las decisiones en materia del resultado fiscal. Los suecos, por ejemplo, actualmente votan primero el resultado fiscal global y después su asignación. Hicieron esa reforma en los años 90' para asegurarse de tener un resultado consistente, un resultado fiscal que sea sostenible.

3. IMPORTANCIA FUTURA /

Termino con algunos comentarios sobre las razones por las cuales me parece fundamental para los próximos años la iniciativa exclusiva del Presidente en materia fiscal. Respecto de ello hay dos cosas que quisiera decir. Uno, que a diferencia de lo que ha ocurrido prácticamente en forma ininterrumpida durante todo el período desde la vuelta a la democracia (yo hacía referencia a los déficits que vivió el país durante buena parte del siglo XX, pero la verdad es que desde 1990 en adelante, hasta 2012-2013, siempre tuvimos equilibrio o superávit fiscal), esa institucionalidad que nos ha dado la fortaleza necesaria para enfrentar las crisis externas se ha debilitado, volviéndose más frágil en los últimos años.

Precisamente gracias a esa fortaleza, el país ha podido enfrentar en mejor forma esta pandemia desde el punto de vista fiscal, y está pudiendo tener enormes déficits este año, el próximo y el subsiguiente a raíz, precisamente, de la pandemia. Tal como se pudo hacer cuando fue la crisis del año 2008, la política fiscal pudo ir a contrarrestar el efecto negativo de la crisis financiera internacional.

Pero, inevitablemente, a raíz de estos déficits vamos quedando en una situación de mayor vulnerabilidad. Esto se hará más relevante ya que varios países en desarrollo van a experimentar problemas con sus deudas y, por tanto, en el futuro va a existir una mayor sensibilidad a la situación fiscal y al endeudamiento por parte de los acreedores.

Ello va a ocurrir en un contexto en el cual se ha ido debilitando la convicción sobre la importancia que tienen las normas de iniciativa exclusiva del Presidente en materia fiscal. Los parlamentarios, de distintas bancadas, han presentado mociones que son inadmisibles. Esto lo considero grave y ha venido pasando en forma creciente en los últimos años. Ya durante el segundo gobierno de la presidenta Bachelet se presentaban indicaciones inadmisibles que se sometían a trámite y se convertían en ley. Recientemente hemos visto no sólo indicaciones a un proyecto de ley en trámite, sino que, también, proyectos enteros de ley que no son admisibles y que igualmente se tramitan. Este camino lo vivió el país en el pasado, experimentó sus costos y con gran dificultad el Congreso logró superar esa situación, justamente porque se reconoció la importancia de contar con ese bien público que es la estabilidad macroeconómica, para lo cual la estabilidad y sostenibilidad fiscal son indispensables.

Por todo lo anterior, tenemos que hacer conciencia de que no podemos retroceder ese camino virtuoso ya avanzado. Menos ahora, que vamos a tener una situación fiscal mucho más frágil. Es positivo tener la posibilidad de financiar los déficits extraordinariamente altos que vamos a tener este año, pero si no tenemos la capacidad, si no contamos con este bien público, probablemente podemos irnos por un derrotero que sería muy peligroso y que pondría en riesgo el desarrollo futuro del país.

COMENTARIOS

MACARENA LOBOS PALACIOS

Abogada, Universidad de Chile, Doctora en Derecho, Universidad Complutense, Madrid, y ex Subsecretaria de Hacienda

Hola buenos días a todas y todos los que nos acompañan en esta transmisión. Quiero felicitar al CEP y a CIEPLAN por organizar este seminario para debatir temas tan relevantes como son la iniciativa exclusiva y la responsabilidad fiscal, que, tal como lo decían los exponentes, hoy día adquiere mayor centralidad, producto del deterioro que han tenido nuestras cuentas fiscales en este último tiempo, a raíz de la reacción a la pandemia y, sin duda, de cara al proceso constituyente que se inicia. Y no puedo sino compartir lo que han expresado Rodrigo Vergara y José Pablo Arellano en el sentido de la centralidad que ha tenido la iniciativa exclusiva en materia de gasto como herramienta clave (aunque no única) de estabilidad macroeconómica. Está también la ley de responsabilidad fiscal, la de administración financiera y todo lo que se mencionaba antes, en cuanto a preservar nuestras cuentas públicas y dar la coherencia necesaria para el manejo de las finanzas públicas. Y de ahí que la norma relativa a la iniciativa exclusiva es de larga data en nuestra historia constitucional, y que se ha cristalizado en lo que hoy se recoge en el artículo 65 de nuestra Constitución, como bien nos decían los expositores. Tiene una larga trayectoria y es una respuesta a la crisis que se vivió anteriormente.

Compartiendo eso, tal como lo decía José Pablo y Rodrigo hemos visto que, sin embargo, hay una tensión permanente en nuestro régimen presidencial con esta herramienta tan importante de la iniciativa exclusiva, la que ha sido desafiada por parte de los parlamentarios, desafío que se manifiesta por distintas vías.

Una vía es la votación de admisibilidad, que hoy día se desarrolla, como decía Rodrigo en su exposición, de la siguiente manera: cuando se presenta una moción o una indicación, el Presidente de la sala o de la comisión puede calificar la admisibilidad, pero ella puede ser reconsiderada y, por esa vía, a través de mayorías circunstanciales, podemos ver que hay iniciativas declaradas admisibles a pesar de que son manifiestamente inconstitucionales, como se recordaba a propósito del aumento de la pensión básica solidaria en la última discusión presupuestaria.

Luego, tenemos otra vía más reciente para desafiar la iniciativa exclusiva, que es la de las reformas constitucionales. Recordemos que el artículo 127 de nuestra Constitución no recoge iniciativa exclusiva en materia de reformas constitucionales y así, utilizando ese subterfugio, se ha promovido el retiro del 10 por ciento, ya legislado o el impuesto a los súper ricos que se está tramitando actualmente. Por la vía de utilizar esta herramienta, se están constitucionalizando materias que son claramente de carácter legal, justamente para obviar la restricción de la iniciativa exclusiva. Finalmente, tenemos la opción del rechazo,

Insumos/Constitucionales

que se da mucho en las leyes periódicas (Ley de Presupuestos, ley de reajuste, ingreso mínimo), para así generar poder de negociación y, por esa vía, lograr que el Gobierno acoja y patrocine las propuestas parlamentarias en estas materias.

Teniendo en cuenta esta tensión permanente, yo creo que a fin de preservar esta herramienta clave de la iniciativa exclusiva, debemos avanzar en la institucionalización de mecanismos que permitan generar una mejor correlación de fuerzas en la relación del Congreso y el Gobierno, pero preservando la iniciativa exclusiva. En ese sentido, me parece muy interesante el planteamiento de Rodrigo sobre el estudio que realizó junto a Jorge Rodríguez, en el sentido de tomar la evidencia comparada y buscar un sistema intermedio. Esto ha sido recogido ya por cuatro mociones parlamentarias que se han presentado en estos últimos años. En ellas, se busca permitir que los parlamentarios puedan presentar proyectos que sean de iniciativa exclusiva en materia de gasto y que ellos puedan votarse por un quórum amplio de, por ejemplo, 3/5 de los parlamentarios presentes. En caso de ser aprobada la propuesta, el Gobierno tendría un plazo pronunciarse sobre ella, aprobándola o rechazándola, indicando los fundamentos en caso de esta última opción. Por esta vía, existiría un camino institucional que permitiría descomprimir ésta cada vez más tensa relación entre el Congreso y el Gobierno, manteniendo, en todo caso, siempre el resorte final de la decisión en poder del Gobierno. Yo creo que ese es un camino que debemos explorar porque permite descomprimir la tensión política, pero sin alterar la regla básica de que sea el Gobierno el que mantenga la llave para los proyectos de ley que irroguen gasto público.

También creo que esto se puede complementar con otras reformas que, sin afectar la iniciativa exclusiva, permiten reequilibrar la relación que existe hoy en día entre el Congreso y el Gobierno. En ese sentido, creo que es muy importante mejorar las capacidades técnicas que tiene el Congreso para los debates de los temas financieros y presupuestarios. Sabemos que hay una oficina presupuestaria que desde el año 2003 tiene reconocimiento en la ley orgánica del Congreso, pero que aun así no tiene la fortaleza ni la autonomía suficiente como para erigirse y generar una relación simétrica en el análisis de estas materias entre el Congreso y el Gobierno. Yo creo que esa es una forma que se puede explorar para nivelar más la cancha y, por esa vía, contribuir a descomprimir la tensión que genera la iniciativa exclusiva.

Existe también la posibilidad de mantener el que la calificación sobre la admisibilidad de las normas continúe radicada en el Congreso, pero habilitar la votación de la admisibilidad de una norma respecto de la cual se plantee su inconstitucionalidad sólo cuando pueda argumentarse que hay una duda razonable sobre ella, pero no cuando su inconstitucionalidad es manifiesta, como ocurre en el caso que se crea un nuevo beneficio o que se genere un gasto fiscal, como aconteció en el caso del aumento de las pensiones básicas solidarias.

Hay otra posible vía para propender a este equilibrio. Si bien como bien decía Rodrigo, la mayoría de las materias están interrelacionadas y tienen incidencia en gastos. Hay una que uno podría decir que escapa a esa lógica que es la regulación de los procesos de negociación colectiva, respecto de la cual también se han presentado varias mociones para eliminarla

Insumos/Constitucionales

dentro de las iniciativas presidenciales en materia legal, cuestión que yo comparto. Hay también algunas mociones para eliminar los temas de seguridad social, pero yo ahí tengo más dudas porque es casi evidente que todos los temas que tengan incidencia en seguridad social tienen un correlato en un mayor gasto.

Por lo tanto, a mí me parece que la única fórmula para contener la tensión que produce la iniciativa exclusiva, más que liberar las restricciones en razón de materias, es explorar una vía procedimental, es decir, generar un mecanismo que haga partícipe a los parlamentarios en el proceso, pero radicando siempre la decisión final en el propio Gobierno. Ahí habría que ver también si finalmente se incorporan otros mecanismos de participación en la nueva Constitución, como la iniciativa popular de ley. En tales casos, debiera existir un procedimiento similar al que se les está planteando a los parlamentarios para resguardar el tema de la iniciativa exclusiva.

Hay otros elementos que uno podría explorar también para equilibrar y garantizar la iniciativa exclusiva. Un posible ejemplo es propender hacia una mayor precisión respecto a lo que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se destaca una sentencia dictada con ocasión de la indicación presentada por exsenador y actual ministro de justicia Hernán Larraín a propósito de la ley de responsabilidad penal adolescente. En esta se establecía la obligación de cumplir en un medio cerrado cuando las penas fueran mayores a 5 años. El gobierno de la época requirió al Tribunal Constitucional argumentando la inconstitucionalidad de la indicación y, a propósito de esa disputa, el Tribunal Constitucional emitió un fallo bastante importante que establece que el objeto central de la indicación no era irrogar más gastos, sino que ese era sólo un efecto colateral producto de la política carcelaria, en razón que la indicación apuntaba a un tema de regulación de penas. En ese sentido, el Tribunal Constitucional hace la distinción clave entre objeto central y efecto colateral de la iniciativa. Yo creo que se podría desarrollar de manera más clara el criterio contenido en esta jurisprudencia, en el sentido que el Gobierno también aplique un criterio restrictivo al alcance de la limitación cuando se opone a indicaciones o mociones parlamentarias, sin extender esta limitación más allá de las materias que el propio artículo 65 contempla. Ello podría servir también como un mecanismo para atemperar las tensiones y lograr un cierto equilibrio en la relación entre el Congreso y Gobierno.

Para terminar, me parece interesante también, como fórmula intermedia para lograr ese equilibrio, generar una mayor transparencia en el ejercicio de la flexibilidad presupuestaria. Si bien la flexibilidad presupuestaria es una herramienta muy importante (mi paso por Hacienda así me lo demostró), es factible avanzar en materia de transparencia, informando de manera adecuada las reasignaciones o el uso de los recursos contenidos en el Fondo de Estabilidad Económica y Social o de Reserva de Pensiones, lo que permitiría darle un rol de seguimiento al Congreso en estas materias y, por esa vía, contribuir a lograr un mayor equilibrio.

Insumos/Constitucionales

En definitiva, la iniciativa exclusiva es una herramienta clave para el tema de la sostenibilidad fiscal. De ahí que crea que es necesario mantenerla. Con todo, creo que el debate está abierto, por ende, hay que buscar mecanismos que permitan reequilibrar la relación entre el Gobierno y el Congreso para así poder garantizar la preservación de esta herramienta. Muchas gracias

CONSTANZA SALGADO

Abogada, Universidad de Chile, Doctora en Derecho, Universidad de Edimburgo y profesora de la Escuela de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez

Agradezco a Ignacio por la invitación.

Sólo quiero plantear algunos puntos a tomar en cuenta en esta discusión. En primer lugar, el rol de los parlamentos durante la monarquía constitucional. El parlamento y el presupuesto siempre han estado íntimamente ligados desde el origen. La primera función de los parlamentos fue autorizar al monarca el establecimiento de tributos y luego autorizarlo en los gastos. En otras palabras, el origen de la legislatura moderna y, en última instancia de la democracia, siempre estuvo vinculada a este poder de contrapeso que tenía el parlamento frente al monarca.

En el caso de Chile, la idea es explicar las reglas y su sentido. En el modelo chileno, el Gobierno tiene un rol muy intenso en la determinación del gasto público y el Congreso tiene, como ustedes han dicho, un rol muy menor. Chile se encuentra dentro de los sistemas más extremos, es decir, entre los sistemas que dan menor injerencia al Congreso en la determinación del gasto público.

El Congreso tiene un rol totalmente restringido en materia de presupuesto. En estricto rigor, el Gobierno no necesita de la aprobación del Congreso dado que ante su ausencia rige el proyecto de Ley de Presupuestos presentado por el Gobierno. Yo sé que estamos hablando de iniciativa exclusiva, pero quiero hacer un paralelo también con la Ley de Presupuestos. En estricto rigor, como dije, el Gobierno no necesita la aprobación del Congreso ya que, si no hay acuerdo (mayoría), rige el proyecto presentado por el Presidente la República. Entonces, el Congreso no tiene poder de veto, como si ocurre con el resto de las iniciativas de ley, incluso con la iniciativa exclusiva que tiene el Presidente en materia económica, ya que, si no hay acuerdo en el Congreso (mayoría), no es posible que la iniciativa se transforme en ley.

El Congreso Nacional no puede aumentar ni disminuir la estimación de los ingresos, sólo puede reducir los gastos, salvo los que están establecidos por ley permanente. Es decir, el Congreso no puede proponer mayor gasto de ningún programa, ni siquiera si este es una reasignación y no implica mayor gasto en total. En relación con las demás leyes, además de la Ley de Presupuestos, el Presidente tiene iniciativa exclusiva en materia de gasto público y en otras materias como, por ejemplo, seguridad social. Ello se traduce en que el Congreso no puede presentar iniciativas legales ni formular indicaciones que involucran gasto público.

La Constitución de 1980 es un conjunto de decisiones fundamentales acerca de la organización del poder político. Hay importantes decisiones sobre la configuración del poder que son originales de la Constitución de 1980, es decir, que no existían en nuestra tradición constitucional. Por ejemplo, los quórums supramayoritarios para aprobar ciertas

Insumos/Constitucionales

leyes, los senadores designados, el quórum excesivamente alto de reforma constitucional. Sin embargo, varias de las decisiones fundamentales de la Constitución de 1980 en relación con la configuración del poder público responden a una tradición que se remonta al siglo XIX. Varias de esas reglas fueron mantenidas sin demasiados cambios (por ejemplo: la idea de Estado unitario y centralizado) o fueron acentuadas (por ejemplo: el presidencialismo chileno). La centralización del poder en términos territoriales y en la figura del Presidente forma parte de nuestra tradición constitucional, una tradición que obviamente llegó el momento de revisar. En este sentido, se puede observar que la preeminencia casi absoluta del Gobierno en el proceso presupuestario y la iniciativa exclusiva en materia de gasto público son facultades que surgen con la Constitución de 1925 y sus sucesivas modificaciones (reformas constitucionales).

La Constitución de 1925 es la primera Constitución en recoger estas temáticas, aunque la división de tareas en materia de ley de presupuesto (en que el Gobierno es quien la prepara y el Congreso la aprueba) estaba ya en la Constitución de 1823 y posteriormente en la Constitución de 1833 (arts. 36 N° 1 y 37 N° 2)

La Constitución de 1925 establece, por primera vez, la iniciativa exclusiva del Presidente. En el artículo 44 número 4, se establecía que sólo el Presidente tenía la iniciativa exclusiva para el aumento de los gastos relacionados a la Ley de Presupuestos, los que además tenían que ser aprobados dentro de los 4 meses siguientes. Pero eso no fue suficiente porque ya en 1943, con la primera reforma constitucional a la Constitución de 1925 (Ley N° 7.727), se agregó un nuevo inciso al artículo 45 y se estableció que el Presidente de la República tenía iniciativa exclusiva no solo en relación con la Ley de Presupuestos sino que, también, para alterar la división política o administrativa del país; para crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, y para conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales.

Esta fue una pequeña regla que, mediante la reforma constitucional, buscó imponer limitaciones a la iniciativa parlamentaria en materia de gasto público. Esta también es la primera regla constitucional en materia de empresas públicas (posteriormente la Constitución de 1980 establecería una regulación expresa para la actuación del Estado en materia empresarial). El diagnóstico que subyace a esta reforma era que la práctica parlamentaria había roto el orden de las finanzas y el equilibrio de los presupuestos, y que el problema era constitucional, ya que se originaba en las facultades que tenía el Congreso en materia de gasto público. Esto fue controvertido. Diversos senadores y diputados criticaron profundamente tal reforma, ya que constituía un grave deterioro de las atribuciones del órgano legislativo e, incluso, atentaba contra el régimen democrático. Fue una cuestión debatida en ese momento, pero finalmente primó la idea de limitar la iniciativa parlamentaria.

Con posterioridad a la implementación de la reforma de 1943, el debate sobre la cuestión presupuestaria no terminó, sino que volvió a plantearse en términos similares. En efecto, se consideró que la reforma 1943 no había sido suficiente, con lo que se buscó fortalecer aún más atribuciones financieras y gubernamentales en desmedro de las de los

Insumos/Constitucionales

parlamentarios. Así, la reforma constitucional contenida en la Ley N° 17.284 fortaleció aún más la iniciativa exclusiva en materia de gasto público, perdiendo el Congreso gran parte de iniciativa en esta materia. Nuevamente, lo que estaba detrás era esta idea que los parlamentarios eran indisciplinados y que ellos iban a tratar de aumentar el gasto público, de dar prebendas, etcétera. Es decir, el objetivo era que iban a conquistar su propio electorado por medio de gasto. Entonces, la idea de la reforma era imponer a un límite a esta concepción que se tenía de la actividad parlamentaria en la que los parlamentarios son indisciplinados y que lo que quieren es buscar reelegirse, entregando, dando y gastando.

La Constitución de 1980 tomó estas reglas y las profundizó más aún. Ahora bien, lo que quiero plantear acá es preguntarnos si estas facultades están en el núcleo del presidencialismo. Es interesante notar que estas facultades no están vinculadas al núcleo del presidencialismo ni son parte de la esencia del presidencialismo. Si bien es cierto que, en materia de presupuesto, bastantes países establecen algún tipo de restricción a los poderes legislativos, hay pocos países con reglas más extremas que la chilena (que en su mayor parte son países latinoamericanos y algunos asiáticos y africanos). El modelo de Estados Unidos, que también se organiza sobre la base de un sistema presidencial, por ejemplo, es lo opuesto al chileno. El Congreso estadounidense no tiene restricciones en términos presupuestarios y cuenta con amplias potestades en materia de gasto público. Por supuesto, cuenta con una Oficina de Presupuesto (*Congressional Budget Office*) súper especializada que ayuda al Congreso.

En relación con el presupuesto público, recibe la propuesta presidencial ocho meses antes del inicio del año fiscal respectivo y tiene todo el tiempo para discutir, aprobar o impugnar el presupuesto del Presidente. El retraso de la aprobación del presupuesto no significa que vale el proyecto del Presidente, como sucede en Chile, sino el Presidente tiene la facultad de “cerrar el gobierno” para presionar al Congreso a decidir. Esto le permite al Presidente negociar con el Congreso, pero nótese bien que el Congreso mantiene sus facultades en materia presupuestaria. En este sistema presidencialista no hay una regla ni siquiera cercana a la que existe en Chile en materia de gasto público y presupuesto público.

En el Reino Unido, si bien el modelo se parece al chileno en materia de aprobación del presupuesto, hay dos diferencias importantes que vale la pena destacar. En primer lugar, el parlamento tiene un amplio poder para controlar *ex-post* el gasto público que no tiene el Congreso chileno. La otra diferencia, por supuesto, es que el Reino Unido es un sistema parlamentario.

Los países presidencialistas, en general, no imponen restricciones en materia parlamentaria. Por ejemplo, en el caso de Francia que es un sistema semi-presidencialista, existen algunas limitaciones en cuanto a la iniciativa exclusiva de gasto público, pero no como las del sistema chileno en el que, por ejemplo, los parlamentarios ni siquiera pueden presentar proyectos de ley en estas materias. Como regla general, en los sistemas presidenciales comparados el Congreso puede presentar mociones legislativas que supongan gasto público y estas pueden avanzar en el proceso legislativo. Si bien en algunos casos esas mociones requieren del apoyo del Gobierno para convertirse en ley, el hecho de

Insumos/Constitucionales

que los parlamentarios puedan presentar el proyecto hace una diferencia importante porque abre la discusión pública y, dependiendo del grado de apoyo político que conciten a lo largo de la tramitación legislativa, puede terminar forzando/convenciendo al Gobierno de prestarle su apoyo.

En un sistema parlamentarista como el del Reino Unido la discusión legislativa opera esencialmente en base a las propuestas del gobierno, pero no debido a una restricción formal, sino que por la lógica del sistema: es el gobierno y su mayoría parlamentaria quienes determinan la agenda legislativa. Si una mayoría parlamentaria alcanzara un acuerdo opuesto al del gobierno, el gobierno se vería en peligro de caer. Entonces en un sistema parlamentario, la preeminencia del Gobierno en el presupuesto viene dada por añadidura como consecuencia de la operación misma del sistema. En un sistema presidencialista, en cambio, tanto el Presidente como el parlamento tienen un rol importante. Pero el sistema presidencial chileno no sigue esa característica general de los presidencialismos que buscan un equilibrio entre el poder del Presidente y el del parlamento. Las reglas constitucionales vigentes consagran un nivel tal de presidencialismo, que el Congreso carece de un poder de contrapeso frente al Presidente. Este modelo hiperpresidencialista sólo tiene paralelo en Latinoamérica.

Con esto termino: ¿son estas reglas constitucionales problemáticas en algunos aspectos? Yo diría que sí, que suponen pagar un precio más o menos alto. Estas reglas en alguna medida relegan la actividad del Congreso en la determinación y el diseño de las políticas públicas a un rol absolutamente trivial. Pero quizás lo más importante es notar que estas reglas se vuelven muy problemáticas si estamos frente a un Presidente débil que tiene minoría en el Congreso. Esto es algo que puede ocurrir cuando se mezcla un presidencialismo exagerado con un multipartidismo, como ocurre en el caso de Chile. Si bien la segunda vuelta presidencial le otorga legitimidad al cargo al permitir elegir a un Presidente con mayoría absoluta (a diferencia de la regla que existía bajo la Constitución de 1925), no resuelve el problema de los Presidentes con apoyo minoritario en el Congreso. Como se sabe, las reglas sobre la iniciativa exclusiva se han visto vulneradas en los últimos tiempos y creo que, en este momento, más que reprochar, hay que tratar de entender. Una explicación de esta vulneración está en cómo funcionan estas reglas en un sistema multipartidista y fragmentado en un presidencialismo extremo.

La regla sobre iniciativa exclusiva no es entonces una regla que no ha hecho ningún daño. ¿Son estas reglas sobre iniciativas exclusivas las únicas que permiten el orden o la estabilidad fiscal? Si miramos la experiencia comparada, no es adecuado asociar el orden fiscal con estas reglas. No es cierto que la estabilidad fiscal solo se logre con estas reglas, ya que la mayoría de los sistemas presidenciales (no latinoamericanos) tienen reglas que le dan relevancia al Congreso en esta materia, y no necesariamente son sistemas desordenados fiscalmente hablando. En este sentido, honrar el principio de legalidad del gasto público o el principio del financiamiento del gasto no significa que tengamos que darle la competencia exclusiva al Presidente, en desmedro del Congreso. Los objetivos que están detrás de esta regla, que no es sino orden y estabilidad fiscal, se pueden lograr bajo un

Insumos/Constitucionales

diseño de distribución de competencias menos desbalanceado. Como se ha visto en la experiencia comparada, es posible lograr dichos objetivos con diversos diseños institucionales. En el sistema presidencial, el orden fiscal se podría incluso lograr dando un poder de veto presidencial como el que tiene hoy el Presidente o dándole por ejemplo un poder como el que tiene el Presidente de los Estados Unidos para cerrar la administración pública. En esta línea, yo creo que en el proceso constituyente hay que tener la libertad para pensar en diversos diseños institucionales, que obviamente tengan como principio el orden fiscal, que es lo que está detrás de las reglas de la iniciativa exclusiva que tenemos hoy. Gracias.

Marzo 2021

¿Parlamentarismo o semi-presidencialismo?: Opciones al régimen presidencial chileno

IGNACIO WALKER

COMENTARIOS

ANA MARÍA GARCÍA

SEBASTIÁN SOTO

Transcripción del seminario “¿Parlamentarismo o semipresidencialismo?: Opciones al régimen presidencial chileno”, realizado el 14 de diciembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí: <https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/parlamentarismo-o-semi-presidencialismo-opciones-al-regimen>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

¿Parlamentarismo o semi-presidencialismo?: Opciones al régimen presidencial chileno

Mientras que Ignacio Walker defiende para el caso chileno un sistema de gobierno parlamentario como un *first best* y uno semi-presidencial como un *second best*, Sebastián Soto y Ana María García asumen la defensa del sistema presidencial.

Walker argumenta que tal vez haya llegado la hora de someter al presidencialismo chileno a un escrutinio crítico. A pesar de importantes momentos de estabilidad política, no se puede perder de vista el hecho de que en el siglo XIX el sistema presidencial devino en una guerra civil y el suicidio del Presidente Balmaceda, mientras que en el siglo XX concluyó en un quiebre democrático, un golpe de Estado y el suicidio del Presidente Allende. Lo cierto es que los sistemas de gobierno se prueban especialmente en momentos de crisis. El estallido social del 18/10 habría dejado de manifiesto las debilidades del sistema presidencial (fortalecido en la Constitución de 1980).

Lo que permanece como inalterable a lo largo de la historia de Chile es el multipartidismo y tanto la literatura como la experiencia comparada demuestran que éste conversa mejor con el parlamentarismo que con el presidencialismo. La gran proliferación de partidos (25 con existencia legal y 16 con representación parlamentaria) bajo el presidencialismo realmente existente, permanece como uno de los principales problemas a resolver. La experiencia comparada demuestra que el parlamentarismo tiene mejores herramientas que el presidencialismo a la hora de reducir el número de partidos efectivos.

¿Qué impide la adopción de un sistema parlamentario en Chile? El mito del presidencialismo (un mito fundacional), los prejuicios contra el parlamentarismo (se dice que ha fracasado en circunstancias que nunca se le ha intentado en la historia de Chile), lo fuertemente arraigada que se encuentra la elección directa del Presidente de la República y el grave desprestigio del Congreso y de los partidos aparecen como el principal obstáculo. En esas

Insumos/Constitucionales

circunstancias, la adopción de un sistema semi-presidencial puede aparecer como una alternativa digna de explorar.

Ana María García argumenta que la existencia de un sistema multipartidista juega más en contra que a favor de un sistema parlamentario o semi-presidencial (porque dificulta la formación de mayorías de gobierno), en un contexto de desprestigio del Congreso y de los partidos. Destaca, en el caso de Chile, lo muy arraigada de la tradición presidencial y, sobre todo, la asentada costumbre de la elección directa del Presidente de la República. Ana María García se inclina por una forma de gobierno presidencial atenuado o corregido.

Sebastián Soto, por su parte, comparte las críticas a una forma de gobierno parlamentaria o semi-presidencial y se manifiesta partidario de un “presidencialismo de coalición”. Entre las primeras destaca el riesgo de parálisis en la forma de gobernar, de inmovilismo (como en la cohabitación), el espíritu de fronda que tiende a primar en las formas parlamentarias (siempre hostil a la autoridad del Gobierno y del Presidente) y el problema de la inestabilidad en la capacidad de gobernar. Frente a esos problemas, el presidencialismo de coalición puede ser una mejor alternativa, en la medida que cuenta con una “caja de herramientas” para suplir las propias deficiencias de un sistema presidencial, propendiendo a coaliciones estables de gobierno.

[Lucas Sierra e Ignacio Walker](#)

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

¿Parlamentarismo o semi-presidencialismo?: Opciones al régimen presidencial chileno

IGNACIO WALKER

Abogado, ex parlamentario e investigador *senior* de CIEPLAN

El presidencialismo chileno está haciendo agua por los cuatro costados, señaló Enrique Barros en un seminario organizado por CEP-CIEPLAN (22 de septiembre de 2020) sobre sistemas de gobierno, en una perspectiva comparada. *El sistema presidencial está muerto* agregó la alcaldesa Evelyn Matthei en la presentación del libro “Aspectos económicos de la Constitución” de Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara (CEP, 9 de diciembre de 2020). Se trata de referencias a las dificultades que presenta una forma de gobierno presidencial para hacer frente a una situación de crisis como la provocada por el estallido social del 18/10 (Barros) y el estado de las relaciones entre ejecutivo y legislativo (Matthei).

En su famoso discurso de *Bayeaux*, el 16 de junio de 1946, en que exponía los principales lineamientos que doce años después (en medio de la crisis de Argelia) conducirían al establecimiento de las instituciones de la Quinta República (conocidas como “semi-presidencialismo” por una parte de la literatura), Charles de Gaulle observó que los griegos, en la antigüedad, solían preguntar a Solón, *¿Cuál es la mejor Constitución?*, a lo que el gran legislador replicaba, *Díganme primero para qué pueblo y en qué época*. El hecho es que no hay constituciones ideales, en abstracto, sino que estas deben ser concebidas y aplicadas en concreto, según la realidad histórica de cada país (Aristóteles llegó a estudiar más de 150 Constituciones en la antigua Grecia, siendo un precursor de los estudios constitucionales comparados). Eso vale también para la forma o sistema de gobierno en Chile y América Latina.

Al momento de definir un sistema de gobierno para Chile, deben tomarse en cuenta dos datos que surgen de nuestra historia republicana y democrática: un multipartidismo sólida y estructuralmente asentado desde mediados del siglo XIX, y el Congreso entendido como la principal arena de negociación y compromiso (aunque esto se ha debilitado tras la recuperación de la democracia, en 1990, bajo el presidencialismo reforzado de la Constitución de 1980).

Insumos/Constitucionales

¿Es posible plantearse siquiera la posibilidad de un tránsito desde el presidencialismo al parlamentarismo (o al semi-presidencialismo), en la realidad chilena, en medio de un proceso constituyente que aspira a una Nueva Constitución?

Es el tema que procuramos abordar en estas líneas.

El paso de una separación a una colaboración de poderes; de una independencia (el Presidente y el Congreso son elegidos directamente por sufragio universal) a una dependencia entre ejecutivo y legislativo (el gobierno es elegido por el Congreso); de un periodo fijo a uno más flexible de gobierno; de una concentración de poderes entre las funciones de jefe de Estado y de jefe de Gobierno en la persona del Presidente de la República a uno de separación de las funciones entre jefe de Estado (Presidente de la República) y jefe de Gobierno (Primer Ministro); de una forma traumática (y de crisis) de remoción del Presidente de la República (*impeachment*) —o de sus ministros, o de altas autoridades del Estado— a una no traumática (de continuidad institucional) de remoción y cambio del jefe de Gobierno (voto de censura constructivo), con la posibilidad de disolución del Congreso, todo ello acompañado de una formación de coaliciones después (y no antes) de las elecciones; en definitiva, de la rigidez propia del presidencialismo a la mayor flexibilidad que encontramos en una forma de gobierno parlamentaria (o semi-presidencial), tales son algunas de las diferencias entre presidencialismo y parlamentarismo, y algunas de las ventajas (me atrevo a sugerir) de este en relación a aquel.

Es el paso de las monarquías absolutas a las monarquías constitucionales lo que explica la emergencia de conceptos como “democracia parlamentaria” y “responsabilidad ministerial” (del gabinete hacia el Parlamento), entre otros típicamente asociados a una forma de gobierno parlamentaria. En los Estados Unidos (carentes de una figura monárquica) se adopta, excepcionalmente, una forma de gobierno presidencial, que será el modelo a seguir por las nacientes repúblicas latinoamericanas (aunque sin los potentes pesos y contrapesos que estuvieron presentes en el país del norte desde la adopción de la Constitución de Filadelfia en 1787). La elección directa de un Presidente de la República, por un periodo fijo, fue la expresión concreta de ese presidencialismo estadounidense y latinoamericano, ya sea bajo un Estado federal o unitario, centralizado o descentralizado, y bajo un sistema bipartidista o multipartidista, con los más variados sistemas electorales. Con el paso del tiempo, Chile adoptó y consolidó una forma republicana, representativa, presidencial, democrática, unitaria, multipartidista y de representación proporcional.

Mi aproximación al tema del sistema de gobierno no pretende ser teórica o abstracta, sino anclada en la realidad de Chile a través de su historia. Argumentaré que el parlamentarismo aparece como un *first best* en cuanto a la forma de gobierno que resulta deseable o conveniente para la realidad de Chile, y que el semi-presidencialismo aparece como un *second best* (en defecto de aquel y por las razones que señalaré más adelante).

Partamos por afirmar que no puede decirse del presidencialismo o del parlamentarismo que sean buenos o malos en sí mismos. No son las cualidades intrínsecas de una u otra forma de gobierno las que explican la estabilidad o inestabilidad política de los países, sino un conjunto de factores (económicos, sociales, políticos y culturales). Lo mismo puede decirse

Insumos/Constitucionales

del multipartidismo o del bipartidismo, de un sistema mayoritario (uninominal) o de representación proporcional. Lo importante es la forma en que se relacionan el sistema de gobierno con el sistema de partidos y el sistema electoral, y ello solo es posible de definir en relación a la realidad concreta de cada país.

Adicionalmente, muchas veces se ha abusado de un tipo de análisis deductivo y abstracto (de “tipo-ideal”), en detrimento de las realidades históricas concretas y de la evidencia empírica, de base inductiva y no solo deductiva. La reflexión contenida en estas páginas procura anclarse en la realidad histórica de Chile, teniendo en cuenta los aportes teóricos y de política comparada.

Es bien sabido que el presidencialismo recorre toda la historia constitucional de Chile desde hace dos siglos, incluyendo las Constituciones de 1828, 1833, 1925 y 1980. Sostenemos que, pese a sus evidentes virtudes y contribuciones a periodos de gran estabilidad política (típicamente los decenios portalianos de Prieto, Bulnes y Montt, en el siglo XIX, y el periodo de la democracia mesocrática que va de los años 30 a los 60), el presidencialismo chileno no ha sido sometido a escrutinio crítico. Nada se dice, por ejemplo, que el primer presidencialismo concluyó (ni siquiera estamos sugiriendo una relación directa de causalidad directa) en la cruenta Guerra Civil de 1891 (con el suicidio del Presidente Balmaceda) y que el segundo presidencialismo terminó en el quiebre democrático y el golpe de Estado de 1973 (y el suicidio del Presidente Allende).

Poco o nada se dice que a lo largo de los últimos 200 años hubo intentos por introducir lógicas más parlamentarias, aunque con disímiles resultados. Tal fue el caso del periodo que va de 1860 a 1920 como una aproximación crítica al presidencialismo de la época (los decenios portalianos, sobre la base de la Constitución de 1833), en favor de una creciente democratización y liberalización del régimen político de gobierno. Poco se dice que después de la llamada (y mal llamada) “república parlamentaria” (volveremos sobre ello) de 1891 a 1920, la constitución de 1925 y la reafirmación de la autoridad presidencial fue impuesta por un pequeño grupo de dirigentes principalmente vinculados al Presidente Arturo Alessandri, a un sector del liberalismo y a los militares (dirigidos por el general Mariano Navarrete). El Partido Conservador, el Partido Radical y el Partido Comunista, cual más cual menos, fueron contrarios al presidencialismo en ciernes, defendieron una forma de gobierno parlamentaria, y llamaron a la abstención (sobretudo los dos primeros).

Lo que nadie (o casi nadie) puede discutir es que la Constitución de 1925 y la forma presidencial que le era propia encontró una legitimidad sobreviviente durante el estado de compromiso mesocrático.

Aunque las relaciones de causalidad entre presidencialismo y quiebre democrático pueden ser exageradas (tal ese es el caso, típicamente, del clásico libro de Arturo Valenzuela sobre el quiebre democrático chileno), tampoco se puede desconocer que la existencia de una forma de gobierno parlamentaria o semi-presidencial podría haber facilitado una salida institucional a la crisis de 1972-1973. Y es que los sistemas de gobierno se prueban en momentos de crisis.

Insumos/Constitucionales

Las limitaciones del presidencialismo en relación al manejo de la crisis provocada por el estallido social del 18/10 y la perspectiva de una Nueva Constitución han vuelto a colocar el tema en la discusión (al menos en el nivel de los expertos).

Digamos, adicionalmente, que si hay algo que permanece como una constante en la historia política de Chile es la existencia de un sistema multipartidista. El sistema electoral ha tenido muchas variantes y modificaciones a través del tiempo, pero el multipartidismo ha permanecido como una constante.

El sistema multipartidista fue acompañado, especialmente desde la década de 1930, de un sistema electoral de representación proporcional. El sistema político chileno fue muy tardíamente participativo —de hecho, solo lo fue desde la reforma constitucional de 1970, de Eduardo Frei Montalva— pero muy tempranamente representativo. Allí radicó, principalmente, la base de legitimidad del sistema político chileno.

Ante la proliferación (y desprestigio) de los partidos (y de la política) en la década de 1950, con la arremetida de Carlos Ibáñez, y junto con medidas democratizadoras de enorme importancia como la cédula única (que puso fin al cohecho) y el establecimiento del sufragio obligatorio a comienzos de la década de 1960, se prohibieron los pactos electorales. Esa medida permitió una simplificación de la oferta partidaria llegando en la década de 1960 a un sistema de partidos “efectivos” constituido, principalmente, en torno al Partido Nacional (fusión de liberales y conservadores), Partido Demócrata Cristiano (constituida en la primera fuerza electoral desde 1963) y Partido Socialista y Comunista en la izquierda, junto con un Partido Radical que se dividió en dos, y otros partidos de menor entidad. El fin de los pactos electorales significó que los partidos grandes dejaron de subsidiar a los partidos chicos, todo lo cual redundó en una simplificación de la oferta partidaria.

Una forma de gobierno presidencial, un sistema multipartidista y un sistema electoral de representación proporcional fueron características centrales del sistema político chileno.

La combinación entre presidencialismo y multipartidismo ha sido ampliamente debatida en la literatura. La evidencia empírica, no obstante, no es concluyente (a pesar de los intentos de algunos autores de plantear este tema en términos de blanco o negro, ya sea a favor o en contra del presidencialismo o el parlamentarismo). Hay buenos argumentos (y evidencia empírica) en un sentido y en otro. En el caso de la historia más reciente de América Latina, bajo la “tercera ola” de democratización (Samuel Huntington), hay varios autores que han aludido a la existencia de un “presidencialismo de coalición” (lo que para sus detractores sería algo así como la cuadratura del círculo). En lo que a nosotros corresponde, procuramos escapar de cualquier determinismo o de explicaciones mono-causales para problema complejos.

Lo que permanece como una tendencia preocupante en la historia más reciente de América Latina es la excesiva proliferación de partidos políticos (al momento de escribir estas líneas hay 25 partidos inscritos legalmente en Chile, 16 de ellos con representación parlamentaria). América Latina pasó de una realidad bastante extendida de sistemas bipartidistas a la realidad de una excesiva proliferación y fraccionamiento de partidos políticos.

Insumos/Constitucionales

La realidad de una excesiva proliferación (y el consiguiente fraccionamiento) de partidos políticos permanece como uno de los grandes desafíos hacia el futuro. Sostengo que una forma de gobierno parlamentaria tiene más (y mejores) recursos que una presidencial a la hora de reducir el número de partidos efectivos. La existencia de un umbral (como el 5% que existe en el parlamentarismo alemán) es una de ellas, pero la más importante es que bajo una forma de gobierno parlamentaria las coaliciones de gobierno se forman después (y no antes) de una elección general. Los partidos se miden individualmente (no hay pactos *ex ante*) y solo una vez que se conoce el veredicto de la ciudadanía, expresado en el secreto de las urnas, se forman las coaliciones de gobierno sobre la base de un programa cuidadosa y detalladamente negociado.

Si tuviera que mencionar una sola característica que hace conveniente y deseable una forma de gobierno parlamentaria para el caso chileno (cuyo dato central es el multipartidismo), mencionaría el que las coaliciones de gobierno se forman después y no antes de las elecciones parlamentarias. Eso evitaría las enormes presiones, tensiones y tortuosas negociaciones vinculadas a una coalición de gobierno *ex ante*, las que terminan constituyéndose en un verdadero subsidio a las fuerzas políticas con escasa representación electoral (entre otros efectos perniciosos).

¿Es posible explorar una forma de gobierno parlamentaria en Chile? Me inclino por la respuesta afirmativa.

Sostengo que Chile, Uruguay y Costa Rica, por la fortaleza de sus partidos (especialmente en los dos primeros casos) y de una cultura política fuertemente arraigada, están en condiciones, tal vez como ningún otro país en América Latina, de dar un paso en tal sentido.

¿Qué impide en Chile una forma de gobierno parlamentaria?

Son cuatro los factores que se interponen en su camino: el mito del presidencialismo, el prejuicio contra el parlamentarismo, la posibilidad de “arrebatarle” a la ciudadanía la elección directa de Presidente de la República (“el resorte principal de la máquina”, al decir de Diego Portales) y el enorme desprestigio del Congreso y de los partidos en la hora actual.

Al margen de todo esencialismo, lo cierto es que el sistema político chileno está asentado sobre la base del mito del presidencialismo (se trata de un mito fundacional). La literatura imperante y hegemónica (principalmente de corte conservadora) es suficientemente conocida: los decenios portalianos y la Constitución de 1833, sobre la base de un ejecutivo fuerte (presidencialismo), pusieron fin a la “anarquía” de los ensayos o experimentos constitucionales de 1818-1830.

Lo que nadie puede negar es que el siglo XIX fue pródigo, en una perspectiva comparada (especialmente en América Latina), en estabilidad institucional. Ese no es un mito, fue una realidad (incluso cuando se le compara con Europa, la que se batía entre república y monarquía, guerras, revoluciones e inestabilidad política —baste con recordar que Francia ha tenido 5 repúblicas, 3 monarquías y 2 imperios desde la revolución francesa de 1789). Es posible sostener que esa estabilidad fue impulsada por el presidencialismo de la Constitución de 1833, pero no es posible desconocer que desde la segunda mitad del siglo

Insumos/Constitucionales

XIX esa hegemonía presidencialista es cuestionada desde diversos sectores que pujan por la liberalización y democratización del sistema.

El prejuicio contra el parlamentarismo tiene su explicación en la mirada crítica respecto de la llamada (y mal llamada) “república parlamentaria” (1891-1920). La época de la “paz veneciana” (una metáfora para referirse al predominio de una oligarquía que ignoró el surgimiento de la “cuestión social”) marcó el predominio de la “canalla dorada” sobre la “querida chusma” (en el lenguaje de Arturo Alessandri, gran impulsor, junto con un sector del liberalismo y con el apoyo de los militares, del renovado presidencialismo que se impuso en la Constitución de 1925).

De nada sirvió la postura del Partido Conservador, el Partido Radical y el Partido Comunista en favor de una forma de gobierno parlamentaria (los dos primeros llamaron a la abstención en el plebiscito de 1925).

Bástenos con recordar la frase (intencionada, por decir lo menos) con que se convocó a ese referéndum, por parte del Presidente Alessandri: *Los ciudadanos que prefieran las modificaciones que a continuación se indican, al proyecto cuya aplicación les pide el presidente de la República y que deseen mantener el régimen parlamentario con la facultad de la Cámara de Diputados para censurar y derribar gabinetes y aplazar el despacho y vigencia de las leyes de presupuestos y recursos del Estado, emitirán su sufragio por medio de la cédula de color azul* (los subrayados son míos). A pesar de lo sesgado (y lo grotesco, a decir verdad) de la pregunta que se sometió a referéndum, la abstención superó el 50% del cuerpo electoral.

Habría que decir, en todo caso, que el periodo que va desde 1891 a 1920 tiene cualquier cosa menos las características de una forma de gobierno parlamentaria. El Presidente de la República era elegido directamente (por el colegio electoral, como en los Estados Unidos hasta el día de hoy), por un período fijo, concentrando la calidad de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno en la persona del Presidente de la República, sin que este tuviera la capacidad para disolver el Congreso, es decir, tuvo todas las características de una forma de gobierno presidencial, como que la Constitución de 1833 nunca dejó de regir.

Lo que hubo en 1891-1920 fue un presidencialismo desvirtuado o régimen de asamblea caracterizado por la inestabilidad ministerial; aunque hay que decir también, en el lado positivo, que todos y cada uno de los presidentes asumieron y terminaron por el periodo señalado en la Constitución (la estabilidad política del periodo, caracterizada por una transferencia legal y ordenada del poder, ha sido suficientemente documentada por destacados historiadores como Julio Heise y René Millar). Lo cierto es que en ese periodo hubo cualquier cosa menos una forma de gobierno parlamentaria.

Si el mito fundacional de la república es el presidencialismo, el prejuicio contra el parlamentarismo —fuertemente arraigado en los manuales y ensayos de historia— hace todo más difícil para la instauración en Chile de una forma de gobierno parlamentaria. Se dice que el sistema parlamentario habría fracasado en circunstancias que nunca se le ha intentado en la historia de Chile.

Insumos/Constitucionales

Hay un tercer elemento que es la elección de los presidentes en forma directa. ¿Cómo convencer a la ciudadanía que, de aquí en adelante, ya no va a elegir al Presidente de la República por sufragio universal y que tanto el Jefe de Estado —a falta de monarquía constitucional— como el Jefe de Gobierno tendrán su origen en el Congreso?

El cuarto factor, que hace todo más difícil, es el gran desprestigio del Congreso y los parlamentarios (y de los partidos) en la hora actual, con niveles de aprobación que están por debajo del 5%. ¿Cómo plantear que en adelante será el propio Congreso el que elija al gobierno?

Sobre este último factor habría que hacer toda una pedagogía en el sentido exactamente inverso: demostrar que la única forma de mejorar los niveles de desempeño del Congreso (y de los partidos) es que tenga poder real. Queremos decirlo de la siguiente manera: el verdadero cambio político (casi una revolución cultural) en Chile tendrá lugar cuando se entienda que, quien quiera dedicarse a la política, tiene que postular al Congreso.

Muchas de las distorsiones que vemos a diario en lo que se refiere a la actividad parlamentaria (con niveles de aprobación en las encuestas cercanos a cero), en la realidad concreta de Chile, a treinta años de la recuperación de la democracia, tienen su raíz en las pocas o nulas facultades reales que tiene este poder del Estado, al interior de un presidencialismo reforzado como el de la Constitución de 1980. El recurso a las acusaciones constitucionales (nueve en lo que va corrido del gobierno del Presidente Piñera), la dificultad de disciplinar a los partidos y los parlamentarios, la creciente distancia entre ejecutivo y legislativo (al interior de un sistema de gobierno marcado por una estricta separación —más que una colaboración— de poderes), el paulatino pero persistente alejamiento de senadores y diputados oficialistas respecto de su propio gobierno (como los 18 diputados de la UDI y RN que votaron con la oposición la reforma constitucional sobre retiro anticipado del 10% de los fondos previsionales y los 48 diputados de ambos partidos que votaron a favor del segundo retiro), las tortuosas negociaciones antes (y no después, como ocurre bajo un sistema parlamentario) de las elecciones generales entre las directivas de los partidos, la excesiva proliferación y fraccionamiento de estos últimos, entre tantos otros ejemplos que podríamos citar, tienen mucha relación con las características de una forma de gobierno presidencial, bajo un sistema multipartidista y de representación proporcional, como el que existe en Chile.

Lo cierto es que el muy acentuado desprestigio de la actividad parlamentaria, en la hora actual, hace todo más difícil en términos de poder instalar una forma de gobierno parlamentaria.

Es aquí y tomando en cuenta los cuatro factores ya mencionados (identificamos al menos cuatro, pueden ser más), que aparece la opción del semi-presidencialismo como un *second best* en la búsqueda de alternativas al presidencialismo.

Esta se caracteriza, principalmente, por la separación de funciones entre Jefe de Estado (Presidente de la República, elegido directamente por sufragio universal) y Jefe de Gobierno (designado por el Presidente y responsable ante el Congreso). El ejemplo clásico (y el más estudiado en Chile) es el de Francia, aunque también se mencionan experiencias como las

Insumos/Constitucionales

de Austria, Portugal, Finlandia, Islandia e Irlanda (hay autores como Arend Lijphart y Giovanni Sartori, sin embargo, que consideran que la mayoría de esos casos son mas bien parlamentarios). Tiene la ventaja de que se evita la concentración de todo el poder en la persona del Presidente de la República (como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y líder de la coalición gobernante) y se permite la elección directa del Presidente (elemento que está presente en la historia política chilena y que no sería fácil remover).

Esa forma de gobierno permite que exista un “fusible” en los momentos de crisis (el Primer Ministro) y que exista una mayor flexibilidad en la articulación de las mayorías y minorías representadas en el gobierno y en el Congreso. El Presidente es el símbolo de la unidad de la nación, tiene un rol de arbitraje, está a cargo de la política exterior y de la política de defensa (en el caso chileno, habría que poner un especial énfasis en la continuidad y profesionalización —evitando su politización— de la administración del Estado, reduciendo al máximo los cargos de confianza política). Cualquiera sea la innovación que la Nueva Constitución pudiere llegar a introducir en términos de la forma de gobierno, ella debiera ser capaz de sentar las bases de la aspiración tan largamente acariciada de poder contar con un *civil service* (los ejemplos a seguir parecieran ser los de Nueva Zelanda, Canadá o el Reino Unido; en general, los países de la *Commonwealth*, todos ellos parlamentarios).

Ante los peligros provenientes de un “ejecutivo dual” (representado por un jefe de Estado y un jefe de Gobierno, que es de los temas más estudiados y controvertidos en la literatura), la viabilidad de esta forma de gobierno depende, principalmente, de una clara delimitación entre las funciones y atribuciones del Jefe de Estado (Presidente de la República) y el Jefe de Gobierno (Primer Ministro), y de un claro sistema de resolución de conflictos entre ambos poderes (en el caso de Francia el Consejo de Estado tiene un rol importante a este respecto).

El sistema semi-presidencial es perfectamente compatible con un sistema unicameral o bicameral (como en Francia y en Chile), con un sistema electoral uninominal (como en Francia, con doble vuelta) o de representación proporcional (como en la mayoría de los otros sistemas semi-presidenciales europeos), y con una forma unitaria o federal de organización del Estado.

Tal vez ha llegado la hora de someter al presidencialismo chileno a un escrutinio crítico que nunca ha existido. Tampoco se trata de demonizarlo (ya hemos destacado los notables momentos de estabilidad política que existieron a lo largo de nuestra historia, tanto en el siglo XIX como en el siglo XX). Si la combinación entre presidencialismo y multipartidismo no es pacífica, entonces una forma semi-presidencial (para el caso que no existiere un acuerdo sobre una forma parlamentaria) puede constituirse en una alternativa interesante. Al momento de articular las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, y las mayorías y minorías representadas en uno y otro, el semi-presidencialismo (y con mayor razón el parlamentarismo) parecieran contar con la flexibilidad de la que carece una forma (rígida) presidencial.

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL /

La democracia de los consensos básicos (o democracia de los acuerdos) fue uno de los conceptos claves al momento de explicar el éxito de la transición chilena (esta idea la desarrollo *in extenso* en mi libro de reciente publicación, “Pasión por lo Posible (Aylwin, la transición y la Concertación)”, Ediciones UDP, 2020). Lo que quiero decir es que el sistema o forma de gobierno no puede verse al margen del régimen político democrático que se postula como conveniente o deseable.

La literatura sobre la materia es abundante (ya dije que este no es un trabajo académico, pero un par de referencias no harán daño). Por ahora, tal vez convenga tener en cuenta la distinción de Lijphart entre “democracias mayoritarias”, típicamente asociadas a los sistemas presidenciales (de acuerdo a la definición del autor) y “democracias consensuales”, de tipo consociativas, típicamente asociadas a los sistemas parlamentarios. Lijphart concuerda con Juan Linz en que la flexibilidad de las formas parlamentarias ha de preferirse a la rigidez de los sistemas presidenciales; agrega que, respecto de estos últimos, su inclinación natural es hacia “democracias mayoritarias”, en circunstancias que, bajo ciertos aspectos, en sociedades más divididas (por clivajes étnicos, religiosos, geográficos o políticos) debe propenderse al consenso más que a la regla de la mayoría (y que aquel es más fácil encontrarlo en un sistema parlamentario que en uno de tipo presidencial).

En las palabras de Philippe Schmitter, en esos casos (de sociedades divididas) debe preferirse una democracia más “defensiva” (democracia consensual) que “agresiva” (democracia mayoritaria). El presidencialismo, afirma Lijphart, tiene una fuerte tendencia hacia la democracia mayoritaria y es contrario a los pactos y compromisos consociativos, especialmente en periodo de crisis (¿habrá que insistir en la crisis que vive la política chilena desde el estallido social del 18/10 e incluso antes?). Adicionalmente, según el mismo autor, el carácter colegiado de los ejecutivos propios de un sistema parlamentario presenta evidentes ventajas respecto del gobierno de una sola persona (que es propio de un sistema presidencial).

A lo anterior tal vez convenga agregar que, bajo una forma de gobierno parlamentaria, existe una mayor propensión coalicional (en el juego de mayorías y minorías, y de gobierno y de oposición), con la ventaja adicional de que las coaliciones de gobierno se forman después (y no antes) de las elecciones generales (no nos cansaremos de decirlo). Por el contrario, las coaliciones bajo sistemas presidenciales y multipartidistas se forman *ex ante*, con ignorancia de cuales van a ser los resultados electorales, debiendo suscribir pactos electorales en las mismas condiciones anteriores, dando lugar a tortuosas negociaciones en que los partidos grandes terminan por subsidiar a los partidos chicos, resultando en una excesiva proliferación o fraccionamiento de los partidos, todo lo cual tiende a estresar excesivamente al sistema político en su conjunto.

Bajo una forma de gobierno parlamentaria tiende a primar una lógica de cooperación (y no solo de competencia), precisamente por su mayor propensión coalicional, mientras que

Insumos/Constitucionales

bajo una forma presidencial tiende a primar una lógica de “suma cero” (*winner-takes-all*), con una cierta propensión (típicamente en el caso de América Latina) plebiscitaria, muchas veces acompañada del surgimiento de líderes del tipo *outsiders*, mientras que bajo una forma de gobierno parlamentaria prevalecen los liderazgos institucionales (en torno a los partidos, en sede parlamentaria).

Adicionalmente, la suerte de los partidos y de los parlamentarios, bajo un sistema parlamentario, está íntimamente atada a la suerte del gobierno (que se forma desde una mayoría parlamentaria), mientras que el presidencialismo está plagado de desertores potenciales (entre los partidos y parlamentarios), en la medida que el ejecutivo y el legislativo son independientes entre sí, bajo el principio de doble legitimidad.

Los gobiernos de la Concertación, bajo una forma de gobierno presidencial, fueron una excepción a la regla, principalmente por dos razones: por el disciplinamiento que produjeron en los actores políticos de la coalición gobernante las tensiones y desafíos de la transición y la consolidación democrática (lo que llevaba a cerrar filas entre gobierno, partidos y parlamentarios de la coalición) y porque la Concertación fue concebida, desde sus inicios (y este es un rasgo notable, en una perspectiva comparada) como una alianza estratégica, apuntando al mediano y largo plazo, tras el doble objetivo de la democracia y el desarrollo (las “dos transiciones” de las que habla Alejandro Foxley). Cada uno de los cuatro gobiernos de la Concertación entendía que había un objetivo mayor y un interés superior que los trascendía y disciplinaba en la medida que las *chances* del sucesor (Frei, Lagos y Bachelet) dependían de la disciplina (y la proyección) de la coalición gobernante.

En la historia más reciente de Chile (especialmente de la última década), queda en evidencia la menor propensión coalicional del presidencialismo en relación al parlamentarismo, la debilidad estructural de aquel frente al multipartidismo realmente existente, la enorme dispersión y fraccionamiento de los partidos (sumado al enorme descrédito de estos y del Congreso), la creciente disociación entre el ejecutivo y el legislativo, la aparición de una política concebida como juego de “suma cero” en relación a la lógica de cooperación que imperó en la transición y la consolidación (por sus especialísimas características) y que suele encontrarse bajo un sistema parlamentario.

El paso desde una (rígida) separación de poderes, con un Ejecutivo monista (la doble calidad de jefe de Estado y jefe de Gobierno reside en la persona del Presidente de la República) y de una independencia recíproca entre el ejecutivo y el legislativo, a una separación flexible o de colaboración de poderes, con un Ejecutivo dualista (que distingue entre las funciones del jefe de Estado y el jefe de Gobierno) y una dependencia recíproca entre ejecutivo y legislativo, pareciera del todo conveniente frente a un multipartidismo como el que existe (y ha existido siempre) en Chile.

Una adecuada relación entre parlamentarismo, multipartidismo (moderado) y representación proporcional (corregida) debiera ser capaz de introducir mecanismos que permitan hacer frente a la extendida realidad de dispersión o fraccionamiento partidario, reduciendo significativamente el número de partidos efectivos, haciendo corresponsables al ejecutivo y el legislativo de la marcha política del país.

Insumos/Constitucionales

Es cierto que bajo un sistema presidencial pueden introducirse algunos mecanismos para hacer frente a la excesiva proliferación y fraccionamiento de los partidos (como existe, hoy por hoy, en Chile y en América Latina). La prohibición de los pactos electorales de fines de la década de 1950 es uno de ellos. Un cierto umbral (en términos de representación parlamentaria) pudiera ser otro (el Tribunal Constitucional alemán ha representado que el umbral del 5% puede ser excesivo; en el caso de Chile pudiera ser de un 3 o 4%). Permanecen, sin embargo, las tensiones que hemos mencionado entre presidencialismo y multipartidismo.

Finalmente, no puede ignorarse que, en los últimos 70 años y desde fines de la Segunda Guerra Mundial, mientras Europa (casi enteramente parlamentaria) es una de las regiones de mayor estabilidad política en el mundo, América Latina (enteramente presidencial) permanece como una de las regiones más inestables del mundo. Al margen de todo determinismo, tal vez haya llegado el momento de innovar en Chile en torno a la relación entre forma de gobierno, sistema de partidos y sistema electoral, desde la doble perspectiva de la representación y la gobernabilidad.

COMENTARIOS

ANA MARÍA GARCÍA

Abogada y profesora titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Chile, y Presidenta de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional

Muchas gracias por la invitación, estoy muy contenta de comentar esta brillante exposición de Ignacio, y que la ha hecho con tal énfasis que casi me tiene convencida. Me gusta mucho también que haya basado sus reflexiones en la realidad empírica, porque evidentemente la mejor forma de Gobierno no existe en abstracto. Ya lo decían los filósofos griegos en la antigua Grecia, en Atenas ¿no? cada Estado tiene que buscar su mejor forma de Gobierno, de acuerdo a sus características, su historia, su población, su territorio.

Ahora, en tiempos de crisis y de inestabilidad como la que vivimos, siempre las miradas se vuelven a la forma de Gobierno. Se culpa a la forma de Gobierno, se la quiere mejorar, cambiar o eventualmente sustituir. Así fue claramente en la Constitución de 1925, cuyo plebiscito de aprobación contemplaba también la posibilidad de la figura parlamentaria.⁴ La figura parlamentaria ha estado rondando en nuestro sistema y surge cada tanto.

La crisis de la Cuarta República Francesa, que pasó de un Gobierno Parlamentario al Gobierno Semi Presidencial, creado por ellos –con bastante éxito– ha sido imitado también por otros países del mundo. Es bien interesante porque precisamente tiene esa figura del Jefe de Estado elegido por la población, lo cual se aviene con nuestra idiosincrasia y con nuestra costumbre. Entonces, creo que este esfuerzo que se ha destacado y que me ha gustado mucho, el de tomar en cuenta la realidad empírica, es importante, porque somos una democracia republicana, sin duda, pero con un Gobierno claramente presidencial multipartidista, que es un dato de que así es nuestra sociedad, es polarizada, y con un sistema electoral que ha transitado de una forma uninominal a un sistema proporcional o proporcional corregido, pero que, de igual forma, el multipartidismo ha permanecido.

Ahora, en el análisis de los factores que ha señalado Ignacio, ya sea para un Gobierno Parlamentario o Presidencial, yo quisiera recoger dos de los cuatro factores que él ha señalado tan claramente. Son factores que de alguna manera dificultan establecer un sistema parlamentario.

⁴ El Decreto Ley N° 462 de 1925 dispuso en su artículo 2 que *Los sufragios se emitirán por medio de cédulas de color rojo, azul o blanco. La cédula roja significa que el elector que la emite acepta y aprueba sin modificación y en todas sus partes el proyecto presentado por el Presidente de la República. La cédula azul significa que se acepta ese proyecto, modificado en el sentido de que se mantiene el régimen parlamentario, con la facultad de la Cámara de Diputados para censurar y derribar Gabinetes y de aplazar el despacho y vijencia de las leyes de presupuestos y recursos del Estado. La cédula blanca importa el rechazo absoluto de todo proyecto o fórmula constitucional, indicándose así la voluntad del sufragante en orden a recurrir a otros medios para restablecer la normalidad institucional (...).*

Insumos/Constitucionales

Voy a referirme en primer lugar al desprestigio del Congreso y de los partidos políticos, que es un hecho actual y que inhibe dar más poder al Congreso, como sería en el marco de un Gobierno Parlamentario. Y el otro punto que me gustaría tratar es la tradición presidencial y, sobre todo, la arraigada costumbre en Chile de la elección directa del Presidente de la República.

Bueno, en relación con el desprestigio del Congreso y de los partidos políticos, eso es un hecho que no podemos desconocer. Lo estamos viendo, lo hemos observado en las encuestas. En los últimos años el punto más crítico fue un tres por ciento de aprobación por la ciudadanía. Sin embargo, este descrédito corresponde a una situación coyuntural no sólo propia de nuestro país, sino que existente a nivel global, especialmente a nivel latinoamericano. Por eso yo quisiera que, al momento de establecer una forma de Gobierno determinada, se recordara la importancia que tienen los Congresos como órganos representativos de la voluntad popular y la importancia de los partidos políticos como instituciones que cumplen un papel insustituible en una democracia.

Si revisamos nuestra historia, veremos que los partidos han cumplido a lo largo del siglo XX un importante papel y, más aún, a fines de la década de los años 80', en la recuperación de la democracia, donde los partidos políticos fueron fundamentales.

Y qué decir ahora, hace 13 meses atrás, el 15 de noviembre de 2019, el Congreso Nacional y los partidos políticos, en medio de un clima de violencia y de desesperanza, estuvieron a la altura de su función deliberativa y se logró el "Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución", que precisamente permitió lo que estamos viviendo ahora, en este tránsito, en la ruta institucional de este momento.

Y, además, hay que pensar que cuando las instituciones se enferman o se debilitan, deben buscarse mecanismos jurídicos para mejorarlas, y en relación con el Congreso yo creo que hay que recordar la reforma que tuvo lugar en julio de 2020, cuando se dictó la Ley N°21.238 para limitar la reelección indefinida de parlamentarios, reduciéndola a dos periodos para los senadores y tres para los diputados. Si bien esta es una medida poco usada en el derecho comparado, incluso a veces criticada, porque impide y se pierde de alguna manera la experiencia acumulada por parlamentarios y parlamentarias destacadas. Creo que actualmente es una medida útil para facilitar la renovación de los parlamentarios y las parlamentarias, y el acceso de nuevos y nuevas líderes, especialmente considerando el desprestigio en que se encuentra el Congreso en este momento. Por tanto, yo creo que, al pensar en una nueva forma de Gobierno, hay que tener presente que deben encontrarse mecanismos jurídicos para fortalecer la actividad del Congreso.

El segundo factor que ha mencionado Ignacio y que quisiera destacar, es uno bastante obvio, que es el de nuestra tradición presidencial y la elección directa del Presidente de la República por la ciudadanía. De eso no hay duda alguna.

La Constitución de 1833, que señalaba la fórmula de que al Presidente de la República se le confería la calidad de Jefe Supremo de la Nación, fue altamente criticado por comentaristas

Insumos/Constitucionales

como José Victorino Lastarria y Manuel Carrasco Albano⁵, considerando que era una posición arbitrariamente superior a los otros poderes. Sin embargo, la misma fórmula de un ciudadano con el título de Presidente de la República que administra el Estado y es el Jefe Supremo de la Nación, se repitió bajo la Constitución de 1925.⁶

Por su parte, Jorge Huneuss decía que el Presidente era verdaderamente un monarca sin corona.⁷ Y respecto a la Constitución del 1925, que también estableció un Gobierno claramente presidencial y muy fuerte, se dice que llevó al jurista austríaco Hans Kelsen a declarar, en 1926, que el Presidente de Chile tiene más atribuciones que el Presidente de los Estados Unidos de América.

Bueno, efectivamente es así. Porque nuestro gobierno se ha apartado bastante del sistema tradicional presidencial. Se aumentaron las atribuciones exclusivas del Presidente en materia de gastos; primero se estableció la iniciativa y luego la iniciativa exclusiva mediante las reformas constitucionales de los años 1943 y 1970. Se constitucionalizaron los Decretos con Fuerza de Ley y, en fin, para qué vamos a decir como se ha vigorizado el poder del Presidente de la República en la Constitución del 80' —no me voy a referir a ello porque lo sabemos todos— sabemos que hay atribuciones colegisladoras fuertes y la iniciativa exclusiva en una cantidad enorme de materias; no solo en materia de gastos, sino también en la designación de autoridades de manera unilateral, no siempre con participación de otras autoridades; además de la potestad reglamentaria autónoma, en fin.

Ahora, el Gobierno Presidencial chileno se apartó del Gobierno histórico original de la Constitución de Filadelfia de 1787. En Estados Unidos, el Presidente necesita el acuerdo del Senado para nombrar a sus Ministros de Estado, no sólo a los embajadores y a los jueces, sino también a sus Ministros. Carece de iniciativa legislativa. Carece de facultades para dictar Decretos con Fuerza de Ley. Ahora, es cierto que con el tiempo esta separación estricta se ha ido atenuando por las vías de hecho, pero originalmente el sistema era así y, para nosotros, de alguna manera se ha ido desvirtuando y concentrando el poder exageradamente, y con grave perjuicio, en la figura del Presidente de la República.

Ahora, ¿cuál podría ser una nueva forma de Gobierno para Chile? Ignacio ha señalado las ventajas y desventajas del parlamentarismo frente al presidencialismo, y de ahí se pueden colegir ventajas del presidencialismo: da mayor estabilidad, concentra en una figura toda la conducción del Estado, hay mayor rapidez y coherencia en las decisiones. Pero

⁵ La obra de Manuel Carrasco Albano *Comentarios sobre la Constitución Política de 1833* fue reeditada en edición facsimilar por el Tribunal Constitucional de Chile en la *Colección Obras de Derecho Público*, Volumen I (2016).

⁶ El artículo 59 de la Constitución de 1833 disponía que *Un ciudadano con el título de Presidente de la República de Chile administra el Estado, y es el Jefe Supremo de la Nación*. Idéntica redacción contempló el artículo 60 de la Constitución de 1925.

⁷ Jorge Huneuss Zegers fue profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo y Rector de la Universidad de Chile (1883-1887). Su obra *La Constitución ante el Congreso* fue reeditada en edición facsimilar por el Tribunal Constitucional de Chile en la *Colección Obras de Derecho Público*, Volumen II y III (2016).

Insumos/Constitucionales

evidentemente también el multipartidismo rigidiza el sistema en un Gobierno Presidencial; pero yo creo que lo rigidiza igual en un Gobierno Parlamentario, no creo que vaya a ser una solución.

¿Por qué no postulo por una forma de Gobierno Parlamentario? Yo diría que por dos razones:

En primer lugar, por el multipartidismo. La verdad es que el multipartidismo ha sido una constante en Chile, está marcado a fuego, como dice Ignacio. El multipartidismo es propio de nuestro sistema, cualquiera sea el sistema electoral que adoptemos, es un dato de nuestra sociedad. Y el multipartidismo, si es de alguna manera inconveniente para un Gobierno Presidencial, lo es mucho más para un Gobierno Parlamentario, porque dificulta la formación de mayorías, y la formación de mayorías es indispensable para que funcione el sistema parlamentario. Fíjense ustedes que países europeos con gran estabilidad, sin duda económica, y que tienen un Gobierno Parlamentario, pero que a veces, como en Holanda, en Bélgica, incluso en España, en Italia, han pasado meses hasta alcanzar mayorías para conformar un gabinete. La fragmentación política es un factor altamente negativo y esa sería una situación inviable para un país como Chile esperar meses para poder formar mayorías.

En segundo lugar, también por lo que se ha dicho acá, la elección directa de Presidente de la República por sufragio universal es una tradición muy arraigada, difícil de reemplazar. Sería altamente impopular reemplazar la elección directa de Presidente por una generación indirecta surgida del Congreso. A lo más, creo que eso podría inclinarme más hacia un Gobierno Semi Presidencial por la razón de que, siendo un Ejecutivo dual, el Presidente puede ser elegido por la ciudadanía en una elección directa.

Pero yo me inclino más por una forma de Gobierno Presidencial atenuado o corregido. Creo en esa forma de Gobierno, en que se fortalezca el equilibrio entre el Ejecutivo y Legislativo —que hoy no existe—, aquella forma de Gobierno en que opere una reducción de las atribuciones presidenciales y un aumento de la injerencia, participación y atribuciones de las Cámaras del Congreso. Por ejemplo, veamos, hoy la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de gastos es indispensable, ha dado un buen resultado. Se estableció en el año 1970, que ya venía de la reforma constitucional de 1943, pero exclusiva de gastos es a partir de la reforma de 1970, y ha dado buenos resultados. Pero el resto de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, por ejemplo en materia laboral, en negociación colectiva, yo haría un examen, una cirugía, y se las restaría al Presidente de la República.

Otra medida, por ejemplo, es incorporar el acuerdo del Senado para nombramientos destinados a proveer todos los cargos que no sean de exclusiva confianza del Presidente e incluso algunos de su confianza como son hoy día los Ministros, Diplomáticos y los representantes de organismos internacionales. La cantidad de funcionarios que nombra el Presidente, incluso sin la intervención de otra autoridad, es muy grande. Hay que incorporar al Senado en nombramientos que corresponden al Presidente de la República.

Otra medida interesante es crear el cargo de Ministro Coordinador, con acuerdo del Senado, con atribuciones precisas para ejercer una función prioritaria dentro del Gabinete, y que

Insumos/Constitucionales

podría recibir el nombre de Jefe de Gabinete. Creo que sería un órgano articulador importante entre el Ejecutivo y Legislativo.⁸

Además, aumentar las atribuciones del Congreso en materia de tratados internacionales que hoy se encuentran enormemente reducidas, a pesar de que se intentó reformar en el año 2005.

Y, luego, dos últimas medidas que considero bastante importantes.

En primer lugar, equilibrar la participación del Congreso mediante la reducción de los quórumos supramayoritarios de las leyes, manteniendo solo la mayoría absoluta para algunas materias; pero el resto eliminarlos, porque eso facilitaría una mayor fluidez en la gestión legislativa que se ha visto entorpecida por estos quórumos. Mayoría absoluta para algunas materias, nada más.

Y, finalmente, y muy importante, es señalar que estamos en un tremendo déficit en materia de participación. Se deben incorporar mecanismos participativos de democracia semi directa. Como medida general es conveniente complementar la representación política con mecanismos participativos de la ciudadanía: plebiscitos, referéndum, iniciativa de ley, iniciativa legislativa en virtud de la cual, con un porcentaje de, por ejemplo, cinco por ciento como en otros países, para mover al Congreso, para llevarlo a legislar sobre una determinada materia, sería interesante. Ese ha sido un gran déficit en nuestro sistema de Gobierno; estos mecanismos se han introducido prácticamente en todas las constituciones después de la Segunda Guerra Mundial, tanto en Latinoamérica como en Europa. Creo seriamente que un mecanismo así puede contribuir a transitar desde una democracia que es meramente representativa a una participativa.

Muchas gracias.

⁸ El proyecto de reforma constitucional iniciado en mensaje de la ex Presidenta de la República, M. Bachelet incluye la figura de un Ministro Coordinador con la denominación de Jefe de Gabinete. (Boletín N° 11.617-07, artículo 32).

SEBASTIÁN SOTO

Abogado y profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile

Muchas gracias, Lucas. Quiero partir agradeciendo al Centro de Estudios Públicos y a CIEPLAN por esta invitación a compartir algunas ideas a propósito del régimen de Gobierno. Ante todo, debo felicitar a Ignacio Walker por el documento que escribió. Es un texto tremendamente estimulante, muy profundo y que, como bien dijo Ana María, nace desde la experiencia y desde la mirada más aplicada. Por eso es ponderado y es capaz de reconocer los méritos del sistema presidencial abriéndose a un cambio que no olvida que en todo esto hay riesgos e incertidumbres. Estoy seguro que, sin duda, será un aporte a la discusión que viene.

Ignacio ya nos ha dejado ver que es un convencido parlamentarista y un resignado semi-presidencialista. Aboga por un régimen parlamentario, pero con la resignación que impone la realidad, se da cuenta que en Chile el camino posible de recorrer es inicialmente hacia un semi-presidencialismo para, eventualmente, ir transitando luego a un parlamentarismo.

Frente a estas propuestas e ideas que ha planteado Ignacio, quisiera exponer por qué yo creo que el presidencialismo debe modificarse, pero no abandonarse. Debemos reformar el presidencialismo para promover mayor lealtad del oficialismo con su Gobierno y crear mecanismos de cooperación con la oposición. Dicho de otra forma, debemos pensar reformas para atraer al oficialismo más fácilmente hacia La Moneda y generar fórmulas en que la oposición vea que hay ganancia en colaborar. Pero también quiero, con mucha fuerza, sostener que, a mi juicio, estas reformas deben hacerse dentro del régimen presidencial.

Creo, al igual que Ana María, que no debemos cambiar nuestro régimen de Gobierno hacia un semi-presidencialismo. ¿Por qué? Por las razones que voy a mencionar, que en definitiva se resumen, a mi juicio, en que el semi-presidencialismo debilita el poder del Gobierno y creo que eso es una fatalidad.

Creo también, pero no me voy a detener en esto, que hay una serie de otros temas vinculados con el régimen de Gobierno vinculados con la política, con el ejercicio del poder, que debemos abordar. Pero yo no voy a detenerme hoy en ellos. Por ejemplo, la cultura política y la contención institucional: es necesario reflexionar por qué la cultura política actual es tan distinta a la que conocimos en las últimas décadas. ¿Será efecto únicamente del nuevo sistema electoral o habrá algo más? Definitivamente no hay regla constitucional que pueda soportar una cultura política como la que tenemos hoy en la que hay una excesiva polarización y escasa contención institucional.

En segundo lugar, un elemento relevante que ya ha sido identificado tanto por Ignacio como por Ana María, es el multipartidismo exacerbado que tenemos. Ya destacaba esto el sábado

Insumos/Constitucionales

recién pasado Genaro Arriagada en una columna en El Líbero⁹ y ayer dijo algo también al respecto José Pablo Arellano en una entrevista en El Mercurio.¹⁰ El multipartidismo exacerbado es un tema muy complejo que no debemos dejar de atender al momento de discutir el sistema electoral. En cualquier caso, si bien se vincula en parte con el régimen de Gobierno, de todas formas nos permite analizar el asunto del régimen de Gobierno con autonomía.

Dicho eso, quiero plantear cuáles son a mi juicio los problemas más evidentes de un régimen semi-presidencial que me llevan a proponer reformas al régimen de gobierno, pero siempre bajo el sello del presidencialismo.

En mi opinión hay, al menos, tres problemas.

El primero es el que podemos llamar el “problema de la parálisis”. George Carey recomendaba en el Centro de Estudios Públicos, a inicios de los 80’, leer “El Federalista” cuando uno quiere escribir constituciones¹¹. Sigamos su consejo y revisemos qué nos dice Hamilton en El Federalista 70. Dice que *los ingredientes de la fortaleza del ejecutivo son: unidad, duración, recursos adecuados y poderes suficientes*. Pues bien, yo creo que el semi-presidencialismo daña severamente dos de estos ingredientes, que son la unidad y eso de los poderes suficientes. El semi-presidencialismo lleva, a mi juicio, el conflicto al interior de La Moneda, al instalar ahí a dos autoridades con vocación de poder político —el Jefe de Gobierno y el Jefe de Estado— que sin duda van a terminar conflictuando, colisionando. Esto es el “ejecutivo dual” que es propio del semi-presidencialismo.

Esta división al interior del ejecutivo terminará en parálisis; generará inmovilismo y esto no lo digo solamente yo. Hace algunos meses en ese seminario que hacía referencia Ignacio, en el que expuso Jean-Louis Hérin, que es un académico y un testigo del semipresidencialismo francés; él decía lo siguiente y lo cito: *Nosotros tenemos dos representantes de la nación: el Presidente de la República y el Parlamento, con la posibilidad de dos mayorías opuestas, la presidencial y la parlamentaria*; y luego agrega: *la cohabitación es también fuente de confusiones y puede serlo de inmovilismo. De ahí*

⁹ En tal columna decía: *Chile tiene una enfermedad que es una cifra tan alta de partidos que se hace casi imposible que la democracia pueda funcionar eficazmente*. ARRIAGADA, Genaro, *Cuando el sistema político no funciona* (El Líbero, 12 de diciembre de 2020). Disponible en <https://ellibero.cl/opinion/genaro-arriagada-cuando-el-sistema-politico-no-funciona/>

¹⁰ José Pablo Arellano sostuvo: *Me parece que las crecientes dificultades de los últimos años para construir acuerdos obedecen al sistema electoral y a la fragmentación y debilitamiento de los partidos, más que al régimen presidencial*. Entrevista disponible en: <https://www.cieplan.org/jose-pablo-arellano-para-el-mercurio-las-crecientes-dificultades-para-construir-acuerdos-obedecen-al-sistema-electoral-y-a-la-fragmentacion-y-debilitamiento-de-los-partidos-mas-que-al-regimen-presi/>

¹¹ Véase CAREY, George, *La Sabiduría del Federalista* en *Estudios Públicos*. 13 (1984).

Insumos/Constitucionales

*entonces la voluntad de la clase política de evitar el riesgo de una nueva cohabitación.*¹² En un sistema multipartidista como el nuestro, alguna especie de cohabitación sería la tónica y, por lo tanto, tendríamos un constante riesgo de inmovilismo.

La convivencia de dos vocaciones políticas al interior de La Moneda es fuente de inmovilismo y a mí me parece que ese es un problema. El Estado tiene que estar en constante movimiento. Es verdad, hay que decirlo, que para el constitucionalismo la colisión de intereses no es necesariamente un problema. Ya lo decía Madison cuando escribía en El Federalista 51, al señalar que una garantía para limitar el poder era que la ambición de unos debía ser usada para contrapesar la ambición de los otros; o el bicameralismo que también es un diseño que enfrenta a dos cámaras. Pero el constitucionalismo desde hace tiempo viene encontrando formas para resolver esas colisiones. ¿Cómo lo resuelven los sistemas semi-presidenciales? El texto de Ignacio Walker nos dice que para evitar el inmovilismo debe haber una clara delimitación de las funciones y atribuciones entre el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno. En Francia, por ejemplo, estarían delimitadas. Lo mismo nos dice el profesor Hérin.

A mi juicio, la verdad en todo esto, es que la forma de resolver este inmovilismo, esta parálisis potencial, este conflicto, es despojando de todo poder al Jefe de Estado y solo concediéndole atribuciones como las relaciones internacionales, uno que otro nombramiento y cuestiones vinculadas con la defensa. Pero el que manda, el que decide, es el Jefe de Gobierno. Entonces, la forma en que el semi-presidencialismo evita ese conflicto y parálisis es reduciendo el poder del Jefe de Estado.

Esto nos lleva al segundo problema del semi-presidencialismo y que yo quiero llamar el “problema de la *fronda*”. Alberto Edwards escribía, y lo cito, que *la historia política de Chile independiente es la de una fronda aristocrática casi siempre hostil a la autoridad de los Gobiernos y a veces en abierta rebelión contra ella.*¹³ Pues bien, yo creo que podemos usar esta antigua frase y traerla al presente para mostrar un problema parecido que podría surgir en el semi-presidencialismo. Diríamos algo así como que el semi-presidencialismo es la historia de una *fronda*, en este caso parlamentaria, casi siempre hostil a la autoridad de los Gobiernos y del Presidente. ¿Cómo se expresaría ese problema? Pues bien, el pueblo elige directamente una autoridad que no manda, mientras que la *fronda* elige a una autoridad que es la que manda. ¿No será ese un problema mayúsculo en la sociedad actual? La decisión ciudadana es filtrada por la decisión legislativa, el Presidente se transforma en una figura casi decorativa que tuvo millones de votos y es superada en poder y capacidad por la decisión del Jefe de Gobierno, que es designado por el Congreso. Esto ciertamente abre muchas preguntas.

¹² Estas palabras fueron de Jean-Louis Herin el 22 de septiembre de 2020 durante el seminario organizado por CEP-CIEPLAN *El semi-presidencialismo francés por dentro: observaciones de un testigo*. Véase: <https://www.cepchile.cl/cep/insumos-constitucionales/el-semi-presidencialismo-frances-por-dentro-observaciones-de-un-testigo>.

¹³ EDWARDS, Alberto. *La Fronda Aristocrática* (Ediciones Ercilla, 1936), p. 11.

Insumos/Constitucionales

Es justo preguntarse, después de todo lo que hemos visto, si el Congreso tiene la musculatura suficiente para decirle a la ciudadanía que la decisión de dónde radicar el mando dejará de estar en las manos de los millones de electores y pasará a estar en la decisión de una de las Cámaras o del Congreso pleno.

No digamos nada respecto a que en nuestro país la cultura de ejercicio del poder es presidencial: nosotros estudiamos la historia desde la presidencia; en nuestra historia vemos a los Presidentes, como los llama Bravo Lira o Gabriel Bocksang, como un “Monarca Republicano”.¹⁴ Dicho en simple: hoy es el Presidente el que manda y es evaluado por eso. Mañana sería otro el que mandaría y el Presidente sería evaluado por eso. Esto rompe además la lógica esencial que exige que entre responsabilidades y atribuciones haya correlación. Aquí el Presidente deberá asumir responsabilidades ante los electores que lo eligieron, sin reales atribuciones de Gobierno. A mi juicio también es un riesgo que el Presidente electo por millones de chilenos no pueda ni siquiera proponer su programa de Gobierno si, por ejemplo, gobierna en un régimen de cohabitación. Por todo esto, creo que estamos ante un segundo problema de un régimen semi-presidencial.

Y el tercero es el “problema de la estabilidad” ante la nueva política. Todos conocemos las críticas al presidencialismo que en los años 80’ y 90’ hizo Juan Linz. Él decía que los presidencialismos son regímenes más susceptibles de enfrentarse a rupturas institucionales, como sería un golpe de estado. Pero esta tesis ha mutado. Hoy día la verdad es que sabemos que las democracias caen —nos dice Levitsky y Ziblatt— no tanto por golpes de estado, no tanto por estas situaciones de ruptura institucional violenta, sino que mueren por la polarización y los populismos¹⁵. Es cierto que la polarización no es un fenómeno que dependa exclusivamente del régimen de Gobierno, sino más bien del estado de la política. Pero sabemos que el régimen de Gobierno puede incidir en ello.

A mi juicio, el semi-presidencialismo tiene inscrita, en lo más profundo, la semilla de la inestabilidad en la capacidad de gobernar, porque requiere estar reuniendo permanentemente en el Congreso el apoyo de la mayoría. Hemos visto en la experiencia comparada que ese apoyo es esquivo. Ejemplos hay por montones, y Ana María mencionaba el caso de España, Bélgica y Holanda. Quien quiera conocer más detalles puede ver la conversación que sostuvo Arturo Fontaine con Isabel Aninat y Rodrigo Correa en el programa llamado “2/3” de Icare y EmolTV.¹⁶ Ahí Arturo Fontaine muestra muchos datos que dan cuenta de la inestabilidad de sistemas distintos del presidencialismo. Y esa inestabilidad exagera la polarización y la inoperancia del Gobierno. Todo esto posiblemente se acrecienta en épocas de una política inestable, porque no es propio únicamente del presidencialismo esta reducción en el apoyo ciudadano, sino que es una

¹⁴ Ver BRAVO LIRA, Bernardino, *El Presidente en la Historia de Chile* (Ediciones Universitaria, 1986). Asimismo, BOCKSANG, Gabriel, *El nacimiento del derecho administrativo patrio chileno* (Thomson Reuters, 2015).

¹⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias* (Editorial Ariel, 2018).

¹⁶ Véase <https://tv.emol.com/detail/20201116114821334/2-3-punto-de-encuentro-con-arturo-fontaine-y-rodrigo-correa>

Insumos/Constitucionales

cuestión común en la política. El apoyo ciudadano es esquivo y ello tiene efectos negativos especialmente en sistemas multipartidistas.

El presidencialismo, en cambio, ofrece mayor estabilidad institucional, porque el presidencialismo no necesita mayoría en las Cámaras para gobernar, sino que puede gobernar sin ellas; lo que necesita es mayoría para legislar. Legislar es un elemento importante de las tareas de Gobierno, pero no es el único. El presidencialismo, al menos, entrega la estabilidad del poder a quien gobierna. El poder hoy reside principalmente en el Ejecutivo, es quien ha concentrado atribuciones, pues vivimos en una época de Ejecutivos poderosos, por eso crear fórmulas que pueden desestabilizar al Ejecutivo es siempre una mala noticia. O digámoslo de otra forma, no podemos entregar el Gobierno al Congreso que es una institución cuya misión institucional no es tanto gobernar como contrapesar, cuestionar y servir, como dice Nick Barber, de contraparte de sentido común.¹⁷ El Gobierno debe estar radicado en una autoridad que cuente con estabilidad y eso es una característica positiva del presidencialismo.

Quiero concluir diciendo que todos estos cuestionamientos que he planteado contra el semi-presidencialismo no nos pueden hacer creer que el presidencialismo está libre de problemas. ¡Claro que el presidencialismo tiene desafíos! ¡Claro que el presidencialismo también tiene problemas! Pero yo creo que el camino para corregirlos es en el marco de lo que se ha venido a denominar un “presidencialismo de coalición”. Ignacio Walker nos dice en su texto que un presidencialismo de coalición es intentar cuadrar el círculo, pero lo cierto es que hay una serie de modelos que nos permiten imaginar cómo sería un presidencialismo de coalición.

Quiero mencionar, para terminar, solo dos ideas sobre esto.

Valeria Palanza, en una reciente columna en un blog que se llama Intersecciones, anota, a propósito de la idea de que los sistemas presidenciales no conversan bien con sistemas proporcionales o multipartidistas, lo siguiente: *en años recientes, esta advertencia ha sido superada por la abundante línea de trabajos que analizan los mecanismos de coordinación legislativa en sistemas presidencialistas. Y luego concluye que la capacidad de coordinación de coaliciones legislativas no es propia del parlamentarismo.*¹⁸

Y es que tanto el sistema presidencialista, como el parlamentarista, puede contar con mecanismos eficientes de coordinación. Un reciente libro escrito por Paul Chaisty, Nic Cheeseman y Timothy Power lo detalla con mucha mayor profundidad. El libro se llama *Presidencialismos de coalición en perspectiva comparada* y el subtítulo a mi juicio aplica de manera maravillosa para nuestro caso; dice: *Presidentes de minoría en sistemas multipartidistas.*¹⁹ La tesis que proponen, analizando una serie de presidencialismos, es que los sistemas presidenciales también tienen herramientas para compartir el poder y formar

¹⁷ BARBER, Nick, *Prelude to the Separation of Powers* en *Cambridge Law Journal*. 60 (2001).

¹⁸ Véase <https://www.intersecciones.org/reaccion/c-comentario-de-valeria-palanza/>

¹⁹ CHAISTY, Paul; CHEESEMAN, Nic y POWER, Timothy, *Coalitional Presidentialism in Comparative Perspective: Minority Presidents in Multiparty Systems* (Oxford University Press, 2018).

Insumos/Constitucionales

coaliciones. Y el éxito en la formación de esas coaliciones depende de diversas variables. Lo relevante es que no hay un solo elemento, un solo aspecto, una sola herramienta para formar coaliciones. No es solo, por ejemplo, el gabinete, sino que hay una serie de otras herramientas; ellos hablan de “la caja de herramientas de los Presidentes” que permiten formar coaliciones más o menos estables. Y ahí están, por ejemplo, el poder de agenda, el gabinete, la relación con los partidos políticos, las reglas presupuestarias, los poderes informales y otros.

A mi juicio, este es el camino que nosotros tenemos que seguir como país en este proceso que se inicia. Un régimen presidencial que promueva la formación de coaliciones a fin de, como dije al inicio, atraer al oficialismo a La Moneda y promover mecanismos de colaboración de la oposición en el Congreso.

Muchas gracias.

Junio 2021

Sistema electoral en Chile: una discusión necesaria

CARMEN LE FOULON

COMENTARIOS

GABRIEL NEGRETTO

JAVIER SAJURIA

Transcripción del seminario “Sistema electoral en Chile: una discusión necesaria”, realizado el 19 de abril de 2021. El video de este seminario puede verse aquí:
<https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2021/sistema-electoral-en-chile-una-discusion-necesaria>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Sistema electoral en Chile: una discusión necesaria

Aun cuando el sistema electoral es una pieza clave del orden democrático, no es una materia que necesariamente debe estar regulada en la Constitución, al menos no en detalle. En la Constitución pueden estar consagrados los principios o criterios para que sea la ley la que, con algún quórum especial, materialice dichos principios o criterios en detalle. Por eso hoy, a las puertas de una deliberación constituyente, la pregunta por el sistema electoral es importante porque hay que preguntarse cómo y cuánto la nueva Constitución regulará el sistema electoral. Y esta regulación es importante: el funcionamiento del régimen político depende en parte importante de la forma que tiene el sistema electoral.

Carmen Le Foulon parte recordando que un sistema electoral es un mecanismo que convierte votos en escaños, y luego revisa los distintos tipos de sistemas electorales que la experiencia y la literatura reportan: mayoritarios y proporcionales. Sobre estos últimos, se detiene en lo que significa la proporcionalidad y las distintas maneras de materializarla (el famoso sistema *D'Hont* que se usa en Chile es uno de ellos). También en la posibilidad de umbrales mínimos para acceder a un escaño (en Chile no hay) y cómo ellos sólo son prácticos en sistemas con una proporcionalidad especialmente alta. A continuación, examina la cuestión de las listas de candidatos, la forma en que se pueden confeccionar y sus consecuencias. Por ejemplo, apunta, la decisión por llevar una lista cerrada o abierta, o si se vota por la lista y por candidato, típicamente genera tensiones al interior de los partidos. En Chile, sugiere, el voto se ha personalizado y por ello causa tanta impresión el hecho de que resulten electos con muy poca votación, pero que son “arrastrados” por la votación de su lista.

Hecho esto Le Foulon recorre la regulación que, respecto del sistema electoral ha tenido la historia constitucional de Chile. Y las propuestas que hoy circulan con miras a la deliberación constituyente que está por empezar. Básicamente, se refieren a principios que podría consagrar la nueva Constitución, como el de proporcionalidad (la Constitución de 1925 lo hacía), exclusividad, paridad y escaños reservados.

La autora, en todo caso, afirma que lo más importante de todo es que se tenga presente el hecho de que el sistema electoral está íntimamente vinculado al sistema de gobierno. Por esto, sugiere con toda razón, deben pensarse conjuntamente para equilibrar dos objetivos ineludibles: gobernabilidad y representación. También advierte sobre la importancia que

Insumos/Constitucionales

para el sistema electoral tendrán las decisiones que se adopten respecto de los pueblos originarios, paridad y el carácter bi o unicameral que se le dé al Congreso.

Gabriel Negretto echa de menos en el debate público más propuestas y más específicas sobre contenidos para la nueva Constitución. Agrega que, en cualquier caso, el proceso constituyente debería empezar por constatar los distintos problemas de índole sociológica que hoy enfrenta Chile. Estos subyacerían en la crisis de representación que se vive, casi con más intensidad que los de índole institucional. Aquéllos estarían asociados a la economía y al modelo de desarrollo, que están relacionados, pero exceden a cualquier Constitución, acota.

Entre los problemas institucionales, que sí deberían regularse constitucionalmente, Negretto apunta una expansión de los derechos individuales y sociales, por una parte, y a una mejor distribución de poder entre el Ejecutivo y Legislativo. También los mecanismos que limitan la capacidad de las mayorías legislativas para decidir, como las leyes supramayoritarias y el actual control de constitucionalidad.

Específicamente sobre el sistema electoral. Negretto se muestra algo escéptico a la verdadera potencialidad del sistema electoral para moldear el sistema de partidos y el régimen político. En lo que sí no tiene dudas es en el hecho de que el sistema electoral vigente en Chile lleva demasiado poco tiempo como para ser juzgado. Y, por lo mismo, la Convención Constitucional no debería distraerse mucho en su detalle, sino en otras materias vinculadas a través del sistema de gobierno como, por ejemplo, la inconveniencia de que se reduzca el número de parlamentarios o la posibilidad de que el Presidente de la República pueda reelegirse.

Javier Sajuria, finalmente, está de acuerdo con Gabriel Negretto en el sentido de que la situación política hoy tiene que ver en parte con el sistema electoral, pero también con otros factores que lo exceden. Reconocer esto, a su juicio, es clave para que la discusión tenga sentido. También está de acuerdo en que hoy un déficit en la capacidad de la mayoría para gobernar, llevando a la práctica sus promesas electorales. Y señala que la debilidad del Presidente en ejercicio y la práctica del Congreso de llenar con disposiciones transitorias la Constitución, son reveladoras de un sistema que esté en problemas.

A esto se suma un grave problema de cierre de las élites, de muy poca circulación entre ellas. Parte del problema de los partidos políticos estaría explicado por esa cerrazón. También concuerda con la necesidad de no reducir el Congreso. Habría que aumentarlo, afirma, además de preguntarse por consideraciones de paridad y escaños reservados para los pueblos indígenas. En el mismo sentido en que lo hizo Negretto, Sajuria critica el exceso número de mecanismos contramayoritarios en la Constitución vigente.

Señala, concordando con Carmen Le Foulon, que el voto en Chile es por personas. Esto habría contribuido a la debilidad de los partidos políticos, pues generaría verdaderos feudos en su interior. Critica, por otra parte, el carácter bicameral del Congreso por el hecho de que las dos cámaras tienen iguales competencias. Esto hace que compitan y no colaboren entre sí.

Insumos/Constitucionales

De cara a la Convención Constitucional, Sajuria propone que la nueva Constitución consagre ciertos principios para el sistema electoral que, teniendo en consideración el régimen político, se refieran a su proporcionalidad, representación territorial e inclusividad. También debería corregirse la desigualdad actual del voto en virtud de la cual, el voto de las personas en distritos poblacionalmente densos tiene menos que peso que el de las que votan en distritos más despoblados. Un problema de *malapportionment*, como suele conocerse.

[Ignacio Walker](#) y [Lucas Sierra](#)

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

Sistema electoral en Chile: una discusión necesaria

CARMEN LE FOULON

Doctora en Ciencia Política de la Universidad de Columbia, integrante de la Red de Politólogas e investigadora y coordinadora del programa de Opinión Pública del CEP.

Hola, muchas gracias, Lucas, gracias también a Javier y Gabriel por compartir conmigo esta conversación, y a todas y todos por escucharnos.

Básicamente lo que queríamos conversar hoy día es por qué, *ad portas* de la Convención Constitucional, el sistema electoral es una discusión necesaria. Pero para eso, primero quisiera señalar qué vamos a entender por un sistema electoral. Se define en sentido estricto como un “conjunto de reglas que estructura cómo se emiten los votos y cómo se convierten esos votos en escaños en la asamblea representativa” (Gallagher y Mitchell, 2008: 3).²⁰ También se pensaría que se consideran mecanismos de paridad o inclusión de minorías etnolingüísticas. Pero también hay una definición más amplia como, por ejemplo, la de Rafael López Pintor en el libro que publicó el CEP en el año 2009 sobre la reforma electoral, donde lo definió como un “conjunto de elementos esenciales para articular y dar forma institucional a la representación popular” (López Pintor, 2005: 20).²¹ ¿Qué se entiende por eso? Bueno, además de las reglas electorales para la asamblea legislativa, también podemos entender las reglas electorales para otros cargos públicos. ¿Cuáles? Bueno, dependerá si estamos en un sistema presidencial, semi-presidencial o parlamentario; sistema federal o unitario; etc. También está el ciclo electoral, factor que incide, por ejemplo, en la concurrencia o no de las elecciones de los diferentes cargos públicos, y que va a depender obviamente de los cargos, pero también de la duración de éstos.

También podemos entender como parte del sistema electoral la definición de ciudadanía: quiénes pueden votar; quiénes pueden postularse a los diferentes cargos de representación

²⁰ Traducción propia del original “By an electoral system we mean the set of rules that structure how votes are cast at elections for a representative assembly and how these votes are then converted into seats in that assembly.”

²¹ Véase Fontaine et al (2005) (eds) Reforma al Sistema Electoral Chileno. Santiago: CEP, disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/libros/libros-digitales/reforma-del-sistema-electoral-chileno>

Insumos/Constitucionales

popular; cómo se define y administra el padrón electoral; y si va a haber independencia o no de las autoridades electorales. En ese sentido –aunque no es estrictamente parte del sistema electoral– también es relevante de la Ley de Partidos Políticos, por ejemplo, los requisitos para la formación y mantención de los partidos políticos; su regulación interna y las leyes de financiamiento de la política. También tenemos dentro de los elementos importantes el registro y la obligatoriedad o voluntariedad del voto. Por lo tanto, este conjunto de reglas define cómo vamos a elegir y cómo convertimos los votos en escaños; pero también define todo el entramado institucional que permite la representación.

Ahora quisiera centrarme –y por qué esto es relevante lo vamos a ver después– en ciertos factores claves para entender las reglas electorales y su incidencia. Uno de los factores es el tamaño del distrito, su magnitud, es decir, cuántos escaños se eligen. Antiguamente en Chile, con el sistema binominal, se elegían dos escaños por cada distrito, luego cambiamos a un sistema proporcional moderado, donde se pueden elegir de tres a ocho escaños por distrito para la Cámara de Diputados y de dos a cinco para el Senado. Otro factor es cuántos votos tiene una persona por papeleta, y si es más de uno; si se asignan como ranking, es decir, como un orden de preferencias; o si simplemente se asignan más votos. También es importante cómo se asignan los escaños entre las listas e intra-listas; y finalmente, si se van a definir criterios de paridad o no.

Si uno quisiera empezar a hablar de sistemas electorales, ya sea de sus definiciones o tipología, hay una cita que es muy pertinente: “*Es lo más fácil del mundo enredarse inextricablemente en las complejidades de los sistemas electorales*” (Eckstein, 1963: 249, citado en Gallagher y Mitchell, 2005: 5).²³ Por lo mismo, solo quisiera conversar con ustedes ciertos lineamientos generales que van a incidir en cómo pensamos los efectos de los sistemas electorales.

Un primer grupo son los sistemas mayoritarios. Estos generalmente son sistemas uninominales que están basados en la mayoría o en la pluralidad del voto, y que pueden ser por simple pluralidad, como hoy en día en las elecciones de alcalde; o bien, por mayorías calificadas, por ejemplo, un 40% como va a ser en las elecciones de gobernadores regionales; o también por mayoría absoluta, como es la elección presidencial. En los últimos dos casos, cuando no se alcanzan estos umbrales mínimos, en la gran mayoría de los casos, se resuelve en segunda vuelta.

Otro grupo de sistemas electorales son los llamados sistemas proporcionales. Primero es importante preguntarse qué vamos a entender por proporcionalidad. En general, esta se define a nivel de partido y en la correspondencia que existen entre la proporción de votos obtenidos y la proporción de votos ganados. Por ejemplo, un sistema perfectamente proporcional es aquel en el porcentaje de votos obtenidos es igual al porcentaje de escaños obtenidos. De esta manera, el sistema es menos proporcional es el sistema mayoritario o plural: quien obtiene la mayoría de los votos que gana el escaño, y, por tanto, partidos con

²³ Traducción propia del original “It is the easiest thing in the world to get inextricably tangled among the complexities of electoral systems”.

Insumos/Constitucionales

20% o 30% por ciento de los votos, por ejemplo, no obtiene ningún escaño. El nivel de proporcionalidad va a depender de las reglas para asignar los escaños. Hay muchas reglas para hacerlo, por ejemplo, el famoso *D'Hont*, que es el sistema que rige en Chile y en otros países, pero en general hay coincidencia en que lo que importa sobre todo es la magnitud del distrito, es decir, cuántos escaños se eligen por distrito, y en general es a mayor magnitud del distrito, mayor proporcionalidad.

En ciertos sistemas electorales también existen los umbrales mínimos. ¿Qué significa? que se establece un umbral bajo el cual, si un partido o una lista obtiene menos porcentaje de votos, no puede obtener un escaño. Por ejemplo, si el umbral se fija en 5%, si un partido obtiene un 2% de los votos y aplicando las reglas podría acceder a un escaño, no puede hacerlo por no alcanzar el umbral mínimo. Cuán efectivamente restrictivo sea este umbral va a depender de la proporcionalidad del sistema. ¿Por qué? porque a mayor magnitud, los votos que necesita ganar un partido para salir electo van decreciendo. Por lo tanto, en distritos menos proporcionales o con menor magnitud del distrito, el porcentaje de votos mínimos efectivos que se podrían tener muchas veces superan al 5% o al 10%. No hay una regla precisa o exacta para calcular cuál es el mínimo umbral efectivo que si un partido lo obtiene definitivamente gana un escaño, porque va a depender de la distribución de votaciones; pero se ha aproximado una especie de fórmula que propone tanto Lipjhart (1997) como Taagepera (1998):

$$\frac{75}{(\text{magnitud} + 1)}$$

Por ejemplo, en sistema binominal era un 25%. En un distrito de cinco escaños es aproximadamente un 12%. En un distrito de 10 escaños es un 6%. Lo que les quiero transmitir es que el umbral mínimo en realidad es relevante para distritos con proporcionalidad muy alta, porque en otros distritos *de facto* no llegan nunca a operar los umbrales.

Otro punto importante que discutir, porque tiene impacto en las relaciones entre partidos, es el tipo de lista. Nosotros en Chile estamos acostumbrados al voto abierto, es decir, nos pasan un papel con nombres agrupados en listas y nosotros podemos elegir por quién votamos. Pero esa no es la única forma de votar, pues existen diferentes tipos de listas, tales como las listas cerradas y las listas de voto preferencial – del cual un subtipo es el tipo de voto en Chile. Acá quisiera detenerme un poco, porque en la literatura, y en el uso coloquial, hay cierta confusión o poca precisión en la definición de los términos. Pero es importante distinguir entre las dimensiones ya que, como veremos, tienen implicancias en la dinámica intra-partido.

La correspondiente lista puede definirse (siguiendo a Shugart, 2005, entre otros) a la luz de dos dimensiones. La primera es quién determina los candidatos electos dentro de una lista y la segunda, relacionada, pero no idéntica, por quién puede expresar una preferencia el

Insumos/Constitucionales

votante (por la lista, por una candidatura o por ambos). En un extremo están las listas cerradas, donde solo se puede votar por la lista. El número de escaños que obtiene la lista depende del total de votos por lista y quiénes se eligen está completamente determinado por el orden de la lista que definió el partido. Y después tenemos un gran grupo de listas preferenciales donde los votantes pueden marcar una preferencia individual, pero varían dependiendo de si se les permite el voto por lista o no. Entonces podemos encontrar lo que se llama una cuasi lista –que es el caso de Chile– donde solamente se puede votar por una candidatura, por tanto, no se puede votar por un partido o por una lista, sino que por una persona. El número de escaños que obtiene la lista depende del total de votos que obtienen todas las candidaturas de la lista sumadas y quiénes se eligen está completamente determinado por el orden de la lista que definió el partido

Pero hay otros tipos de listas. Por ejemplo, sistemas de listas que se llaman abiertos, como en Perú o Brasil, donde uno puede elegir entre votar por lista o votar por un individuo. El número de escaños que obtiene la lista depende del total de votos que obtienen todas las candidaturas de la lista sumadas a los votos obtenidos por la lista y quiénes obtienen un escaño se define según el número de preferencias que haya tenido cada candidato individual.

También existe la lista flexible, que es un intermedio entre la lista cerrada y abierta, en que la persona puede elegir por lista o por candidato individual, y se mantiene el orden de la lista a menos que un candidato individual supere cierto umbral. Entonces ahí se juega con la incidencia de los votos preferenciales de las personas hacia un candidato con el voto de lista.

Esos son los factores dentro del sistema proporcional que van a incidir en las dinámicas intra-partidos, más allá de las dinámicas entre partidos, que van a estar dadas por la magnitud del distrito, que lo vamos a conversar después.

Por último, hay un sistema que se llama mixto. Este busca combinar dos principios de representación diferentes, que pueden estar dados por fórmulas de representación diferentes tanto de la definición del distrito como de la regla electoral. Un ejemplo tradicional es que haya distritos uninominales o de magnitud muy pequeña con un criterio territorial para así asegurar la representación territorial; y también un distrito nacional que a nivel de listas busca asegurar la representación de todas las visiones. En algunos casos, existe una compensación para asegurar que la proporción de votos obtenidos por cada partido esté reflejada en los escaños.

Como ven hay toda una diferencia de entramados institucionales. Ahora, la pregunta que nos convocaba ¿Es una discusión necesaria? ¿Por qué? Hay dos preguntas que nos tenemos que hacer con respecto a la Convención Constitucional que se nos viene. La primera es si se constitucionaliza o no el sistema electoral. La pregunta básicamente se traduce en determinar qué elementos o detalles del sistema electoral deben ir o no en la Constitución. Esa es una pregunta relevante. Históricamente, las reglas electorales específicas del sistema

Insumos/Constitucionales

electoral se han dejado a la ley, no han quedado escritas en la Constitución.²⁴ Pero sí ha habido variaciones en los aspectos que se han ido incorporando. Por ejemplo, en todas nuestras Constituciones en Chile se ha definido al Congreso como bicameral; quiénes pueden postular a cargos de representación; cuál es la duración de los periodos; cómo se renuevan. En algunos casos, se ha establecido la reelección indefinida de Diputados y Senadores dentro de la Constitución. También ha variado la inclusión o la forma de inclusión del número de legisladores. Por ejemplo, se dejaba a la ley la definición de los distritos, pero se definía un escaño por cada distrito por 30 mil habitantes, y en la Constitución de 1928, cada 20 mil almas. También tenemos el caso de la Constitución de 1980, y yo creo que acá todos recordamos muy bien la discusión del famoso guarismo, en que se consagró el número de Diputados que requirió una forma constitucional para modificarlo.

Ahora, en términos de los otros lineamientos generales, la Constitución de 1925 es la única que ha incorporado explícitamente, y de una forma bastante ambigua, el principio de proporcionalidad en su artículo 25.²⁵

También podemos encontrar lineamientos generales en las propuestas constitucionales de los centros de estudio y de los partidos políticos.²⁶ Algunas buscan incluir algunos criterios, tales como el de proporcionalidad, exclusividad, paridad y escaños reservados, pero en general dejan a la ley electoral las definiciones precisas, salvo en un par de propuestas que incluso definen el número de diputados. Pero en general el consenso es dejar a la ley lo específico. Por lo tanto, una pregunta interesante que podemos hacer es definir los espacios que se van a dejar a la ley y a las mayorías que vengan a futuro.

Pero más allá de los detalles que se puedan o no incluir en la Constitución, y que es un debate importante de hacer, lo central es que el sistema electoral se interrelaciona directamente con el sistema de gobierno y puede tener efectos en su funcionamiento. Por lo tanto, si vamos a estar pensando en consagrar un determinado sistema de gobierno, independiente de que a incluyamos las especificidades de las reglas electorales en la Constitución, es importante tener presente que ambos se relacionan y pueden complementarse u obstaculizarse.

¿En qué sentido obstaculizarse o potenciarse? En general se han definido dos principios en base a los cuales uno busca establecer los sistemas de gobierno o los sistemas electorales, que es el de gobernabilidad y el de representación.

El principio de gobernabilidad lo entendemos por la efectividad del gobierno, es decir, la capacidad de adoptar decisiones e implementarlas. Exactamente cómo se evidencian o

²⁴ Revisión basada en Ossa, J.L y Trujillo J., 2021. *Comparador constitucional*. Centro de Estudios Públicos (en proceso).

²⁵ Artículo 25º. En las elecciones de Diputados y Senadores se empleará un procedimiento que dé por resultado en la práctica una efectiva proporcionalidad en la representación de las opiniones y de los partidos políticos.

²⁶ Agradezco a Pablo Fuenzalida C. por su valiosa ayuda en la revisión de propuestas comparadas.

Insumos/Constitucionales

materializan las falencias de gobernabilidad va a depender del sistema de gobierno, pero en cualquier caso va a resultar en la imposibilidad de tomar decisiones, en cuanto a una paralización del Gobierno que se debe a la ausencia de una mayoría que lo sustente. En el caso del sistema presidencial se trata de un conflicto entre el Presidente y el Congreso, el cual genera un bloqueo legislativo que impide avanzar, es decir, el Presidente no tiene una mayoría en el Congreso que le permita avanzar en la legislación. En el sistema parlamentario, en cambio, se da una incapacidad de formar las mayorías que sustenten un Gobierno, y por tanto, se genera la imposibilidad de formar Gobierno o en una rotación sucesiva de Gobiernos, impidiendo formular políticas importantes. En ambos casos va a depender de los incentivos de cooperación y del entramado institucional; del poder de cada rama y su injerencia sobre la otra. Pero también, y aquí es donde entra el sistema electoral, está la posibilidad de formar un Gobierno apoyado por una mayoría legislativa, ya sea de coalición o de partido mayoritario, y también de la cohesión y de la disciplina partidaria; y de si éstos tienen una orientación programática o más bien particularista y clientelar.

El otro principio importante es el de representación, en el sentido de que se encuentren representadas la pluralidad de visiones y preferencias en las asambleas en forma proporcional a su distribución en la ciudadanía. ¿Qué tipo de representación se va a buscar? es decir, cómo la entendemos también tiene implicancia en el sistema electoral. Más allá de si pensamos en una representación sustantiva o descriptiva –que es un debate en sí mismo–, podemos preguntarnos si buscamos una representación esencialmente basada en un vínculo directo del electorado con la persona electa, es decir, una representación basada en el vínculo personal, y que las listas sean más bien una especie de subproducto, una agrupación de personas; o bien pensamos que la representación debe basarse en vínculos con un programa o con ideas representadas por un partido, donde concebimos las listas como un todo más o menos coherente al cual deberían adherir las personas. Todas estas preguntas son relevantes de hacerse, ya que el sistema electoral incide con la materialización de estos dos valores. ¿Cómo incide? ¿Cuáles son los factores o las dimensiones? Primero, en el sistema de partidos. Por mucho tiempo, fue quizás lo más parecido a una ley en las ciencias sociales –si bien se ya ha perdido su *status* de ley y se reconocen sus limitaciones y condicionantes – es la relación entre sistema electoral y sistema de partido. Esto fue propuesto hace muchos años por Duverger (1954) en el que se asocia la magnitud del distrito con el número de partidos efectivos representados en la asamblea legislativa. En términos sencillos significa que sistemas electorales uninominales tenderían a un bipartidismo, y a medida que aumentamos la magnitud del distrito, aumentaría el número efectivo de partidos.

Se ha escrito muchísimo al respecto, sobre los efectos mecánicos y los efectos psicológicos; así también, que no es una regla exacta, porque el efecto de la magnitud del distrito va a depender de las instituciones informales que existan o los clivajes preexistentes. Pero uno de los pocos acuerdos que se encuentran en la ciencia política es que los sistemas proporcionales con magnitudes altas son permisivos a la mayor diversidad y van a tender a un mayor número de partidos. Así, si pensamos que la gobernabilidad requiere poder formar mayorías, y las mayorías se facilitan con un sistema de partidos más limitado, vamos

Insumos/Constitucionales

a tener una tensión entre maximizar gobernabilidad, es decir, reducir el número de partidos o pretender que sean grandes coaliciones, versus representatividad, que busca reflejar las diferentes distribuciones de preferencias dentro de la ciudadanía. En general el *trade-off* que maximizar uno significaría en cierta medida sacrificar lo otro. Esto no nos debe llevar a la parálisis, sino que nos llama a entender este *trade-off* para buscar un equilibrio entre gobernabilidad y representación. Esto tiene incidencia sobre todo en cómo pensemos los mecanismos presentes en el sistema para que el Presidente cuente y sostenga una mayoría, así como los poderes que tenga el ejecutivo respecto al legislativo.

Hay algunos elementos del sistema electoral que son relevantes para la generación de mayorías, podemos pensar, por ejemplo, en el calendario electoral. ¿Hay elecciones concurrentes de legislativo y presidencial? Si tenemos elecciones de segunda vuelta, ¿las elecciones legislativas son concurrentes con la primera o la segunda vuelta? Todas estas dimensiones son cuestiones que podemos ir pensando.

También es importante pensar las dinámicas de cooperación que se puedan dar. Ya hemos hablado del efecto del sistema electoral entre partidos, pero también es fundamental entender la dinámica intra-partidos. Preguntarse quién define las candidaturas o quién define quien gana un escaño, ya que son cosas que van a impactar en la cohesión y en la disciplina partidaria, y así como en la forma en que los legisladores y los partidos se relacionen con sus votantes. Acá los elementos claves del sistema electoral son el tipo de lista y magnitud del distrito, como conversábamos, que van a interactuar incidiendo en la relevancia de la reputación individual en el éxito electoral. Esto en sencillo es que si la fortuna electoral –o si gana un incumbente–, depende más de su relación directa con el distrito que del partido, la disciplina partidaria tiende a sufrir. Y eso tiene un efecto también –y lo hemos visto– en que no se puede contar con los votos del partido, se llega a un acuerdo compartido, pero los legisladores de la bancada votan de otra manera, y por lo tanto es difícil sostener los acuerdos.

Evidentemente, la ley electoral no es lo único que incide, también incide la ley de partidos políticos y la ley de financiamiento electoral. Acá quisiera hacer un punto importante, ya que a medida que se personaliza la elección, se pierde de vista el rol de la lista.

Una de las grandes críticas que se tiende a hacer al sistema proporcional es la de los famosos arrastrados. Pero, si pensamos en listas que representan o aglutinan ciertas ideas o programas, lo que se busca es que la proporción de votos que obtiene esa lista corresponda con la proporción de escaños obtenidos, independientemente de si algunos de ellos son arrastrados o no. Es decir, si bien se vota por una persona, también se está votando por el programa o idea que propone y que debiera estar reflejado también en las otras candidaturas de la lista.

Y para ir cerrando, también es importante pensar en la interdependencia del sistema electoral con otras decisiones constitucionales, como la relación con los pueblos originarios; con la paridad; y también otras dimensiones, por ejemplo, si pensamos un Congreso bicameral ¿Cómo se va a elegir cada Cámara? ¿Cuál será el criterio de representación? ¿Va a ser un criterio regional? Porque los poderes y atribuciones que tenga cada cámara podrían ser diferentes según la representación que cada cámara tenga.

Insumos/Constitucionales

Esto no es un catálogo exhaustivo, hay más elementos, pero quise destacar las principales relaciones entre sistema electoral y las decisiones constitucionales, ya que debieran formar un todo coherente. Si lo pensamos como un engranaje, todos estos elementos deben calzar para así funcionar y moverse en la misma dirección.

No puedo terminar sin una nota de precaución o al menos de prudencia ya que tenemos una interdependencia fundamental que no debemos olvidar en nuestros sueños de ingeniería electoral: la tradición constitucional de cada país, las características y distribución de las preferencias de su población, y sobre ella en el fondo debemos operar. De ella va a depender el éxito que tengan estos sistemas que podamos diseñar.

Muchas gracias.

REFERENCIAS /

- Duverger, M. (1954). *Political Parties: Their Organization and Activity in The Modern State*. Barbara and Robert North (trs.). London: Methuen
- Gallagher, M. y Mitchell, P. (2005) *Introduction to Electoral Systems*, in Gallagher, M. y Mitchell, P. (eds) *The Politics of Electoral Systems*. New York: Oxford University Press.
- Lijphart, A. (1997). 'The Difficult Science of Electoral Systems: A Commentary on the Critique by Alberto Penade's', *Electoral Studies*, 16/1: 73-7.
- López Pintor, R. (2005) Procesos de reforma de los sistemas electorales: aprendizajes de la experiencia comparada en Fontaine et al (2005) (eds) *Reforma al Sistema Electoral Chileno*. Santiago: CEP.
- Ossa, J.L y Trujillo J. (2021). *Comparador constitucional*. Centro de Estudios Públicos (en proceso).
- Shugart (2005) "Comparative Electoral Systems Research" in Gallagher, M. y Mitchell, P. (eds) *The Politics of Electoral Systems*. New York: Oxford University Press.
- Taagepera, R. (1998). "Effective Magnitude and Effective Threshold", *Electoral Studies*, 17/4: 393-404.

COMENTARIOS

GABRIEL NEGRETTO

Profesor y jefe del Programa de Doctorado en el Instituto de Ciencia Política en la Pontificia Universidad Católica de Chile

Muchas gracias, Lucas por haberme invitado a este diálogo y a Carmen por la presentación. Veo que lo que has presentado, Carmen, es una invitación a que pensemos el sistema electoral, más que proponer una reforma en concreto. Yo en ese sentido lo que quisiera es empezar por la pregunta inicial ¿es ésta una discusión necesaria a nivel constitucional?

Yo creo que hoy en Chile, en parte por un efecto inesperado, por lo menos en mis expectativas, la discusión sobre los contenidos de la nueva Constitución, que yo entendía iba a estar mucho más avanzada estando tan cerca de la elección, sigue muy a oscuras. No hay proyectos claros sino propuestas individuales. Lo anterior porque los candidatos tienen propuestas particularistas sobre ciertas reformas, pero no hay una discusión de proyectos como uno hubiera deseado para que tenga sentido la elección de una Convención especialmente encargada de redactar la Constitución. Porque, además de diversificar la representación, como sí va a ocurrir, porque va a haber una representación distinta a la del Congreso ordinario; la idea era que la elección sirviera como una suerte de articulación de preferencias en relación específica con la reforma constitucional. Sin embargo, creo que cada ciudadano y ciudadana va a guiarse en la votación más por el atajo de la afiliación partidaria y de la ideología que por propuestas de reforma concretas. ¿Por qué? Porque no las hay. Porque sencillamente no hay ejes de discusión claros en cuanto al contenido.

Yo siento que en Chile hay en este momento una gran creatividad, que para un académico es muy excitante, porque se está proponiendo cambiar el sistema de gobierno y la estructura legislativa, entre muchas otras cosas, pero que se va a ir agotando cuando se empiecen a discutir propuestas específicas, pues esto obviamente va a limitar la capacidad de invención.

Si uno reflexiona un poco, porque todo proceso constituyente empieza o debería empezar por un diagnóstico, o sea, cuáles son los problemas que este proceso está llamado a resolver, encontramos que Chile enfrenta varios problemas de índole sociológica. La crisis de representación en el país obviamente tiene una raíz institucional, y la Constitución tiene una responsabilidad importante en resolver aspectos de esta crisis de representación. Sin embargo, hay todo un proceso de circulación de élites, de cómo los partidos se reproducen, cómo se renuevan sus autoridades, los liderazgos partidarios, entre otros, que es crítico en la situación actual. Esto excede mucho lo que puede establecerse a nivel de reglas electorales y sistemas de listas, ya que tienen que ver con aspectos de la representación (tanto en Chile como en otros países) que no se pueden manipular a nivel institucional. Después obviamente hay problemas de tipo económico, problemas en el modelo de

Insumos/Constitucionales

desarrollo y otros, que en parte tienen que ser atendidos en la Constitución, pero que también la exceden.

Ahora, en cuanto a cuáles son los grandes temas que está llamada la Convención a resolver, yo diría que en materia de contenidos está bastante claro, son objetivos que apuntan a cubrir o superar las deficiencias que tenía o tiene todavía la Constitución vigente: a nivel ciudadano, una expansión de derechos individuales y sociales, y mecanismos de participación; a nivel de estructura de poder, una discusión sobre el balance de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Soy bastante escéptico en cuanto a la viabilidad de un cambio de sistema de gobierno, de uno presidencial a otra cosa, pero sí me parece que es crucial, y está en varias de las disfuncionalidades detectadas en el sistema político chileno, el desbalance en la distribución de poderes entre Presidente y Congreso y los mecanismos que limitan la capacidad de las mayorías legislativas para decidir. En este sentido, las leyes orgánicas en Chile no solamente son mayores en número a las que yo conozca de ningún otro sistema democrático en el mundo, sino que, además, tienen umbrales de decisión superiores a lo que es el promedio de los umbrales de decisión más agravados establecidos para leyes orgánicas o leyes especiales que en general son de mayoría absoluta, y nunca por encima. O sea, las leyes que requieren mayorías especiales son en la mayoría de las democracias menos en número y, además, con umbrales de votación más bajos. Ese me parece que es un tema crucial.

También las potestades del Ejecutivo, que tienen que ver con la limitación de las capacidades del Congreso. El amplio poder de iniciativa del Ejecutivo en materia fiscal y en materias impositivas, o su influencia sobre el presupuesto. Me parece que todo esto es un ámbito que está y debe estar en la discusión.

La Justicia Constitucional, que también se suma a los mecanismos contra-mayoritarios, es un objeto de debate fundamental y que atiende en parte, indirectamente, quizá parcialmente, a varias de las demandas que surgieron con el estallido social del 2019. Quizá también una discusión sobre descentralización. Obviamente que se van a sumar muchos temas, muchos más que los que estoy enumerando, pero si tuviera que decir cuáles son los temas fundamentales que tiene que resolver la Convención y que están ya planteados, son esos. ¿Hay una dimensión electoral?

Yo no la veo claramente. Soy muy escéptico en cuanto a la idea de que el sistema de partidos y la competencia electoral sean fenómenos estrictamente endógenos al sistema electoral. Los sistemas electorales tienen efectos obviamente discernibles, por eso a quienes los estudiamos nos encantan las fórmulas y las ecuaciones para poder entender efectos, pero siempre hablamos de efectos promedio. Rein Taagepera en su famoso y maravilloso libro, *Predicting Party Sizes*, advierte: “todo lo que voy a decir sobre consecuencias de los sistemas electorales es sobre efectos promedio. No quiero hablar de ningún país en particular, y supongo sistemas establecidos que hayan tenido cierta durabilidad en su aplicación”. Ahora bien, Chile acaba de cambiar su sistema para elegir legisladores hace muy poco, por lo que tenemos todavía poca evidencia para juzgarlo.

Insumos/Constitucionales

Yo creo que hay ciertas disfuncionalidades que ya se visualizan de la reforma de 2016, surgidas a partir de la elección del 2017, como una desproporcionalidad mayor que la que había en el binominal o el problema de los arrastrados, por decir algunos ejemplos. Hay una serie de cosas que surgieron, pero con una sola elección todavía ni siquiera sabemos cómo está funcionando este sistema. Yo diría que para obrar a consciencia y con más conocimiento de causa sobre el sistema electoral que hay en Chile hoy –y estoy pensando en el sistema que se cambió para elegir Diputados– hay que esperar un poco más, y me parece que la Convención ya está sobrecargada de temas como para pensar en esto.

Ahora, ¿Qué temas deberían estar o no en la Constitución? Creo que muchos de los aspectos que hoy se discuten y que pueden mejorar la proporcionalidad o incluso disminuir la fragmentación –si es que ambas cosas se pueden hacer, porque acá hay tensiones entre esos objetivos– pienso que se pueden lograr a través de una ley electoral, que como sabemos en Chile es una ley orgánica, pero que en definitiva no me parece necesario que tenga que pasar por la Constitución.

Los aspectos que necesariamente tienen que pasar por la Constitución son la fórmula para elegir Presidente, el tamaño del Congreso, los ciclos electorales, la duración de los mandatos y la posibilidad de reelección de representantes. En cuanto al número de miembros de las Cámaras, es típicamente un tema que se establece en la Constitución, y en ese sentido, de repensarse algo a nivel constitucional, podría plantearse. Mi diagnóstico aquí va un poco a contrapelo de la corriente actual. Yo creo que la Cámara de Diputados chilena es poco representativa, en parte por haber subido de 120 a solo 155 miembros, que no es un número adecuado para la representación de una población de casi 20 millones de habitantes. Si utilizamos la raíz cúbica de la población, que es la fórmula que propone Taagepera para definir el nivel adecuado de representación de un Congreso, está casi en la mitad de lo que debiera ser. Son casi 300 diputados los que debería tener para que fuera una asamblea realmente representativa, algo que obviamente iría de la mano con un incremento de la proporcionalidad. Esto, sin embargo, es inviable políticamente, ya que la gente odia el Congreso, así es que plantear por parte de la Convención Constitucional un aumento de los Diputados, estoy de acuerdo que sería absolutamente inviable. Yo pensaría que no es algo alocado desde el punto de vista de la ingeniería constitucional, pero ciertamente sería algo muy mal visto por la ciudadanía. No creo que ningún partido ni fuerza política esté dispuesta a hacer algo así; más bien lo contrario.

En este sentido, sería deseable que no surja un impulso populista en la Convención Constitucional para dar satisfacción a ciertos prejuicios, que han sido incentivados también por algunos actores políticos, como por ejemplo que hay que reducir la clase política, y a partir de ello, proponer volver a los 120 o reducir aún más el Congreso. O poner más limitaciones a la reelección legislativa, por ejemplo. Todo eso me parecería muy indeseable.

Así que no veo temas esenciales que haya que discutir ahora, dada la carga que va a tener la Convención Constitucional y las dificultades de acuerdo. Ciertamente, si se planteara un cambio en el modelo de gobierno habría que discutir aspectos del sistema electoral, porque ahí estaríamos pensando en un calendario vinculado a nuevos cargos que tienen que estar

Insumos/Constitucionales

redefinidos en relación con lo que es hoy. Insisto, soy muy escéptico en cuanto a la posibilidad de lograr un cambio de régimen de gobierno, pero si prosperara, ahí sí habría que discutir aspectos esenciales de este sistema electoral.

Y algo que también va a contrapelo de la corriente, es que quizá sea beneficioso pensar una disposición para la reelección presidencial, que la haga más flexible, pero que no beneficie a ningún Presidente o Presidenta en específico. Esto sería posible si y solo si se discute y decide antes de que ya haya un Presidente o Presidenta en el cargo o de que se sepa quién puede ganar la próxima elección presidencial.

Estas serían mis humildes apreciaciones por el momento, gracias.

JAVIER SAJURIA

Abogado, doctor en Ciencia Política, University College London y profesor Asociado en la School of Politics and International Relations, Queen Mary University of London.

Muchas gracias por la invitación a Lucas Sierra. Gracias, también, a Carmen Le Foulon y a Gabriel Negretto por compartir su conocimiento. Siempre es agradable cuando en la mesa hay alguien que es experto en el tema y que nos puede ayudar. Yo quisiera además decir que estoy muy de acuerdo con muchas de las cosas que Gabriel iba diciendo y que les iba haciendo *checks* en mi lista de cosas por decir.

Yo quería tomarme de la presentación de Carmen, en particular, porque creo que para hablar del sistema electoral chileno uno debiera, en la misma forma en que Gabriel lo hizo, hacer un diagnóstico de cuáles son las cosas que habría que cambiar, de las cosas que están fallando del proceso o que de alguna forma están relacionadas con el sistema electoral. Además de las que mencionaba Gabriel, yo quisiera agregar algunas que tienen que ver no solo con el sistema electoral, sino más bien con el sistema político y en que lo electoral tiene un rol. Al final me voy a referir a la pregunta sobre si debe constitucionalizarse o no, pero yo creo que la respuesta va a estar más o menos clara.

Yo creo que Chile tiene un tema con la posibilidad o la imposibilidad de gobernar, de llevar adelante programas de gobierno y constituir mayorías que permitan de alguna forma que los gobiernos y los Ejecutivos tengan capacidad de llevar a cabo sus agendas, de cumplir sus compromisos y programas. Esto es bien interesante porque no se nos debe olvidar que estamos discutiendo esto porque hubo una movilización social el 18 de octubre de 2019 –y que continuaría si no fuera por la pandemia– que gatilló todo este proceso. Por eso, desconocer la fuerza social que está detrás tiene poco sentido, porque sin ella estaríamos teniendo una discusión puramente académica y no nos preguntaríamos si esto debiera ser discutido en un espacio político como es la Convención Constitucional.

Por lo mismo, creo que hay un problema que tiene que ver con la incapacidad de los gobiernos y de la política de llevar adelante sus promesas, la política vende expectativas que no puede cumplir. Eso, entre muchas otras cosas, tiene que ver, en cierto sentido, con el mismo sistema y la forma en como este ocurre; en cómo los gobiernos débiles tienen o no la capacidad de movilizar apoyo.

Hoy día tenemos un Gobierno profundamente débil, que no tiene capacidad de movilizar ninguna agenda, y estamos viendo cómo esa agenda está siendo movilizada desde otros espacios que no están diseñados para eso. Actualmente el Congreso está constantemente proponiendo reformas constitucionales y metiéndole artículos transitorios a la Constitución, pero el diseño institucional no está hecho para que el Congreso tome esa iniciativa, por lo tanto, está torciendo el diseño constitucional. Eso habla de un déficit del sistema y de hacerse cargo de esta debilidad.

Insumos/Constitucionales

Lo otro es que –y ya es un dato a estas alturas– Chile tiene un grave problema de cierre de élites. Es un tema latinoamericano esto de tener élites excesivamente cerradas, citando a Bordieu (2011), y Chile pasa a ser un caso medio paradigmático. Las encuestas que hizo el COES (Atria & Rovira Kaltwasser, 2021) mostraron, por ejemplo, cómo las élites políticas eligen los colegios de sus hijos. Aquí Gabriel habló de la falta de renovación de los partidos políticos, pero yo quiero decir que es más bien la falta de renovación de las élites, punto. Hay un problema mucho más grave en Chile al respecto.

Como mencionaba Carmen cuando hablaba de representación descriptiva, lo cierto es que los datos actuales nos muestran que tenemos una élite que no solamente viene de lugares distintos, conformada por personas distintas –hombres en su mayoría–, sino que además es una élite que no entiende a la ciudadanía, que no entiende lo que le pasa al resto de las personas. Es decir, la falta de representación descriptiva lleva además a una falta de representación sustantiva. El hecho de que las élites no se parecen a la ciudadanía hace que no entienda cuales son los problemas de la ciudadanía. Eso la literatura en general lo ha estudiado al revés, en cuanto a la necesidad de representación descriptiva como una forma de aumentar la representación sustantiva, o sea, que las personas se parezcan a las personas ayuda a representarlas mejor. En Chile analizamos el problema opuesto, y eso tiene que ver entre otras razones, por ejemplo, con la que decía Gabriel sobre el tamaño (del Congreso).

Yo soy un poco más activista en ese sentido, ya que soy escéptico de la posibilidad de aumentar el Congreso, pero estoy dispuesto a dar la pelea para que se aumente, porque creo que aquí hay un tema de representatividad. También creo que eso tiene que ver con la capacidad del sistema de hacerse cargo activamente de desigualdades estructurales. La paridad en la Convención Constitucional y los escaños reservados es un ejemplo de cómo el sistema y el diseño institucional se hacen cargo de desigualdades estructurales. Un sistema en Chile hoy día, con los niveles de cierre de las élites y la crisis de representatividad, debe tener un rol activo. Ahí quizá mi postura es más ideológica o normativa, porque, a mi parecer, (el sistema electoral) tiene que tener un rol más activo en promover y asegurar mayores niveles de representatividad.

Luego, tenemos preguntas sobre la representatividad territorial; la representatividad de género; la representatividad de pueblos originarios; sistemas de cuotas en otros ámbitos. Son todas preguntas abiertas que se relacionan con aquella pregunta por el sistema electoral.

Tenemos partidos políticos débiles. Ahí Carmen hacía un punto súper interesante sobre la formación de listas, o sea, de cómo votan las personas. Yo creo que el sistema chileno, para bien o para mal, ha generado una brecha entre las expectativas ciudadanas al votar y el resultado de la votación. Las personas votan por personas, y en Chile el voto está personalizado. La noción de la lista es una noción oscura, poco transparente a la ciudadanía. Entonces, las personas votan por personas y después ven que esas personas no salen electas, incluso habiendo obtenido más votos que la persona del lado, porque el sistema asigna los escaños por lista. Esa característica del sistema genera una falta de comprensión

Insumos/Constitucionales

sobre cómo funciona el mismo y de cómo se designan los escaños en el sistema. Eso me parece que es algo que debiera discutirse, no sé si en la Convención Constitucional particularmente, pero es un principio de representación que es distinto (al actual). Mi opinión es que eso ha contribuido a la debilidad de los partidos políticos, porque incluso en los partidos más fuertes –cuando uno hace trabajo de campo con parlamentarios y parlamentarias– se da cuenta de que son pequeños feudos y que tienen mucha capacidad sobre el partido en la medida en que tengan capacidad de control territorial. O sea, los partidos como orgánicas institucionales son débiles en Chile, tienen poca capacidad. Este es un tema chileno y latinoamericano.

Y el último tema que creo que es importante, y que se relaciona con el sistema electoral, es uno de representación simétrica y congruente. Tenemos actualmente, en Chile, dos Cámaras en el Congreso Nacional que compiten por las mismas atribuciones y con los mismos poderes de veto, por lo tanto, duplican las funciones.

Si bien hay ciertas funciones particulares a la Cámara de Diputados, como es la fiscalización directa al Gobierno; pero a la hora de legislar tienen exactamente las mismas atribuciones, y a la hora de representar tienen los mismos distritos que el Senado. La única diferencia es que unos están anidados en otros, es decir, los Diputados y Diputadas están anidados en distritos más grandes, que son de regiones, y que son los que determinan el número de Senadores y Senadoras. Por tanto, lo que estamos haciendo es replicar modelos de representación y modelos de atribuciones. Yo creo que ahí hay un problema complejo, porque en el fondo lo que hace eso es que compitan en vez de colaborar.

Entonces, por ejemplo, pensar –y eso es una pregunta para la Convención– si no debiera haber un sistema que fuera más incongruente en términos de los roles de las distintas Cámaras, en caso de que sea bicameral. También preguntarse si vale la pena pensar esta lógica de simetría o asimetría de la representación. Ese sería mi diagnóstico.

Sobre la pregunta acerca de si es necesario constitucionalizar el debate, yo creo que sí, pero hay ciertas cosas que no debieran ser parte de la discusión constitucional de la Convención. Conuerdo con Gabriel en que hay demasiadas expectativas puestas sobre este proceso, pero se debe considerar que el tiempo de la convención es extremadamente corto –si comparamos con otros procesos constituyentes en el mundo, un año es un tiempo muy limitado–, más aún cuando que parte de ese tiempo va a ser consumido en ponerse de acuerdo sobre las reglas de la Convención.

Por lo tanto, es clave el tema de hasta qué punto se puede meter o debiera meterse la Convención Constitucional. Mi impresión es que debiera fijar los principios por los cuales definimos un sistema electoral; el sistema de gobierno, en cuanto a si va a ser más o menos presidencial de lo que ya hay, y que ojalá, en mi opinión personal, lo menos presidencial posible. Pero, además, en cómo eso se relaciona con criterios de proporcionalidad; cómo eso se relaciona con criterios de representación territorial; y cómo se relaciona con criterios de discriminación o de acciones positivas por parte de la institucionalidad para incorporar a grupos sub-representados de la sociedad. La Constitución ahí puede tener un rol activo en la promoción de esos espacios.

Insumos/Constitucionales

Además de los temas clásicos que Gabriel ya había mencionado, que son el tema del ciclo electoral, la duración de los periodos y el número de representantes. hay otro tema que Chile tiene: la desigualdad del voto, que en inglés se llama el *malapportionment*. (Esto es) la noción de que personas viviendo en ciertos distritos, que son más densos, tienen menos poder –en términos simbólicos– que las personas viviendo en distritos menos densos. Por ejemplo, el voto de una persona en Magallanes tiene mucho más peso en términos proporcionales que el de una persona en Puente Alto, por el solo hecho de que la fórmula con que están contruidos los distritos no respeta una adecuada igualdad entre los mismos. Ese también es un tema al que probablemente la Constitución debiera referirse, con ciertos lineamientos que después sean desarrollados en una ley electoral y ojalá con algunos organismos dependientes.

Lo último, para terminar, es que toda esta discusión no puede estar ajena a patrones culturales, a la pregunta sobre cuál es la tradición constitucional chilena. Uno puede proponer muchas cosas, pero en el fondo hay que hacerse cargo de eso.

Lo otro, que es un tema clave y que lo mencionó Gabriel y lo repito, es la excesiva presencia de mecanismos contra-mayoritarios. Yo creo que Chile tiene un problema dentro de esta lógica de equilibrar gobernabilidad y representación, ya que está en un extremo. Al irse al extremo de preferir la gobernabilidad, llegó un punto de ingobernabilidad, porque la falta de representación la hizo imposible. Y parte de eso tiene que ver con el uso y el abuso de mecanismos contra mayoritarios, como los *quórums* especiales para ciertas leyes y el uso y abuso –como estamos viendo hoy día– del Tribunal Constitucional. Entonces ahí hay un tema importante que tiene que ver con que ninguna de estas reformas opera por separado y, por tanto, es importante configurar un sistema que permita que la representación y gobernabilidad operen de una forma mucho más armónica de lo que tenemos hoy día.

REFERENCIAS /

- Atria, J., Rovira Kaltwasser, C., 2021. *Informe sobre percepciones de las élites económica, política y cultural en Chile*. Disponible en: <https://coes.cl/encuesta-elites-estudio-coes-de-la-elite-cultural-economica-y-politica-en-chile-2/>
- Bourdieu, P., 2011. The forms of capital (1986). *Cultural theory: An anthology*, 1, pp. 81-93.

SECCIÓN 2

Forma de Estado /

Enero 2021

Descentralización: ¿Qué se está haciendo y qué se podría hacer en un proceso constituyente?

MARÍA PAZ TRONCOSO

COMENTARIOS

JUAN ANDRÉS VARAS

PATRICIO AROCA

Transcripción del seminario “Descentralización: ¿Qué se está haciendo y qué se podría hacer en un proceso constituyente?”. realizado el 19 de octubre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí: <https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/seminario-descentralizacion-que-se-esta-haciendo-y-que-se-podria>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Descentralización: ¿Qué se está haciendo y qué se podría hacer en un proceso constituyente?

En su presentación, María Paz Troncoso, Subsecretaria de Desarrollo Regional y Administrativo, muestra el estado de avance y plantea los desafíos que imponen las leyes N°s 21.073 y 21.074, que modifican la Ley Orgánica de Gobierno y Administración Regional, y sus respectivos reglamentos, con un foco en la descentralización administrativa. Esta incluye la transferencia de 15 competencias desde el nivel central a los Gobiernos Regionales, bajo el acompañamiento de las instituciones en las que hoy día están radicadas dichas potestades. Junto con la figura del Administrador Regional y del Jefe de la Unidad de Control, se crean las divisiones de Fomento e Industria, Infraestructura y Transporte, y Desarrollo Social y Humano, con sus respectivos equipos de profesionales.

Paralelamente se avanza en la llamada “Ley Corta de Descentralización”, a partir de los trabajos de una mesa técnica de descentralización ocupada en la revisión y proposición de mejoras que permitan una adecuada puesta en práctica de la ley N° 21.074, con énfasis en el procedimiento de transferencia de competencias. En su fase final se debatió la importancia de establecer normas para el financiamiento y responsabilidad fiscal, que fue un aspecto que no estuvo incorporado en la discusión de la ley N° 21.074 y que tiene que ver, precisamente, con el proyecto de ley de financiamiento regional. Entre otros aspectos, se establecen restricciones presupuestarias, de modo de evitar que el gobernador comprometa gastos que exceden el marco presupuestario y, también, restricciones en gasto corriente como, por ejemplo, el gasto en personal, junto con nuevas normas sobre flexibilidad presupuestaria.

Hacia el futuro, el principal desafío se refiere al debate constitucional. En segundo lugar, una vez asumidos los gobiernos regionales, el énfasis debe estar dado por la capacidad de tender puentes entre las autoridades y concertar una visión compartida del territorio al servicio de la población. Un tercer desafío se refiere a la necesidad de establecer ámbitos de acción complementaria y no competitiva entre las distintas autoridades regionales. Finalmente, y relacionado con los puntos anteriores, otro desafío es promover el

Insumos/Constitucionales

conocimiento del quehacer de cada una de las esferas y las instituciones por parte de la ciudadanía.

Todo lo anterior supone asumir que la descentralización, desde la perspectiva de la modernización del Estado, debe ser entendida como un proceso gradual y continuo, acorde a las características y desafíos que caracterizan a cada uno de los territorios.

En su comentario, Patricio Aroca advierte que, junto con la descentralización político-administrativa (en que advierte el peligro, desde la experiencia comparada, de la corrupción, y la necesidad de evitar la “duplicidad administrativa”), debe ponerse el énfasis en la desconcentración de las actividades económicas y productivas. La concentración de las actividades económicas (el 80 por ciento de todas las ventas que se realizan en el país pertenecen a empresas cuya propiedad es de personas que habitan la Región Metropolitana), es tan perniciosa como la concentración del poder político.

Adicionalmente, en el proceso de descentralización, las regiones deben jugar un papel más estratégico y las comunas un papel más operativo. Por su parte, de los US\$ 60.000 M que maneja el Estado (en una economía de unos US\$ 300.000 M), solo el 12 por ciento está en manos de decisión de organismos subnacionales (gobiernos regionales y municipales). Es decir, estamos hablando de US\$ 7.000 M. Todo esto, en el contexto de una aguda desigualdad territorial (tanto el mercado como la riqueza están excesivamente concentrados en la capital del país).

Por su parte, Juan Andrés Varas se autocalifica como un “creyente escéptico” en materia de descentralización. Escéptico porque considera que las reformas políticas, las reformas administrativas y las reformas fiscales, por mucho que se pongan en práctica adecuadamente, a la larga resultan bastante incapaces de cambiarle a la gente la experiencia de la cotidianeidad que supone vivir en los territorios. Señala que la demanda por descentralización está más presente en la elite dirigente que en la población. Es la actividad de los privados (más que las realidades político-administrativas) la que incide principalmente en el bienestar de la gente. Así y todo hay que darle una oportunidad de la descentralización política y administrativa; ello porque la transferencia del poder político a los territorios puede determinar que exista la necesaria presión política para que un nuevo estatuto de la inversión privada, del emprendimiento y del trabajo de las regiones vea la luz.

Lucas Sierra e Ignacio Walker

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente

Descentralización: ¿Qué se está haciendo y qué se podría hacer en un proceso constituyente?

MARÍA PAZ TRONCOSO

Administradora pública, Jefa de la División de Desarrollo Regional de la Subsecretaría de Desarrollo Regional (SUBDERE)

En primer lugar, quisiera agradecer la invitación que nos extendieron el CEP y CIEPLAN para dar a conocer los avances en materia de descentralización y también para exponer el trabajo que hemos desarrollado hasta ahora en nuestra Subsecretaría.

Como bien saben los presentes, la dictación de las leyes N°s 21.073 y 21.074, que modifican la orgánica de gobierno y administración regional, imponen un diverso desafío. Además de exigir la dictación de un conjunto de reglamentos, requiere la instalación de equipos técnicos responsables de poner en marcha una reforma y de asumir las nuevas competencias que las leyes y el propio Ejecutivo le han encomendado, en un marco de mayor responsabilidad y transparencia en el uso de los recursos.

En materia de reglamentación, y a la fecha de este seminario, podemos ver que cuatro de los siete reglamentos ya han sido publicados.²⁷

A partir del 2018, se unificó la codificación de las regiones, provincias y comunas, pasando las regiones a identificarse por su nombre. Adicionalmente, se estableció la política nacional sobre zonas rezagadas en la materia social, lo que permitió a las regiones focalizar los esfuerzos de inversión en aquellas comunas que exhiben menores indicadores de desarrollo. Y durante el mes de septiembre de 2020, la Contraloría General de la República tomó razón de los reglamentos asociados a los estándares mínimos para el establecimiento

²⁷ Los cuatro reglamentos publicados son: 1) Decreto Supremo N°975 sobre “Política de Zonas Rezagadas”, publicado en el Diario Oficial el 14 de febrero de 2019; 2) Decreto Supremo N°1115 sobre “Abreviaturas para Nominación de Regiones”, publicado en el Diario Oficial el 21 de septiembre de 2018; 3) Decreto Supremo N° 98-2019 sobre Estándares Mínimos para Establecimiento de Áreas Metropolitanas”, publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2020 y 4) Decreto Supremo N°656-2019 sobre “Condiciones, Plazos y Materias sobre Transferencia de Competencias”, publicado en el Diario Oficial el 18 de septiembre de 2020”.

Insumos/Constitucionales

de la Región Metropolitana²⁸ y el reglamento que establece las condiciones, plazos y materias para llevar adelante el proceso de transferencia de competencias²⁹.

Ahora, los otros reglamentos:

- El primero de ellos, referido a la distribución del presupuesto regional en marcos e ítem, que actualmente se encuentra en proceso de toma de razón en la Contraloría General de la República. El objeto de este reglamento es establecer los procedimientos y requerimientos de información necesarios para la asignación de los recursos del o los programas de inversión del gobierno regional, de los programas de inversión sectorial de asignación regional y aquellos que corresponda en virtud de transferencias de competencias, de acuerdo a los marcos o ítems presupuestarios. Además, comprende el contenido que podrá darse a la descripción de directrices, prioridades y condiciones con que debe ejecutarse el presupuesto regional;
- El segundo de ellos es el reglamento que regula la constitución y la integración de los comités regionales en cuanto a ciencia, tecnología e innovación; y,
- Finalmente, el reglamento de planes de ordenamiento territorial, que va de la mano de la política nacional de ordenamiento territorial que está actualmente también en trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República.

Este proceso del que hoy día les voy a hablar apunta fundamentalmente a la descentralización administrativa. Como señalaba Ignacio, uno puede distinguir tres diferentes tipos de descentralización: la administrativa, la política y la fiscal. Probablemente ustedes tendrán un gran interés en la descentralización política, que involucra justamente la elección de los gobernadores.

A nosotros nos ha tocado implementar la ley 21.074 y, en materia de transferencia de competencias, su artículo quinto transitorio entregó al Presidente de la República la facultad para individualizar –en el plazo de un año desde su entrada en vigencia– aquellas competencias que podían ser transferidas a los Gobiernos Regionales dentro de un número

²⁸ Cabe destacar que este reglamento se dictó de conformidad a lo establecido en el inciso segundo del artículo 104 bis de la ley N° 19.175, que señala que se entenderá por área metropolitana “...la extensión territorial formada por dos o más comunas de una misma región, unidas entre sí por un continuo de construcciones urbanas que comparten la utilización de diversos elementos de infraestructura y servicios urbanos y que, en su conjunto, superan los doscientos cincuenta mil habitantes”.

²⁹ Respecto del reglamento que fija las condiciones, plazos y demás materias concernientes al procedimiento de transferencia de competencias, se dictó de conformidad el artículo 21 septies letra C) iii. de la ley N° 19.175. En él se establecen los principios y reglas del procedimiento de transferencia, así como los organismos intervinientes, su duración, entre aspectos propios del traspaso de competencias desde el nivel central al regional.

Insumos/Constitucionales

limitado de Ministerios y servicios.³⁰ Haciendo uso de esta facultad, durante el 2019 el Presidente identificó 15 competencias a ser transferidas a los Gobiernos Regionales. Estas competencias estaban radicadas en cinco de los seis organismos contemplados en la ley: el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el Ministerios de Vivienda y Urbanismo, CORFO, FOSIS y SERCOTEC. A partir del 1 de enero del 2021, estas competencias en adelante tendrán que ser ejercidas por los Gobiernos Regionales, pero bajo el acompañamiento de las instituciones en las que hoy día están radicadas dichas potestades.

Junto con el conjunto de adecuaciones a las estructuras ya existente (donde se han diferenciado de manera más clara las divisiones tradicionales que existían en los gobiernos regionales, planificación, inversiones, administración y finanzas), la ley estableció una nueva estructura organizacional de los Gobiernos Regionales para el cumplimiento de sus funciones. Además de la figura del Administrador Regional y del Jefe de la Unidad de Control, se crearon tres nuevas divisiones, las cuales tienen por objeto apoyar los procesos de planificación y ejecución de inversiones. Estas son:

- División de Fomento e Industria: Encargada de proponer y promover planes y programas de alcance regional, destinados a estimular el desarrollo de la innovación y de nuevas capacidades empresariales, facilitando la incorporación de las nuevas tecnologías que propendan a favorecer el crecimiento sostenido, integrado y sustentable de la región respectiva, proponiendo y promoviendo instrumentos de fomento productivo. Además, coordinar el accionar de los servicios públicos regionales que dependan o se relacionen con el gobierno regional en materia de fomento productivo;
- División de Infraestructura y Transporte: Encargada de proponer y promover planes y programas de alcance regional, obras de infraestructura y equipamiento regional, y gestión de transporte. Además, coordinar el accionar de los servicios públicos regionales que dependan o se relacionen con el gobierno regional en materia de infraestructura y transporte; y
- División de Desarrollo Social y Humano: Encargada de proponer y promover planes y programas de alcance regional, conducentes a la igualdad de derechos y oportunidades y la cohesión social. Coordinar el accionar de los servicios públicos regionales que dependan o se relacionen con el gobierno regional en materia de desarrollo social y humano.

³⁰ Dicho artículo quinto transitorio dispone: “Adicionalmente y sin sujeción al procedimiento establecido en el artículo anterior, en el plazo máximo de un año contado desde la entrada en vigencia de la presente ley, el Presidente de la República podrá individualizar, mediante decreto supremo, aquellas competencias radicadas en los Ministerios de Vivienda y Urbanismo, de Transportes y Telecomunicaciones y de Obras Públicas; en la Corporación de Fomento de la Producción; en el Servicio de Cooperación Técnica; y en el Fondo de Solidaridad e Inversión Social, que serán transferidas a los gobiernos regionales, con indicación de la gradualidad con que se iniciarán los procedimientos administrativos correspondientes.”

Insumos/Constitucionales

Cada una de estas divisiones contará con un equipo de tres profesionales, en total 14 nuevos cargos, cuya comisión se inició el 2019. Nosotros esperamos finalice el 2022, para sumar otros cuatro funcionarios en aquellos Gobiernos Regionales donde se constituyan áreas metropolitanas que, a mi parecer, junto con la política nacional de territorios de rezago, tal sea uno de los aspectos más interesantes que tiene esta ley.

A la fecha, ya tenemos un 94% de avance en lo que se refiere a la organización de la nueva estructura relativa a la provisión de cargos. Si uno mira la realidad de los Gobiernos Regionales, en general, llama la atención cómo se han concentrado los esfuerzos de los Gobiernos Regionales en la Dirección de Desarrollo Social y Humano y sus equipos que son los llamados a conducir este proceso, los cuales hoy cuentan con un número de profesionales superior al establecido como dotación mínima.

En materia de Jefes de la Unidad de Control, tuvimos una cierta demora producto de la redacción de la norma, la que establecía un sistema análogo a la Alta Dirección Pública para la provisión del cargo. Tuvimos que pedir un pronunciamiento de la Contraloría³¹ y hoy día están en proceso varios de los concursos. Actualmente tenemos ternas presentadas para dos de los gobiernos regionales y en proceso para el llamado a nuevas convocatorias en otras tres regiones.

En cuanto al fortalecimiento de las capacidades regionales, atendida la magnitud e implicancia de las modificaciones introducidas por la Ley N° 29.175, fue necesario apoyar a las autoridades regionales y así lo hemos hecho a nivel central con los equipos regionales, incluyendo a los Gobiernos Regionales, los actuales Intendentes y los expertos, a fin de precisamente generar y fortalecer las capacidades regionales. No sólo en el ejercicio de las nuevas funciones, sino también para la adecuación de éstas al nuevo marco institucional.

Son innumerables las actuaciones que hemos organizado desde 2018 en materia de formación y capacitación, así como las instancias de discusión y asistencia técnica que se han puesto a disposición de los equipos regionales, porque son precisamente ellos los que son llamados a implementar la ley. Por ahí decía que muchas veces nos gastamos mucho tiempo en la discusión de las leyes y poco tiempo en su implementación. Probablemente este es un esfuerzo muy silencioso, pero hoy día tenemos a más de 5.300 personas que se han beneficiado de nuestros procesos de inducción y de fortalecimiento en áreas específicas. Sólo durante el periodo de pandemia hemos organizado encuentros web que han beneficiado a cerca de 2.300 profesionales de las distintas regiones y sectores.

A este esfuerzo, se suman todos los acuerdos con organismos internacionales que estamos desarrollando. Entre ellos, destacan los acuerdos con el Banco Interamericano de Desarrollo, con el Banco Mundial, con la CAS, CEPAL, la FAO, GIS, e incluso la Unión Europea. Estos acuerdos abarcan materias tan diversas como planificación, gestión de inversiones, políticas de competitividad, gobierno digital, desarrollo rural y productivo, innovación. Todos ellos han permitido de alguna forma conocer y considerar las experiencias de otros países y, en paralelo, trabajar con los distintos servicios y sectores, generando un trabajo

³¹ Dictamen N° 21.159, de 2019.

Insumos/Constitucionales

desde las bases y desde el origen de este proceso, sumando también distintas instancias en el proceso de discusión y reflexión de la Ley, entre las que destacan los representantes de la sociedad civil.

Ahora, hay un aspecto importante que precisamente involucra a la sociedad civil. Este tiene que ver con la transparencia de la información, con dar a conocer un poco más el quehacer de los Gobiernos Regionales. Esto está relacionado con la ficha Única de Información Regional, la que se pretende ser una forma de facilitar y acercar el conocimiento ciudadano en torno al quehacer de los Gobiernos Regionales.³²

Desde mediados del 2019 estamos trabajando en esta ficha que, a través de un lenguaje amigable, comprensible y libre de acrónimos –algo que abunda en la administración pública-, busca dar a conocer trimestralmente el avance de la gestión regional. Esta ficha se estructura en base a 75 indicadores distribuidos en distintas categorías de información: antecedentes del Gobierno Regional, gestión, inversiones, probidad y transparencia. Y, tras un primer levantamiento de las distintas fuentes de información, así como establecer mecanismos automatizados para la obtención de la data, durante 2020 iniciamos un piloto con tres Gobiernos Regionales y esperamos generar una primera publicación a finales del año 2020 con al menos 47 indicadores de los 75 en total.

En paralelo, estamos avanzando en la construcción de un sistema de información y una base de datos llamada *Descentralizachile*, que estará alojado en nuestro sitio web y que va a ser lanzado en marzo de 2021.

Producto de nuestras carencias y de las críticas que hemos recibido como Subsecretaría, estamos trabajando en conjunto con el Centro de Inteligencia Territorial de la Universidad Adolfo Ibáñez para crear un laboratorio de inteligencia territorial. Aprovechando la experiencia de la Universidad, durante el mes de julio acordamos un convenio de colaboración para el desarrollo de una plataforma que permita impulsar el desarrollo de la gobernabilidad territorial. Esto se busca lograr a través de herramientas geoespaciales y la sistematización de información que no sólo apoye la toma de decisiones, sino que también rentabilice socialmente las inversiones que son ejecutadas por los gobiernos regionales y nuestra Subsecretaría, sobre la base de la identificación de brechas de desarrollo.

Hoy también estamos ya en pie derecho con la llamada *Ley Corta de Descentralización*, que surge del mandato presidencial del Presidente Piñera durante el 2019, luego de constituirse la mesa técnica de descentralización y que contó con destacados personeros del ámbito público, privado y académico de larga trayectoria. En un trabajo que se desarrolló de manera transversal, la mesa se centró en la revisión y proposición de mejoras que permitieran una adecuada implementación de la ley N° 21.074. Entre otras materias, este

³² En el Mensaje del 1 de Junio del 2018, S.E. Presidente Sebastián Piñera, ha comprometido la elaboración de una “Ficha Única de Información para que todos los gobiernos regionales y comunales, en forma trimestral, entreguen a la Subsecretaría de Desarrollo Regional, a la Contraloría General de la República y a la comunidad toda, la información relevante respecto a su balance de activos y pasivos, su situación de ingresos, gastos y deudas, la dotación contrataciones de personal, las principales inversiones en curso y por realizar, y todo otro hecho de relevancia que sea importante que la comunidad también lo conozca”.

Insumos/Constitucionales

grupo analizó todo lo que tenía que ver con el procedimiento de transferencia de competencias. En tal sentido, ante la ausencia de un concepto preciso de competencia, derivó a la dificultad de saber cuáles funciones y atribuciones eran transferibles. Por tal motivo es que el proyecto de ley busca clarificar el término de competencia, a fin de permitir su fácil identificación que, en el futuro, el Gobierno Regional pueda requerir. También se evaluó la conveniencia de mantener el silencio administrativo, además de proponer condiciones bases para una evaluación y eventual revocación de competencias. Se profundizó además en la resolución de controversias y en otros aspectos de interés asociados a las funciones de control, las comisiones de servicio, la acusación constitucional y la relación del gobierno regional con otros órganos de Administración del Estado.

En su fase final se debatió la importancia de establecer normas para el financiamiento y responsabilidad fiscal, entre otros aspectos de interés y que hoy día ya están siendo revisados por la Comisión de Gobierno del Senado. Tuvimos una primera sesión en la que nuestro actual subsecretario, Juan Manuel Masferrer, presentó los aspectos de la Ley. Creemos que hay buena disposición para entrar a discutir esto y resolver sus definiciones más profundas, antes de que asuman los nuevos gobernadores regionales.

Y finalmente, un aspecto que no estuvo incorporado en la discusión de la Ley N° 21.074 tiene que ver precisamente con el proyecto de ley de financiamiento regional. En términos generales, este proyecto de ley busca fortalecer la descentralización financiera en favor de los Gobiernos Regionales. Para que ello ocurra, se propone una nueva estructura presupuestaria en la que incorpora en la Ley de Presupuestos montos globales destinados al funcionamiento de los Gobiernos Regionales y la inversión regional, para que sean ellos mismos quienes aprueben directamente sus presupuestos, con el propósito de incrementar la decisión regional y aminorar la injerencia del nivel central. Asimismo, se perfecciona el proceso de selección del presupuesto regional, y se clarifican o se precisan los roles del Gobernador Regional, del Delegado Presidencial Regional, y de los servicios que operan en la región. Y sobre la base de estas dos grandes asignaciones globales –gastos de financiamiento e inversión para el funcionamiento de los gobiernos regionales–, se establece un incremento de la base del Fondo Nacional de Desarrollo Regional de un 90 a un 95%. Desaparece así el 5% de eficiencia y se crean dos nuevos fondos: el Fondo de Equidad Interregional y el Fondo de Apoyo a la Contingencia Regional.

El primero de ellos tiene por objeto entregar recursos para financiar iniciativas para los gobiernos regionales que permitan disminuir las brechas en el ámbito económico y de desarrollo. En el caso del segundo, se busca atender gastos asociados a emergencias, necesidades contingentes de las regiones y otras iniciativas asociadas a actividades prioritarias de cada Gobiernos Regionales, que deberán ser definidos por ellos mismos.

Hay otro aspecto muy interesante que tiene que ver con responsabilidad fiscal. El gobernador va a tener que generar una programación financiera y dar cuenta de ello. Además, se establecen restricciones presupuestarias, de modo de evitar que el gobernador comprometa gastos que exceden el marco presupuestario, y también restricciones en gasto corriente, como, por ejemplo, el gasto en personal. Adicionalmente, en materia de

Insumos/Constitucionales

transparencia, se incorporan los contenidos básicos que debe incluir una cuenta pública, además de establecer un acta de su gestión de traspaso al término de su mandato. Se sigue en este sentido la figura de traspaso que hacen las entidades edilicias.

Finalmente, una cosa bastante apetecida por el Gobierno Regional tiene que ver con normas de flexibilidad presupuestaria, entre esas, la autorización de utilizar el presupuesto de inversión para proyectos propios del gobierno regional, y la posibilidad de disponer de los recursos no gastados en ejercicios presupuestarios anteriores –saldos iniciales o los saldos de caja– dentro de los presupuestos de inversiones siguientes.

Eso en términos muy generales. Este proyecto también ingresó hace un par de semanas al Congreso y esperamos que inicie también su tramitación a la brevedad porque, como bien señalamos, es uno de los aspectos que genera mucha discusión.

Si ahora pensáramos en los desafíos, el primero que aquí tengo que señalar es el de la discusión constitucional, de disponerse al diálogo abierto y respetuoso. Sin capacidad de diálogo es muy difícil concordar una visión de futuro y, desde ahí, movilizar las voluntades para impulsar los cambios y ajustes institucionales que se requieren. De la mano de lo anterior, el segundo desafío y una vez ya asumidos los gobiernos regionales, dice relación con la capacidad de tender puentes entre las autoridades y concertar una visión compartida del territorio al servicio de la población. La reforma de la ley orgánica reforzó la capacidad del poder para planificar el territorio y esto supone necesariamente convenir una visión compartida de éste, articulando los esfuerzos a nivel local, entre los alcaldes y el Delegado Presidencial. Y en este desafío, el rol que debe asumir el Gobernador Regional –y el Gobierno Regional en su conjunto– se vuelve central.

Por cierto, este desafío de tender puentes trae aparejado un tercer desafío, que es el de establecer ámbitos de acción complementaria y no competitiva entre las distintas autoridades regionales. Esto parece absolutamente necesario, particularmente cuando uno mira las discusiones que se dan a propósito de la atención de emergencias. En general, parece que va a existir una disputa en la atención de las emergencias.

Personalmente soy de la idea de que, si somos capaces de entender las funciones que están asociadas al gobierno regional en materia de planificación territorial, lo natural sería que el gobierno regional asuma la fase previa a la prevención de la emergencia. De esta manera, la ley debe interpretarse en su conjunto, pues es la propia ley la que reconoce o le otorga facultades en materia de planificación del territorio y, como tal, cuando vemos que una de las funciones del delegado presidencial es el orden público, naturalmente es el llamado a asumir la primera fase de la emergencia o de la catástrofe y en fases posteriores probablemente en coordinación con los distintos sectores y autoridades locales, ambas autoridades se conecten. Y por cierto, acto seguido, éstos desafíos probablemente son conjuntos, habrán unos más rápidos, otros más lentos, tiene que ver con fortalecer las capacidades locales y robustecer la data.

Uno de los déficits que hemos visto en los gobiernos regionales es la ausencia de data y, muchas veces, también una diferencia significativa entre los equipos regionales asignados a las tareas de planificación y de ejecución. Y con esto no me refiero sólo a la ejecución del

Insumos/Constitucionales

gasto, sino que también a la ejecución de las distintas políticas de desarrollo que se establecen.

Yo soy una convencida de que las buenas ideas encuentran los mayores apoyos necesarios para materializarse y que la inversión atrae inversión. Si somos capaces de pensar detenidamente hacia donde queremos avanzar, podemos establecer probablemente una agenda realista de trabajo que no frustre las esperanzas en este proceso y asegure su éxito.

Finalmente, y relacionado con los puntos anteriores, otro desafío es promover el conocimiento del quehacer de cada una de las esferas y las instituciones por parte de la ciudadanía. Por eso, bajo el entendido de que la descentralización debe ser vista como un proceso que se ejecuta en diversas etapas o fases, resulta tan imperioso definir el qué, el para qué y el cuándo de cada uno de estos pasos. A hacer un esfuerzo por centrarnos en la implementación, porque naturalmente la descentralización, desde la perspectiva de la modernización del Estado, debe ser entendida como un proceso gradual y continuo, acorde a las características y desafíos que caracterizan a cada uno de los territorios y, por lo tanto, entender que algunos de los gobiernos regionales podrán ir más rápido y otros un poco más lento.

Es un proceso que necesariamente va a requerir de la articulación y la coordinación entre los sectores y una articulación multinivel, a fin de minimizar los riesgos de centralizaciones regionales o la profundización de las brechas interregionales. Naturalmente este proceso requiere actuar y adecuar la institucionalidad vigente y repensar la forma en que hacemos política pública de cara a los ciudadanos. Exige naturalmente un especial esfuerzo de los cuadros técnicos, pero también de los cuadros políticos. Es un proceso que requiere una participación activa y comprometida de las personas, de los grupos y organizaciones locales que reflejan las identidades regionales, bajo el entendido que la regionalización es un proceso cultural, además de económico y político-administrativo.

Y, probablemente lo más importante, debemos entender que la descentralización es un proceso que requerirá de un esfuerzo adicional de todos los sectores que participan en él, es un proceso que supone una capacidad para alcanzar acuerdos con una mirada de mediano y largo plazo, que pondrá a prueba la madurez institucional de los distintos niveles, así como la madurez de los actores políticos y la propia sociedad civil que se involucren en el proceso.

COMENTARIOS

JUAN ANDRÉS VARAS

Abogado, profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la U. Austral, y ex Intendente de la Región de los Ríos

Muchas gracias, Ignacio. Quiero agradecer, en primer lugar, la invitación del CEP y de CIEPLAN. Quiero, por cierto, agradecer la motivadora presentación de María Paz Troncoso de la SUBDERE. Y quiero comenzar estas palabras explicando que tomaré las palabras de María Paz como un pretexto para decir lo que uno dice siempre, más que para comentar específicamente lo que acaba de decir ella.

Respecto de la cuestión de la descentralización, he llegado a la conclusión de que soy un creyente escéptico. Y quiero explicar este oxímoron y, al hilo de esa explicación, compartir con quienes nos están hoy día viendo y escuchando mi mirada en relación con cómo deberían cambiar las cosas en las regiones en Chile.

Soy escéptico, en primer lugar, porque tengo la percepción de que las reformas políticas, las reformas administrativas y las reformas fiscales, por mucho que se implementen adecuadamente, a la larga –y, a decir verdad, a la corta, también– resultan bastante incapaces de cambiarle a la gente la experiencia de la cotidianeidad que supone vivir en los territorios.

Quiero compartir con ustedes tres tipos de datos que, creo, demuestran esta relativa impotencia de lo político y de lo público para intervenir en la cotidianeidad vital de la gente.

En primer lugar, si uno observa la conflictividad en regiones de los últimos 10 o 15 años, uno puede comprobar de una manera bastante radical, que nunca ha habido una lucha por una mayor autonomía política, una lucha por un representante electo en las regiones, una lucha por transferencia de competencias públicas, en ninguno de múltiples conflictos que ha habido a nivel regional. Eso está fuera de las preocupaciones ciudadanas absolutamente. Es más, si uno mira las protestas ciudadanas al hilo de lo que se ha ido llamando el estallido social, uno ve que las regiones se sumaron básicamente a las protestas de Santiago, pero no hubo una agenda propiamente regional de estos temas fiscales o políticos que le diera un contenido específico a la protesta social en regiones.

Por otra parte, esta aproximación se confirma si uno mira las encuestas de opinión de largo plazo, en el sentido de que en regiones la gente tiende a estar preocupada por otras materias. Tiende a estar preocupada por el medioambiente, la salud, la contaminación, el trabajo, la educación, etc., no por cuestiones políticas o administrativas del sector público.

En tercer lugar, creo que la mejor demostración de que este conjunto experiencial resulta cierto la he tenido en la región de Los Ríos. Desde el punto de vista administrativo, la región de Los Ríos –cuya capital es Valdivia– ha tenido un éxito significativo en la mejora de las condiciones en que se ejerce lo público. Si uno mira, por ejemplo, la evolución de lo que la región percibía

Insumos/Constitucionales

siendo provincia de Valdivia, como participación del Fondo de Desarrollo Regional de Los Lagos y lo compara con lo que comenzó a percibir después, se ha producido una multiplicación de ingresos en la región de más de siete veces. Si uno hace un análisis del presupuesto para nueva inversión de entidades públicas del MOP, la conclusión es más dramática todavía. El incremento de fondos públicos destinados a obra pública ejecutada por el MOP en la Región de los Ríos también ha experimentado una multiplicación por siete u ocho en los últimos años desde la creación de la región.

A cualquiera de nuestras familias que le multiplican los ingresos por siete u ocho le cambia la vida ¡Sin lugar a duda! Sin embargo, si uno le pregunta a la gente de la Región si le ha cambiado la vida, la gente responde: *'No, mire, la verdad no.'* Quienes sí reconocen que hay cambios son los dirigentes sociales, los políticos, los concejales y la gente que está más metida en el mundo de lo público. Pero la gente común y corriente siente que han cambiado muchas cosas, pero que nada ha cambiado en definitiva para ellos y sus familias.

En resumidas cuentas, soy un escéptico de estos procesos porque creo que el cambio en lo público produce poco cambio en la cotidianeidad y en la percepción que la gente sobre el futuro de sus hijos, el territorio y las regiones. Creo, en cambio, que este cambio está determinado por la actividad de los privados y eso es lo que me hace ser más profundamente liberal, aún a pesar de que se trata de descentralización. ¿Por qué creo esto? Porque la percepción sobre el futuro depende de las posibilidades que nosotros vemos de educación de nuestros hijos; de sanarnos y de operarnos en nuestros hospitales; de cambiar a un trabajo que esté mejor remunerado o de obtener remuneraciones que sean razonablemente parecidas, no digo iguales, pero razonablemente parecidas a las que se ven en Santiago o en regiones próximas a Santiago, etc. Es de eso de lo que depende la percepción ciudadana sobre el futuro de la vida familiar, social e individual desarrollada en los territorios y las regiones.

Aquí viene entonces la segunda parte de la explicación de mi oxímoron personal: ¿por qué, pese a todo, soy un creyente en la descentralización política y administrativa? La respuesta es esta: Creo que sólo cambiando la estructura y la distribución del poder en el territorio es posible –y estoy consciente de que esta posibilidad es una apuesta, naturalmente– que a un grupo de personas con poder político y legitimidad democrática se le ocurra que la necesidad esencial de las regiones dice relación con un estatuto del trabajo, de la inversión y del emprendimiento en los territorios del país.

Hoy día en Chile, salvo algunas normas en zonas extremas, hay muy poco –por no decir nada– que le diga a un inversionista, al que quiere desarrollar un proyecto, que puede desarrollarlo en condiciones igualitarias en los territorios alejados de Santiago, respecto de la capital. Si uno hiciera el ejercicio de entregarle dinero a estudiantes de Ingeniería Comercial (como se hace en teoría con inversiones bursátiles) para ver quien obtiene mayores utilidades desarrollando una empresa, el ganador del juego con seguridad habría instalado físicamente su empresa en Santiago o muy cerca. Por cierto, hay casos excepcionales como las actividades primarias, que por definición están en regiones: las vacas requieren de un pasto que está en sur; los bosques crecen con la lluvia del sur; los

Insumos/Constitucionales

minerales están en el norte. Pero fuera de esos casos, no existen en Chile incentivos verdaderamente significativos que iguallen la cancha entre Santiago y regiones para los agentes privados: para los trabajadores, para los inversionistas, para los emprendedores, para los que hacemos educación en regiones.

Eso es, creo yo, lo que significativamente falta en Chile para cambiar la percepción sobre el futuro de nuestra gente en los territorios. Y esto es particularmente grave en un país con la configuración geográfica de Chile. No es necesario recordarlo, pero Chile es una especie de cinta o tallarín gigante en donde la desigualdad es progresiva. Hay una desigual desigualdad. Rancagua está en ese sentido mejor que Linares, Linares está mejor que Temuco, Temuco está mejor que Osorno y Osorno está mejor que Coyhaique. Y así, entonces, se hace imperativa una legislación que produzca una corrección en este sentido. Aquí es donde creo que la transferencia del poder político a los territorios puede determinar que exista la necesaria presión política para que ese estatuto de la inversión privada, del emprendimiento y del trabajo de las regiones vea la luz.

Por eso la respuesta a la pregunta que se trataba de contestar en la convocatoria del CEP y CIEPLAN, relativa a qué es lo que podría hacer una nueva Constitución en materia de descentralización, es para mí muy sencilla: en vez de simplemente posibilitar, que es lo que actualmente hace el artículo 19 en sus numerales 20 y 22 que se apliquen ciertos tributos a desarrollos específicos regionales o que se establezcan mecanismos de incentivo para igualar la cancha), lo que debería tener una nueva constitución en esta materia es un mandato positivo al legislador. La Constitución debería decir que la ley deberá establecer los mecanismos que garanticen el ejercicio igualitario del trabajo, de la empresa y de la actividad privada en general en las distintas regiones del país.

Esa es mi esperanza y es la razón por la cual aún soy un creyente en materia de descentralización.

PATRICIO AROCA

Economista, profesor titular y Director de Investigación de la Escuela de Negocios,
Universidad Adolfo Ibáñez

Muchas gracias, Ignacio. Gracias por la presentación, María Paz, y por el comentario, Juan Andrés. Creo que voy a colgarme de este comentario para continuar reflexionando sobre el proceso de descentralización. Voy a agregar a mi presentación el concepto de desconcentración como un concepto complementario. En cuanto al concepto de descentralización, lo haré con una mirada más desde la economía, conforme al esquema que nos presentó María Paz.

Lo que pensamos es que estamos distribuyendo el poder político para que muchas decisiones se tomen en la región y, dado que se toman en la región, estas decisiones van a estar más cercanas a los problemas. Así, probablemente vamos a hacer una asignación más eficiente de los recursos del Estado. Hay evidencia que, cuando esto ocurre, existe el riesgo de incremento en la corrupción, ello porque los montos traspasados no son muy significativos y se multiplican los entes que toman decisiones por el número de regiones. Esta preocupación se ha reflejado en el diseño de la legislación, por lo que se espera que no sea un problema.

Está muy bien que cuidemos los recursos que se van a gastar y que se van a decidir en regiones, no solamente para que tengan mayor eficiencia o efectividad y que sean decididos por aquellos que son afectados directamente, sino que adicionalmente nos preocupemos de otro proceso que a veces ocurre, que es el de la duplicidad burocrática, que puede generar un aparato excesivamente lento, perdiendo la ganancia de eficiencia de la toma de decisiones cercana a los territorios. Cuando controlas un solo ente, puedes ganar en oportunidad, mientras que cuando debes hacerlo en 16 entes diferentes, puedes ganar en eficiencia en la asignación, pero perder la oportunidad requerida, lo que podría traer como consecuencia una situación peor que la que intentaste solucionar.

Sin embargo, cuando se hace una política de descentralización, siempre se está pensando cuál es el problema que hace surgir el hecho de que haya que descentralizar. ¿Por qué queremos que la gente en las regiones tome decisiones? Una razón es el de la eficiencia, pero otra es la de la concentración del poder. Cuando el poder está muy concentrado en grupos muy pequeños, tiende a afectar negativamente a la democracia. Y, adicionalmente, la concentración del poder no solamente empieza a generarse en el ámbito político, sino que también en el económico. Y, así como cuando se mira la concentración del poder político en el presidencialismo, también deberíamos mirar el ámbito económico, que muestra un poder tan o más concentrado que el político. Y sabemos que, cuando esta concentración ocurre, ya sea una concentración en una persona o en un territorio, ello empieza a afectar dos elementos claves: la economía de mercado como mecanismo de asignación de recursos y la propiedad privada como mecanismo para distribuir los bienes producidos en el mercado entre los ciudadanos. Para que estos dos mecanismos –el mercado y la propiedad

Insumos/Constitucionales

privada– funcionen adecuadamente, se requiere precisamente un control que evite la sobreconcentración en ellos: que evite que esa concentración logre entonces capturar mercados en las regiones y que la propiedad excesiva de riqueza capture decisiones políticas en el territorio.

Mi comentario va a estar dirigido en esa dirección: de mostrar algunos datos para complementar esta idea que nos planteaba Juan Andrés, como respuesta a lo que había expuesto María Paz.

Primero, en la idea de descentralizar tenemos que entender que las regiones juegan un papel más estratégico y las comunas un papel más operativo. Más estratégico significa que las regiones están más orientadas a planificar proyectos de inversión que van a afectar a más de una comuna y que normalmente están asociadas a proveer equipamiento necesario para que las comunas puedan dar un servicio adecuado a sus habitantes, como ejemplos pueden mencionarse hospitales, caminos, escuelas, etc., que en general su alcance tiende a cruzar los límites de una comuna y sirven a varias de ellas dentro de la región.

Cuando se mira la economía del país, esta tiene un tamaño, que actualmente es de más o menos unos 300 mil millones de dólares. De esos 300, 60 mil millones de dólares – alrededor de un 20%– son los que maneja el Estado. Entonces, el gobierno de este Estado va a manejar esos 60 mil millones de dólares. Y, de ese monto, el 12% está en manos de decisión de organismos subnacionales. Básicamente, los organismos subnacionales son el Gobierno Regional y los Municipios. Es decir, estamos hablando de siete mil millones de dólares. Con siete queremos cambiar el comportamiento de los 300, pero más específicamente de los 240, que son los que decide el mercado y la actividad privada.

Como se puede deducir, con estos montos –siete mil millones de dólares–, es poco probable poder cambiar el comportamiento de los 240. Y esta es una primera crítica que puede hacerse a la política de reducir las desigualdades que hay en el territorio, en cuanto a que no da lo mismo si uno nace en el sur, o en el norte o en la Región Metropolitana. O incluso, más específicamente, si uno nace en una comuna u otra en la Región Metropolitana. Como estas desigualdades tan significativas, se ha propuesto para su reducción esta política de descentralización, pero en esta política de descentralización hemos ignorado el rol del mercado y la propiedad de los medios de producción, lo que llamamos normalmente riqueza.

Para que se hagan una idea de lo anterior, el 80% de todas las ventas que se realizan en el país –según cifras del Servicio de Impuestos Internos– pertenecen a empresas cuya propiedad es de personas que habitan la Región Metropolitana. Es decir, que el 20% restante de las ventas que se hacen en el territorio pertenecen a personas que habitan en algún lugar que no es Santiago y eso es muy significativo.³³

³³ Al respecto, puede consultarse: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7386855/>, y, también, <https://www.ciperchile.cl/2020/09/05/concentracion-y-centralismo-una-mirada-territorial-a-nuestra-crisis/>

Insumos/Constitucionales

Cuando uno hace el mismo ejercicio, las cifras son parecidas mirando las ganancias, no solamente los salarios, sino que las ganancias. El 78% de la base imponible de las empresas, que uno lo puede entender como la ganancia, porque es lo que declaran las empresas después que a sus ingresos le han restado los costos que tienen, pertenece a la Región Metropolitana. En breve, tanto el mercado como la riqueza están excesivamente concentrados en la capital del país. Pero en esta legislación sobre descentralización del poder político no estamos tocando ninguno de estos dos elementos que son claves. ¿Cómo se tocan estos dos elementos? Les voy a poner tres ejemplos para mostrar como algunos países han abordado este desafío de resolver el problema de la concentración territorial y de los beneficios que genera el desarrollo de una sociedad utilizando en la economía, el mercado y la propiedad privada.

- Primer ejemplo: impuestos. El mercado solamente tiene impuestos, subsidios y prohibiciones como instrumentos para cambiar las decisiones privadas. Si uno mira el caso de Corea del Sur, hace unos 40 años atrás ese país tenía una situación muy similar a la chilena en términos de concentración en torno a su capital, la cual recaía en Seúl. ¿Qué hicieron? Pusieron grandes niveles de impuestos a la propiedad, lo que nosotros llamamos contribución y eso ayudó a reducir el crecimiento de Seúl y contribuyó a hacer crecer las otras ciudades fuera de su área metropolitana principal. Partieron, hace 40 años, con tres ciudades con una población superior a los 750.000 habitantes, cifra igual que nosotros hace 40 años atrás. Hoy día ellos tienen 14 y nosotros seguimos solamente con tres ciudades sobre 750.000 habitantes, algunas de esas tenían menos de 10.000 habitantes hace 40 años atrás.
- Segundo ejemplo: subsidios. Uno puede dar subsidios para una serie de casos. Damos subsidios para que se consuma más leche, damos subsidios para que los niños vayan al colegio. Holanda definió unos subsidios a las universidades y propuso que todas sus universidades en todo su territorio deben tener la misma calidad de educación. Hoy día 12 de las 13 universidades públicas de todo el territorio holandés³⁴, están dentro de las primeras 250 mejores universidades del mundo; su definición fue territorial. Para ello, hacen una medición de la calidad, y cuando hay una universidad que está reduciendo su nivel, entonces va el apoyo del Estado que ayuda a recuperarlo. Esto, porque existe el convencimiento que las universidades son un ente equilibrador de desarrollo territorial, y Países Bajos, más conocido como Holanda, es uno de los países con desarrollo regional más balanceado y con oportunidades similares para todos los habitantes de todo su territorio.
- Último ejemplo: prohibiciones, voy a poner un caso de prohibiciones. El caso de la zona franca, es un caso de prohibiciones, porque dentro de la zona franca se pueden hacer un conjunto de cosas que no están permitidas fuera de ella. Se definió a Iquique como una zona franca. Si uno mira el efecto que tuvo esta prohibición en el resto del país, solamente Iquique podía importar con arancel cero. Si uno mira su canasta

³⁴ De acuerdo al Ranking QS World University Ranking, Chile tiene 2 entre las primeras 250 y están en la RM, la primera en regiones aparece rankeada entre 600-650 y es la Universidad de Concepción.

Insumos/Constitucionales

productiva hoy día, uno de sus sectores más desarrollados es el de comercio internacional y tiene ingresos significativos por importar y reexportar. Muchas personas en Iquique saben importar y exportar (o re-exportar), con todo el proceso burocrático que ello supone. En muchas otras regiones del país hay pocas personas que hacen esto, lo que hace que sea muy caro, aun cuando hoy casi todo el país es una zona franca, ya que el arancel efectivo es inferior a 1%. Si se comparan los costos de importación con Valparaíso, por ejemplo, las diferencias pueden llegar a ser de más de 10 veces respecto del costo de Iquique. ¿Por qué se generó esto en Iquique? Una prohibición. Con esto quiero decir que no hemos utilizado los instrumentos que tiene el mercado, ni los instrumentos sobre la propiedad, para promover un desarrollo territorial más balanceado. Si no lo hacemos, con esta legislación que solamente descentraliza poder político, pero no promueve desconcentración económica, no vamos a resolver los problemas de desigualdad territorial de las oportunidades que existen, ni vamos a cumplir con las expectativas que tiene la ciudadanía del resto del territorio que no es Santiago.

Muchas gracias.

Enero 2021

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

ENRIQUE RAJEVIC

COMENTARIOS

ISABEL ANINAT

ALEJANDRO FERREIRO

Transcripción del seminario “¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?”,
realizado el 02 de noviembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí:
<https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/debe-decir-algo-la-constitucion-sobre-la-modernizacion-del-estado>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

Este seminario da cuenta de un diagnóstico bastante compartido sobre los defectos de la Administración del Estado que podrían ser objeto de mejoras regulatorias. También hay acuerdo en que la nueva Constitución algo debería decir sobre esto, y en que puede ser una oportunidad para una mejora regulatoria bien pensada. Algo menos de consenso hay, sin embargo, en cuánto debería extenderse la Constitución -en desmedro de la ley y de los reglamentos- sobre la materia. La pregunta con la cual se convocó este seminario, por tanto, no tiene respuestas categóricas ni definitivas. En esto radica, precisamente, su importancia e interés de cara a la deliberación constituyente.

Enrique Rajevic parte señalando algunas constantes en la historia constitucional de Chile sobre la Administración del Estado, que son problemáticas. Una es la indiferenciación entre Gobierno y Administración, lo que ha hecho difícil la materialización de un verdadero servicio civil, por lo que la Administración del Estado sigue demasiado atada a los ciclos del Gobierno, lo que dificulta su profesionalización. Otro problema es el excesivo centralismo de esa Administración. Un tercer problema es la dificultad de someter a control esa Administración, en especial, a un control judicial. Nunca se han creado los tribunales contencioso-administrativos que prometió la Constitución de 1925, ausencia que puede ayudar a explicar estas dificultades de control. Otro problema sería la rigidez en que ha devenido el principio de legalidad respecto de la regulación de los servicios y empleos. Un cierto principio de legalidad es aquí muy necesario, pero si se exagera la nota se corre el riesgo de no poder reaccionar con la necesaria velocidad. Un quinto problema sería una suerte de creación excesiva de órganos autónomos de carácter administrativo.

Para hacer frente a estos problemas, Rajevic propone como principio fundamental el evitar la captura política de la Administración. Una manera importante de hacerlo es separando expresamente Gobierno y Administración, de tal manera de crear una Administración que funcione cualquiera sea el color del Gobierno, ejecutando las políticas que cada Gobierno vaya diseñando. También propone garantizar la igualdad en el acceso y desarrollo en los cargos de la Administración. Además, sugiere permitir expresamente la negociación colectiva y el derecho a huelga para los funcionarios públicos -hoy ocurre de hecho, acota-, de la mano de un mejor estatuto para ellos. Asimismo, propone constitucionalizar la autonomía del Consejo Para La Transparencia y del sistema de la Alta Dirección Pública. La

Insumos/Constitucionales

transparencia es un principio muy importante, dice el autor, así como la igualdad en el acceso a los cargos de la Administración y en su desarrollo, como ya se mencionó.

Por otra parte, agrega que la Constitución debe cooperar en la descentralización del Estado, precisando bien las competencias entre los distintos órganos y niveles, con un claro mandato en sus disposiciones transitorias a la potestad legislativa para que ésta siga materializando el proceso. Y respecto de la organización y funcionamiento de la Administración, esta misma potestad legislativa debería otorgar a la propia Administración una cierta mayor flexibilidad para organizarse y funcionar. Además, Esta mayor flexibilidad también podría aumentarse por la vía de reformar la Contraloría General de la Republica.

Éstas, junto a la creación de una justicia contencioso-administrativa, son las propuestas más claramente constitucionales hechas por el expositor, quien las complementa con varias otras que tienen un carácter más legislativo.

Isabel Aninat comparte el diagnóstico hecho por Rajevic. Destaca la importancia fundamental de separar Gobierno y Administración, y de una cierta flexibilidad para que la Administración pueda regularse a sí misma con el objeto de poder reaccionar adecuadamente a las nuevas condiciones que van surgiendo en una sociedad en permanente cambio.

Agrega que ese permanente cambio, además, hace necesaria una mayor capacidad de coordinación horizontal y vertical entre los organismos del Estado. Presenta el ejemplo de la política migratoria. Ella no sólo exige una intensa coordinación entre distintos ministerios, sino que, además y muy especialmente, entre esos ministerios y los municipios, pues son éstos el punto de contacto más inmediato y frecuente que los inmigrantes tienen con el Estado. La Constitución tiene obviamente algo que decir para habilitar esta mayor coordinación.

A propósito de la descentralización, Aninat subraya, también, la importancia de contar con un mecanismo adecuado para resolver los conflictos de competencia que probablemente se van a suscitar entre los órganos nacionales y los subnacionales. Asimismo, destaca la necesidad de pensar bien la descentralización fiscal.

Por otro lado, enfatiza la importancia de la Contraloría General de la República en la modernización general del Estado, pero reitera con Rajevic el hecho de que, para que esto ocurra, la propia Contraloría debe ser modernizada. También concuerda con Rajevic en la importancia de establecer una jurisdicción contencioso-administrativa en forma, en especial ahora, cuando todo augura que la próxima deliberación constituyente va a aumentar la presencia y papel de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro sistema jurídico.

Por último, Isabel Aninat cierra con una advertencia y en esto se separa un tanto de Enrique Rajevic: la nueva Constitución puede ser una oportunidad para modernizar el Estado, pero, al mismo tiempo, se arriesga el peligro de constitucionalizar estas materias en exceso, comprometiendo hacia el futuro una flexibilidad que es indispensable. Así, por ejemplo, no comparte con Rajevic la idea de consagrar constitucionalmente la autonomía de nuevos órganos como, por ejemplo, el sistema de Alta Dirección Pública.

Insumos/Constitucionales

Alejandro Ferreiro, por su parte, también comparte el diagnóstico crítico de Enrique Rajevic y la advertencia de Aninat en el sentido de no constitucionalizar en exceso. A diferencia de ésta, eso sí, y en concordancia con Rajevic, Ferreiro es de la idea de constitucionalizar el Consejo Para La Transparencia como órgano autónomo-constitucional y suma un órgano encargado de evaluar el impacto de las regulaciones, función que Rajevic también propuso referir en la Constitución.

Ferreiro destaca la importancia de una arquitectura institucional bien diseñada por la Constitución, con órganos cuyos ámbitos de competencia sean lo más precisamente definidos que sea posible, evitando el riesgo de superposiciones entre ellos. Esto vale tanto para el Gobierno con el Congreso, para el Gobierno con las múltiples autoridades subnacionales, para el Gobierno con los órganos autónomos, y entre estos últimos, también. La descentralización es otra materia que él destaca, en especial la fiscal. Sugiere que la Constitución establezca reglas para evitar la discriminación arbitraria en las transferencias presupuestarias a las distintas unidades subnacionales, así como la importancia de un mecanismo que resuelva los conflictos de competencia entre los distintos niveles en los que se estructure la descentralización.

Y, con especial énfasis, Alejandro Ferreiro sugiere algo que está en las tres intervenciones de este seminario: la necesidad de que la modernización del Estado, como proceso continuo, tenga un órgano expresamente responsable, que tenga un “domicilio conocido”. Éste no debería estar específicamente consagrado en la Constitución -una razonable flexibilidad en estas materias también es importante para este comentarista-, pero ésta debería habilitar su creación.

Para terminar, valdría la pena que guardáramos en la memoria para la deliberación constituyente que se viene, la sabia frase de Otto Mayer citada por Enrique Rajevic en su presentación: *el derecho constitucional pasa y el derecho administrativo permanece*.

[Lucas Sierra](#) e [Ignacio Walker](#)

Coordinadores del Proyecto CEP-CIEPLAN para la deliberación constituyente.

¿Debe decir algo la Constitución sobre la modernización del Estado?

ENRIQUE RAJEVIC

Abogado, profesor de Derecho en la Universidad Alberto Hurtado, experto en gestión pública y modernización del Estado

Muchas gracias, Lucas, muchas gracias al CEP y a CIEPLAN por esta invitación y también a los comentaristas, a Isabel y Alejandro. Si bien me intimidan un poco, voy a hacer el mejor esfuerzo.

La pregunta, la verdad, no es sencilla, porque la Constitución podría decir mucho o no decir nada sobre este tema. La actual, por ejemplo, dice poco.

Yo me voy a referir en este tema, que puede ser muy vasto, a básicamente la Administración Pública, área a la que me he dedicado, omitiendo a las Empresas Públicas y las Fuerzas Armadas por sus peculiaridades.

Me voy a concentrar en los aspectos relativos a la modernización de la gestión; aunque podría hablar de otros temas de la Administración que serán parte del debate constitucional, pero que creo son más generales o transversales, como, por ejemplo, los temas de género y paridad; que sin duda también van a ser parte del debate.

Parto por asumir que si uno revisa la regulación que tenía la Administración Pública en nuestras Constituciones históricas, me refiero a las de 1833, 1925 y 1980, se encuentra con textos relativamente parcos y con ciertos rasgos comunes que pueden ser importantes para hablar de modernización.

Primero, diría que en ellos hay una suerte de confusión o indiferenciación, al menos, entre lo que es el Gobierno y la Administración, especialmente en el texto actual, porque ambas funciones quedan entregadas al Presidente de la República, figura que encabeza ambas

Insumos/Constitucionales

ramas³⁵, cuestión que se replica en los Ministros y Ministras de Estado.³⁶ De este modo, no queda muy claro qué diferencia hay entre Gobierno y Administración.

Segundo, una Administración que se asume centralizada y se proyecta descentralizar, pero de forma declarativa e ineficaz, pesando más ese Gobierno “fuerte y centralizador” del que ya hablaba Portales en la famosa carta a Cea de 1822. La Constitución de 1925 habló de una descentralización que no se concretó³⁷, y si uno mira los esfuerzos que hemos hecho con la actual Constitución en esta materia, no puede sino sorprender cómo, de nuevo, ha habido una demora importante entre las reformas constitucionales descentralizadoras y su efectiva implementación por parte del Legislador, lo que da cuenta de un problema recurrente.

También ha habido dificultades con el modelo de control, especialmente el control judicial de la Administración, que tuvo muchos problemas bajo la Constitución de 1925 ante la no creación de los Tribunales Contenciosos Administrativos; y con la profesionalización del empleo público, pues si bien la Constitución del 25^o procuró reaccionar a las prácticas clientelares de nuestro parlamentarismo de facto, la Constitución de 1980 tuvo una redacción mucho más cuidada en el tema que, finalmente, ha resultado un fiasco en su aplicación concreta.

Una línea de continuidad a destacar es la estricta legalidad para crear servicios y empleos públicos, con iniciativa exclusiva presidencial desde el año 1970, pero que ha sido un factor de cierta rigidez en el plano organizacional.

Y, por último, uno puede advertir en la Constitución del 1980 una tendencia a crear órganos autónomos de naturaleza administrativa; algunos directamente en la propia Constitución, como el caso del Banco Central y la Contraloría General de la República y, en el último tiempo, otros creados directamente por el Legislador sin habilitación constitucional expresa.

Dicho lo anterior, si pensamos en la futura Constitución, yo diría que su texto nos puede abrir puertas, nos puede cerrar también otras y, por último, nos puede empujar o impulsar en cierta dirección o incluso exigirla. Pero debemos tener cuidado al redactarla o algunas de sus partes pueden llegar a transformarse en verdaderos brindis al sol, como ha pasado históricamente.

³⁵ El artículo 24 inciso 1º de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, dispone que *El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado*. El artículo 60 de la Constitución de 1925 señalaba: *Un ciudadano con el título de "Presidente de la República de Chile" administra el Estado, y es el Jefe Supremo de la Nación*, en términos casi idénticos al artículo 59 de la Carta de 1833.

³⁶ El artículo 33 inciso 1º de la Constitución vigente establece que *Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado*.

³⁷ Véase el artículo 107, precedido por el título “Descentralización Administrativa”. El ejemplo más elocuente fue la no instalación de las Asambleas Provinciales que establecieron los artículos 97 a 100.

Insumos/Constitucionales

Por otro lado, las normas de la Constitución pueden tener distinta densidad, pueden ser más abstractas o más concretas. La concreción nos ayuda a que sean más eficaces, pero también nos rigidiza porque lo que queda en el texto va a ser difícil de modificar en el futuro, lo que exige buscar un equilibrio razonable.

Entrando en materia, lo primero que creo que debiera señalar la Constitución es la dirección a la cual debe conducirnos el Estado. En el inciso 4° del artículo 1° del texto vigente nos dice que es el bien común, entendido como *las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*. Agrega que el Estado debe, entre otras cosas, *promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional*.

Si uno mira la Constitución del 25', después de la reforma del llamado Estatuto de Garantías Democráticas de 1971³⁸, ve algo distinto. Garantizaba *el derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional*, exigiendo al Estado *...remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos...*³⁹ Esto puede parecer muy coincidente con las cuestiones que han estado en la discusión en este periodo y que está en otras Constituciones, como las de Italia (1947)⁴⁰ o España (1978)⁴¹, por ejemplo. La misma reforma constitucional consagró el deber estatal de adoptar *...todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional*.⁴²

Parece claro el enfoque distinto que tuvo la Constitución del 25' –en su versión de 1971– respecto de la Constitución del 80'. Esta última apunta a la igualdad de oportunidades, mientras que la del 25' persigue una igualdad más sustantiva.

³⁸ Ley de Reforma Constitucional N° 17.398 (D.O. 09.01.1971).

³⁹ Se trata del N° 17 que esa reforma agregó al art. 10.

⁴⁰ Artículo 3.2.: “Corresponde a la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad entre 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”.

⁴¹ Artículo 9.2.: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁴² Se trata del N° 16 que esa reforma agregó al art. 10 de aquella Constitución.

Insumos/Constitucionales

Mientras más nos acerquemos a la segunda opción –igualdad sustantiva–, que por lo demás parece responder mejor a lo que ha reclamado nuestra sociedad en el estallido de octubre de 2019, más urgente va a ser tener una gestión pública de calidad.

Esta primera definición servirá de faro para la gestión pública, aunque asumo que es un tema polémico. Incluso, un documento que elaboró un grupo de constitucionalistas de diversas orientaciones políticas antes del plebiscito no se puso de acuerdo en este punto y dijo que, tal vez, la Constitución no debiera decir nada sobre esto.⁴³

Sea como fuere, vamos a tener un aparato público que nos va a conducir a algún lado y, sea cual sea ese derrotero, deberemos preocuparnos por su buena gestión.

Lo primero que yo esperaré de la nueva Constitución en este punto es que evite la captura política de la Administración Pública, cuestión que requerirá establecer un conjunto de reglas y de principios.

Primero, me parece que tiene que distinguirse el Gobierno de la Administración de manera clara, como dos complejos orgánicos distintos, aunque íntimamente relacionados. Esto no depende de tener un régimen presidencial o un régimen parlamentario o uno semipresidencial, si bien estos últimos pueden favorecerlo. En simple, significa que tenemos un Gobierno a cargo de diseñar las políticas públicas, con poderes presupuestarios y normativos y, por otro lado, una Administración que está dirigida por el Gobierno, cuya finalidad es implementar esas políticas y prestar servicios directamente a la ciudadanía.

Un clásico administrativista español, Fernando Garrido Falla, comentando el artículo 103 de la Constitución española de 1978, cuando recién empezaba a aplicarse, acuñó una expresión que me gusta mucho. Dijo que la Administración debía respetar el “principio de la eficacia indiferente”⁴⁴, porque debe funcionar con el mismo celo en todos los Gobiernos; da lo mismo si es uno del signo político “A”, “B” o “C”, si es la presidencia de Michelle Bachelet o la de Sebastián Piñera. Este es un primer punto importantísimo por consagrar, porque implica establecer una fisonomía de la Administración Pública diferente de la del Gobierno, entendiendo que la primera implementa profesionalmente las políticas que diseña este último, además de prestar servicios a la ciudadanía.

⁴³ Me refiero al grupo “*Conversaciones Constitucionales*”, integrado por 25 académicos/as, que elaboró un documento (“*Ideas para una Constitución que nos reúna*”, disponible en: http://derecho.uc.cl/images/Texto_final.pdf). Sobre este tema señala: *Un aspecto sobre el cual ha existido un abanico abierto de posiciones entre nosotros, es si debe consagrarse una definición en la Constitución que asuma como principio central del Estado el carácter de “Estado social y democrático de derecho”, de “Estado subsidiario” o de “Estado social, democrático y liberal de derecho”. Todas estas propuestas son legítimas y tienen sentido en diversos contextos. Tal vez una idea que no hay que descartar sea no efectuar ninguna definición nutricional del Estado de esta clase, habilitando a la política para que sin cortapisas y en el ejercicio democrático de las mayorías se acerque más a un Estado liberal o a uno social, cada uno orientado desde filosofías diversas, en una sociedad política plural.*

⁴⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, La Institución Administrativa en la Constitución Española en Revista Internacional de Ciencias Administrativas. 46 (1980), p. 18.

Insumos/Constitucionales

Esto también supone garantizar el acceso y el desarrollo con igualdad de oportunidades en los cargos que emplea la Administración Pública, tema que no hemos logrado garantizar. Hoy día sabemos que 2/3 partes del empleo público no han tenido garantizado este principio, sea porque han entrado por la vía de la contrata o de honorarios permanentes, una cuestión que no debería haber ocurrido. Aquí, por ejemplo, podríamos modificar el artículo 19 N° 17 de la Constitución actual, y que se remonta a 1833, pues garantiza el acceso a las funciones públicas sin exigir igualdad, pasando a ser una norma bastante inútil y que podría reformularse para estos efectos.

Esto no quita, evidentemente, que deban seguir existiendo cargos de exclusiva confianza, pues los Gobiernos necesitan una capa de personal que les permita diseñar las políticas por las cuales fueron votados, pero hay que definir hasta donde van a llegar estos cargos y donde empiezan los técnicos. El límite preciso puede quedar entregado a la ley; pero en la Constitución debería haber un lineamiento orientador que impida generalizar la exclusiva confianza u otros modelos precarios, como el modelo de la contrata, y potencialmente clientelares.

La exclusiva confianza debería restringirse al campo del Gobierno, ni siquiera diría por completo, pues incluso allí el rol de soporte debiera ser técnico. Solo en casos muy calificados debería permitirse, tratándose de cargos en la Administración Pública, pues en ella el principio tiene que ser el del mérito y la capacidad.

Algo que también creo debiera revisarse es el campo de los altos directivos públicos que dirijan organismos, cuyas funciones sean administrativas; es decir, de ejecución de políticas públicas y provisión directa del servicio a la comunidad, que es lo que hoy dice la ley N° 19.882 de 2003, que regula la Alta Dirección Pública. Este grupo debería ser seleccionados mediante un concurso sobre sus atributos profesionales y de gestión, y que sea conducido por un organismo autónomo, algo como el Consejo de Alta Dirección Pública, pero con autonomía; es decir, que no sea dirigido por un funcionario de exclusiva confianza presidencial. Además, yo agregaría que debieran ser prorrogados al menos una vez si cumplen satisfactoriamente con sus deberes y convenios de desempeños, por supuesto, en la forma que indique la ley, para evitar este dispendio increíble de tener directivos públicos que han sido seleccionados mediante un sistema que en teoría está buscando sus atributos, pero que son removidos o no renovados apenas cumplen sus tres años, como ocurre en promedio.⁴⁵

La verdad tiene poco sentido montar este sistema con esta rotación, porque no hay institución pública, a mi juicio, que pueda avanzar satisfactoriamente con cambios en su dirección superior cada tres años.

Dentro de este grupo de directivos debiera haber uno por Ministerio que dirija su gestión administrativa, que coordine y supervigile a los servicios públicos que estén adscritos al Ministerio en su dimensión administrativa. Estoy siguiendo la idea de lo que fue “Chile

⁴⁵ Puede verse este indicador, para noviembre de 2020, disponible en:

<https://datastudio.google.com/u/0/reporting/1PvN-ImG2NIMUR2W2L1PL1kVpLrIRLW4Y/page/Eh4d>

Insumos/Constitucionales

Gestiona”, y que también rescataba hace poco Mario Weissbluth en una columna, como figura paralela a la de los subsecretarios públicos que hoy tenemos.⁴⁶

Además, si vamos a tener un organismo autónomo que se dedique a estas tareas, sería muy interesante que emitiera anualmente un informe sobre el estado del empleo público en el país, tanto el directivo como el no directivo; que sea estadístico y cualitativo, y nos permita saber cómo va evolucionando el Estado. Ciertamente aquí estoy descendiendo a un nivel de mucha concreción, pero es porque creo que aquí lo hemos hecho mal y si no esposamos al poder –y tiramos lejos las llaves– lo más probable es que volveremos a tropezar con la misma piedra.

Por último, en esta idea de separar Administración de Gobierno, creo que sería importante admitir expresamente en la Constitución que, en casos calificados, la ley pueda crear organismos administrativos autónomos. Hoy día tenemos algunos, como el Instituto de Derechos Humanos o el Consejo para la Transparencia. Estos organismos deben quedar fuera de la dirección del Gobierno y eso debería decirlo la Constitución, porque si el Presidente o Presidenta de la República encabeza el Gobierno y la Administración, estos organismos estarían dirigidos por el Gobierno. Creo que tiene que aceptarse que algunos no lo estén, como pasa hoy día con los que están en la Constitución, por ejemplo, la Contraloría, el Banco Central y las Municipalidades que, siendo parte de la Administración, son autónomos. A nivel legal, encontramos el caso del Consejo para la Transparencia.

Además de abrirle ese espacio al legislador, convendría establecer que la provisión o reclutamiento de los órganos directivos de esos órganos tenga que contemplar una postulación abierta y un sistema de audiencias públicas. De nuevo, la idea es evitar eficazmente la captura política de estos organismos.

Esto también debería aplicarse a los programas presupuestarios y los organismos que crea la propia Ley de Presupuestos, pues esta última se ha transformado en una vía oblicua para evitar regulaciones permanentes, como ocurrió con el tope porcentual de las contrataciones, y eso no puede ser. Hay que reconducirla a su sentido preciso.

Eso, entonces, respecto de separar Gobierno de Administración.

Un segundo punto importante para mí es modernizar el estatuto del empleo público. Ya dije mucho al respecto. Solo agregaría que creo que también hay que admitir expresamente la negociación colectiva y la huelga de los funcionarios, hoy prohibidas de manera totalmente estéril, como nos consta a todos, pero regulándola para equilibrar esos derechos con el derecho de los usuarios, el derecho de todas las personas y, ojalá, con un régimen transitorio constitucional que contemple una regulación mínima, para así evitar que siga ocurriendo lo que pasa ahora, en tanto no se legisle. En otras palabras, si hoy la huelga está prohibida, pero de igual forma hay paros, si la permitimos sin una regulación mínima transitoria, no habremos avanzado prácticamente nada.

⁴⁶ Columna “*La Constitución y el Estado*”, de 29.10.2020, disponible en: <https://www.elmostrador.cl/destacado/2020/10/29/la-constitucion-y-el-estado/>

Insumos/Constitucionales

Un tercer punto consiste en que debiéramos abrir una mayor flexibilidad organizadora y de actuación en la Administración Pública. Los Gobiernos debieran poder reorganizar los Ministerios y Subsecretarías cambiando nombres; agrupando; fusionando, pero, por supuesto, manteniendo las unidades de la Administración y sus funcionarios, me refiero a los funcionarios administrativos. Serían cambios en la capa superior dejando intactas las inferiores, pero que permitirían que el Gobierno intencione su programa o sus fórmulas de coordinación y dirección. Para reformar las capas inferiores de la Administración, en cambio, se necesitaría de una ley.

Con todo, también daría un grado de mayor libertad en la organización de las unidades administrativas, por ejemplo, ampliando el ámbito de duración de las leyes delegatorias que permiten dictar decretos con fuerza de ley en materia organizatoria, que actualmente es de un año solamente. Deberíamos tener leyes delegatorias con una duración más amplia que permita a los Gobiernos tener una flexibilidad. Esto, manteniendo también otras flexibilizaciones que se han estado dando en el último tiempo, como ocurre a nivel municipal en que los Concejos, con un conjunto de restricciones, pueden crear o suprimir empleos y bajar remuneraciones; o con la fijación de las rentas de las altas autoridades políticas que también salieron de la ley y pasaron a una comisión constitucional *ad hoc*. Lo importante es que, garantizando la contención del gasto, generemos flexibilidad para la gestión.

Por último, en cuanto a la legalidad, creo que tradicionalmente hemos tenido un enfoque que enfatiza una vinculación positiva muy estricta, que nos lleva al final a que “quien nada hace, nada teme”. No dudo que la vinculación positiva, es decir, la exigencia de habilitación expresa previa de la ley para la actuación administrativa debe mantenerse cuando esta pueda restringir derechos, pero en los demás casos deberíamos abrirnos a una mayor flexibilidad para no detener la innovación y paralizar la gestión pública, conteniendo siempre el gasto.

Para ir terminando, otro tema que evidentemente debemos abordar es el de la descentralización. Desde 1925 las directrices constitucionales no han bastado. Por eso creo que la Constitución aquí tiene que ser enfática, manteniendo lo que se ha avanzado, es decir, la elección democrática de autoridades regionales, pero señalando en la Constitución cuáles son las competencias de la capa regional y las de la nacional, y estableciendo un plazo definido de transición para que sean las primeras asumidas por el nivel regional o seguiremos esperando a Godot en esta transferencia por cuentagotas.

También habría que indicar en la Constitución qué poderes especiales van a tener los Gobiernos Regionales en las áreas metropolitanas, especialmente porque aquí no solo se necesita que el nivel central transfiera competencias al GORE. Necesitamos que el GORE tenga competencias para disciplinar a los municipios en transportes, en residuos, en ordenamiento territorial, en urbanismo. Dicho de otro modo, que absorban algunas competencias municipales. Además, la Carta Fundamental debería darle fuentes propias de financiamiento a los Gobiernos Regionales acordes con sus competencias. En las áreas metropolitanas, por ejemplo, se impone una redistribución distinta del fondo común

Insumos/Constitucionales

municipal o mantendremos esta desigualdad urbana que tenemos hoy por hoy en las grandes ciudades.

Cuatro cosas para ir cerrando.

Control. La Contraloría General de la República ha sido un factor muy importante para el funcionamiento de la Administración Pública, pero, en mi opinión, el control de legalidad que realiza debiera restringirse al ámbito presupuestario y de personal, eliminando el control de legalidad *ex ante* de los reglamentos. Es un tema discutible y puede ser polémico, pero la demora que supone la toma de razón no me parece que se justifique. Preferiría el control *ex post* de los Tribunales de Justicia cuando alguien lo requiera.⁴⁷ No me molestaría, y podría ser conveniente, una opinión consultiva dentro de un plazo acotado, pero no más que eso.

Por supuesto, también traspasaría a los Tribunales de Justicia el juicio de cuentas, algo donde diría que hay un alto grado de consenso. Mantendría, por supuesto, la auditoría y el control presupuestario y de personal, que son muy relevantes. Dicho todo esto, no creo que se justifique que el Contralor o la Contralora sean abogados si cambiaran las funciones, y digo todas estas cosas porque actualmente la Carta Fundamental trata todo esto de un modo que impide que la ley pueda tomar otras opciones.

Por otro lado, creo que también sería importante que la Constitución generase un organismo autónomo a cargo de controlar la eficiencia, la eficacia y la calidad de las políticas públicas, superando el foco del control de legalidad que tiene Contraloría. Que opere con un análisis selectivo y aleatorio, y que podría depender incluso del Congreso Nacional. Es la discusión sobre la agencia de calidad de las políticas públicas que tenemos hace cuatro gobiernos como idea; y ésta es una oportunidad para darle un espaldarazo fuerte.

Directrices y principios constitucionales. Mantendría los principios de probidad y transparencia, claves para una buena gestión pública. En esa línea, sería muy conveniente constitucionalizar la existencia del Consejo para la Transparencia y la del Derecho al Acceso a la Información Pública como derecho fundamental explícito. En materia de transparencia hay una interpretación que dice que el artículo 8º de la Constitución es el techo de la transparencia, y me parece que eso es un sinsentido: debería ser más bien el piso que el legislador puede ampliar, siempre respetando los derechos de las personas y admitiendo otros límites legales fundamentados en el interés general.

En probidad habría que encargar al Legislador y a todos los órganos estatales la función de adoptar medidas apropiadas para resolver los conflictos de intereses, incluyendo los problemas de puerta giratoria *pre* y *post*; es decir, antes de entrar al sector público y al abandonarlo, para garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas.

⁴⁷ Hago presente que no mencioné la potestad dictaminante de Contraloría porque no aparece en el texto constitucional, pero en el esquema que planteo debiera reducirse. Con todo, creo que éste es un tema que debería resolver el legislador, idealmente generando una justicia contenciosa administrativa especializada ágil y desformalizada, manteniendo lo mejor de Contraloría.

Insumos/Constitucionales

Establecería, también, los principios de rendición de cuentas, de coordinación y solidaridad. El primero, porque nos indica que el poder se ejerce por encargo de otros y en su beneficio. Los dos últimos, porque si aumenta la descentralización serán fundamentales para evitar nuevas asimetrías.

Otro principio que debería contemplarse es el de la participación ciudadana, pues, si alguna lección salta a la vista del estallido social es que la gestión pública debe construirse con las personas.

Finalmente, establecería que la gestión pública debe ser eficaz, eficiente y con calidad, como decía en la misma columna que mencioné antes de Mario Waissbluth, exigiendo que un Ministerio deba encargarse de ello. No quiero decir que la Constitución cree este Ministerio o le ponga un nombre. La Constitución de hoy dice, por ejemplo, que el Presidente o Presidenta de la República puede encomendar a uno o más Ministros la coordinación interministerial y las relaciones del Gobierno con el Congreso. Podría ser una fórmula de este tipo. Lo importante es que la Constitución encargue hacer seguimiento a la eficacia, la eficiencia y la calidad de la gestión pública. Fijarle un domicilio conocido a esta misión es sumamente importante para darle continuidad a estos esfuerzos.

Por último, también establecería en la Constitución la exigencia del análisis del impacto regulatorio de las normas y las políticas públicas, así como su consulta pública, por supuesto, en la forma que indique la ley. Actualmente los mensajes que hace el Gobierno cuentan con un informe financiero de la DIPRES –Dirección de Presupuestos– lo que me parece insuficiente. Cuando vayamos a regular, tenemos que analizar evidencia, sopesar costos-beneficios, hacernos responsables del análisis. No desconozco los esfuerzos hechos en esta materia a través de Instructivos Presidenciales por los últimos Gobiernos, pero, en mi opinión, son insuficientes para cambiar el estado de cosas en esta materia. Un mandato constitucional tendría mejores perspectivas.

Finalmente, recordando a uno de los maestros del derecho administrativo alemán, Otto Mayer, quien al final de su vida escribió en el prólogo de uno de sus libros, en 1923, una frase que ha hecho fortuna: *el derecho constitucional pasa y el derecho administrativo permanece*. Esta frase se entiende con facilidad considerando que le tocó vivir el camino a la unificación alemana, el imperio (1871) y la República de Weimar (1918) tras la Primera Guerra Mundial, sin que eso mermara la continuidad de la Administración Pública.

Por cierto, la frase de Otto Mayer debe relativizarse o todo el ejercicio que estoy haciendo sería inútil. La menciono porque nos pone de bruceos frente a una realidad: la Administración Pública es un complejo que maneja muchos recursos y tiene una inercia enorme. Pensar que puede modificarse con ciertos ajustes constitucionales es una ilusión.

Poder incidir en la Administración Pública requiere mucho cuidado, porque esa inercia la hace poco permeable a las simples declaraciones. Debemos buscar la manera de lograr que efectivamente esas declaraciones o principios se implementen. No puedo dejar de recordar la experiencia de las Asambleas Provinciales o la de los Tribunales Contencioso Administrativos en la Constitución de 1925, o la de la carrera administrativa en la Constitución de 1980. Todos ejemplos de cosas que se dijeron y no se hicieron. Por eso digo

Insumos/Constitucionales

que debemos ser cuidadosos y creativos o podemos tropezar de nuevo con las mismas piedras.

Eso era lo que había preparado, muchas gracias.

COMENTARIOS

ISABEL ANINAT

Abogada, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Trabajó en la coordinación de la Comisión de Modernización del Estado del CEP (2016 y 2017).

Voy a partir por agradecer la invitación, es para mí un honor estar en este seminario hoy. Primero, porque me siento un poco volviendo a mi casa no solo porque es CEP - CIEPLAN, sino, también, porque se trata de un tema como éste. Pero, además, porque me toca compartir panel con Enrique y con Alejandro, y también, con Lucas, por supuesto. Enrique y Alejandro fueron y han sido muy generosos en compartir sus conocimientos y experiencias conmigo en los últimos años, en los que me tocó trabajar en los temas de modernización del Estado. Trabajamos en conjunto arduamente y siempre han sido muy apoyadores y entusiastas en generar propuestas transversales, así que les agradezco, nuevamente, y espero que ésta sea la primera de muchas conversaciones que tengamos en torno a la pregunta sobre la modernización del Estado y la Constitución.

Voy a comentar la presentación de Enrique, pero será como un comentario general para seguir conversando. Creo que su presentación cubre muchos aspectos que podrían ser tratados cada uno en sí mismo, aisladamente. Podría ser cada uno un seminario ¿no es cierto?, así es que no quiero referirme a cada punto en específico porque alargaría en exceso mi intervención. Más bien, intentaré dar una respuesta algo general, y como decía, creo que nos van a quedar todavía muchos temas por desentrañar.

El punto de partida es el siguiente: todos los que hemos trabajado en modernización del Estado creo que cargamos con una especie de desesperanza. No sé si desesperanza es la palabra precisa, pero algo tiene que ver. ¿Por qué lo digo? Porque propuestas hay muchas, transversales, acordadas, planteadas, vueltas a plantear; hay técnicos que han logrado acuerdos en una infinidad de temas específicos. Pero, al mismo tiempo, si bien ha habido algunos avances, ellos son muchos menos que los que podríamos esperar. En general, esos avances han ocurrido como respuestas a crisis, crisis de probidad en muchos casos. Estoy generalizando, pero ha sido en esos momentos cuando estas reformas han encontrado su oportunidad, su espacio.

Entonces, como decía, creo que esa suerte de desazón, de desesperanza, que solemos cargar quienes trabajamos en modernización del Estado, por querer ver más avances, por querer ver que las propuestas que se han planteado una y otra vez se tomen en cuenta; por buscar que esas reformas lleguen a buen puerto. En ese contexto, entonces, la nueva Constitución podría ser una ventana de oportunidad para darle un nuevo impulso a la modernización del Estado.

Insumos/Constitucionales

Por supuesto, una Constitución es fundamental para ver cómo funciona el Estado. Está la estructura del Estado y los principios que deben orientar su funcionamiento, sin embargo, debemos evitar que esta ventana de oportunidad se transforme en el momento de constitucionalizar en exceso.

El riesgo es ver esta nueva Constitución a la luz de ese refrán que dice: *mejor pájaro en mano que cien volando*, y pensar que, si ahora incorporamos muchas de las cosas que hemos trabajado en el pasado, entonces ahora sí vamos a lograr que se materialicen, porque ya las pusimos en la Constitución. Creo que modernizar el Estado debe responder a preguntas sobre cómo el Estado se adecua en el tiempo, no para ahora, no para el próximo año, no para los próximos dos años, sino para una sociedad cambiante. Porque si hay algo que nos hemos dado cuenta este año, es que el mundo cambia y cada vez más rápido.

El problema que tenemos es que la modernización del Estado, como decía antes, es que ha sucedido en hitos, en saltos discretos, en reformas sectoriales o muchas veces por cambios mediante vías excepcionales. Enrique, por ejemplo, nombraba la Ley de Presupuestos. El proceso constituyente nos invita a que pensemos qué reglas o instituciones pueden facilitar que el Estado se adapte a las necesidades y actúe de forma coherente y sistemática, antes que a constitucionalizar determinados órganos y procedimientos.

Porque, en términos de modernización, los avances no son únicamente constitucionales - por supuesto hay cuestiones que son constitucionales-, pero, como dice Enrique al final de su propuesta citando a Otto Mayer, el derecho administrativo permanece por sobre los cambios del derecho constitucional. Ojalá que le dejemos gran espacio al derecho administrativo.

¿Qué debiese estar en una Constitución para estos efectos?, se pregunta Enrique. Y yo estoy de acuerdo con él en algo central: la separación de Gobierno y administración. En la Constitución actual se tratan conjuntamente y así ha sido en nuestra historia constitucional. Este tratamiento conjunto hace más difícil separar la Administración permanente, por una parte, del personal que ingresa con el Gobierno de turno, por la otra. Y si queremos avanzar hacia un modelo de empleo público que no sufra las presiones de la política partidista, ni este sujeto a los vaivenes del ciclo electoral, entonces esa distinción que mencionaba Enrique es clave.

Para ello será fundamental la discusión de régimen político. En países con regímenes parlamentaristas, con un modelo de servicio civil como, por ejemplo, Canadá, Nueva Zelanda, Australia e Inglaterra, esa separación es nítida. Pero, si bien el régimen político y la Administración del Estado son discusiones que debemos abordar en conjunto y que solemos analizar por separado, me parece que esta distinción debe mantenerse tanto si mantenemos el régimen presidencial, como si transitamos hacia uno semi-presidencialista o parlamentario.

También estoy de acuerdo con muchas cuestiones que Enrique planteó sobre empleo público. Aunque tengo una diferencia: no incluiría a la Alta Dirección Pública en la Constitución, no porque yo no crea en la "ADP", por el contrario, pero pienso que para que funcione bien el sistema, tenemos que dejárselo a la ley.

Insumos/Constitucionales

¿Cuánto del artículo 38° se cumple hoy por estar en la Constitución?⁴⁸ Ya Enrique lo mencionaba. Creo que tenemos que aprender que no porque algo esté en la Constitución significa que va a funcionar mejor. Entonces, separemos Gobierno de la administración, seamos muy estrictos en ello, pero dejémosle a la ley el sistema para que la implementación sea efectiva.

Otro aspecto en que yo estoy de acuerdo con Enrique es introducir espacios de flexibilidad en la organización del Poder Ejecutivo. Y acá hay mucho que podemos aprender de la historia. En 1923 una ley facultó al Ejecutivo para establecer la organización definitiva de las oficinas y servicios públicos, cuatro años después pasó lo mismo. De nuevo en 1931 con la Ley N°5.005, con González Videla en 1947, con Ibáñez en 1953 y así existieron delegaciones legislativas con el objetivo de reestructurar la Administración del Estado en 1956 y 1959. Pienso que esta idea que circula a veces en el sentido de tener un organigrama fijo del Estado, de hacer el mapa definitivo de los ministerios, es una quimera. ¿Por qué? Porque si pensamos a 30 años lo que vemos es un mundo sujeto a cambio permanente, probablemente ello siempre ha sido así, el futuro siempre es incierto, pero por distintas razones, y especialmente por la tecnología, ello parece haberse acelerado y quiero poner dos ejemplos:

- Según el INE al año 2050 el 23 por ciento de la población tendrá más de 65 años y se elevará el número de personas sobre los 80 años. Tendremos más personas mayores que menores de 14 años. El envejecimiento de la población tiene efectos sobre la fuerza laboral y la productividad, pero también en el gasto público, en el sistema de pensiones y en el sistema de salud. Pensemos eso en términos de servicios públicos, ¿Qué significa otorgar servicios públicos con ese tipo de población?, ¿Qué significa en términos de su impacto en lo fiscal, pero, también, en la manera como se entregan las prestaciones?
- Otro ejemplo. Chile es un país altamente vulnerable frente al fenómeno del cambio climático y ello significa que va a tener efectos sobre la agricultura, la pesca, el acceso al agua, la ubicación territorial de la población, el turismo, los grandes proyectos de infraestructura y el tipo de energía. Traduzcamos eso mismo ahora en ministerios, medioambiente, MOP, vivienda, economía, energía, agricultura y ciencias. ¿Cómo van a actuar coordinadamente para pensar en soluciones que aborden los desafíos del cambio climático con una mirada conjunta?

El punto es cómo pensar un Estado para una sociedad que será cada vez más cambiante y sujeta a mayores incertidumbres. Entonces, como bien dice Enrique, lo que hay que hacer

⁴⁸ El artículo 38° de la Constitución señala: *Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.*

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Insumos/Constitucionales

es introducir algunos elementos de flexibilidad. La Constitución de 1980 que, ante una Administración pública que se había desarrollado anteriormente de manera heterogénea e incoherente, trató de establecer un régimen único que lo ordenara. La Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley Nº 18.575, justamente apunta en esa dirección. Pero ¿Cuál es la contracara de esa búsqueda de orden? ¿Cuál es el precio que se paga? La rigidez, y ¿Qué ha pasado con la rigidez? Hace que busquemos válvulas de escape. Enrique nombró una, la Ley de Presupuestos. Otra es la Ley de Reajuste del Sector Público. Yo pensaría que un nuevo texto constitucional busque introducir dos conceptos claves para el funcionamiento del Estado: flexibilidad y coordinación, porque las demandas hoy son cada vez más interdisciplinarias y complejas y, por tanto, exigen crecientemente una acción conjunta de parte de los ministerios y servicios.

Ahora voy a aludir a otra sección de lo que mencionó Enrique, que es la descentralización. Primero, quiero mencionar muy especialmente que incluyo descentralización porque solemos hablar de modernización del Estado enfocados en el Estado central. Pero es necesario unir ambas discusiones y me parece que las nuevas reformas en curso nos ponen en una situación compleja.

La nueva Constitución será redactada con Gobernadores Regionales que estarán recién electos, y con un sistema de traspaso de competencias que ya empezó a operar en esta primera etapa en que estamos. No será fácil, por tanto, cambiar el sistema de traspaso de competencias que está en curso.

Y quiero incorporar tres elementos más:

El primero dice relación con el hecho de que, tratándose de descentralización, es urgente contar con un mecanismo de resolución de conflictos y contiendas de competencias entre los distintos niveles y las distintas autoridades. La Constitución actual cuenta con un mandato que deja a la ley, pero esta ley no se ha dictado. En el proyecto de Ley de Rentas Regionales se incorpora una propuesta.

El segundo elemento que quiero agregar a la descentralización es uno que quedó pendiente: la descentralización fiscal. Enrique menciona la solidaridad interregional, algo de esto ya está contenido, por supuesto, en el artículo 3º de la Constitución actual⁴⁹, pero creo que, como dice Enrique, hay que mirar con mayor detención cuestiones como el Fondo Común Municipal. Yo agregaría también el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, el FNDR, ahí está la propuesta de Ley de Rentas Regionales que acaba de ingresar, y todo lo que dice relación con la distribución de los recursos. Manteniendo la responsabilidad fiscal hay un amplio espacio de reformas, no solo constitucionales, sino, también, administrativas y de gestión

⁴⁹ El artículo 3º de la Constitución dispone: *El Estado de Chile es unitario.*

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Insumos/Constitucionales

que podemos hacer y aquí paso un aviso, pues este libro recién publicado toca estas materias: *Más allá de Santiago: Descentralización fiscal en Chile*.⁵⁰

Y el tercer elemento es la coordinación. Pareciera que hemos tratado con más profundidad la coordinación entre ministerios o entre servicios públicos, pero mucho menos entre los distintos niveles territoriales. Aquí voy a poner otro ejemplo: la futura nueva Ley de Migraciones, que debe estar pronta a terminar su procedimiento legislativo, exige la dictación de una política nacional de migraciones, y esa política la va a hacer el Gobierno central. Sin embargo, los municipios son las entidades públicas con mayor contacto cotidiano con las personas y la realidad migratoria es muy diversa si la miramos por regiones. En los últimos años, en nuestro país lo que vemos es que los inmigrantes no se distribuyen homogéneamente en el territorio. ¿Cómo aterrizar, entonces, una política nacional de migración a nivel local?, ¿Cómo dar cuenta de heterogeneidad que existe a nivel municipal? ¿Cómo se va a coordinar el Gobierno central con el nuevo gobernador regional? Y ¿Cómo se va a coordinar el gobernador regional con los alcaldes y las municipalidades que tienen, además, realidades tan heterogéneas entre sí?

En otra materia, estoy de acuerdo con Enrique en la importancia de los principios contenidos en los artículos 6°, 7° y 8° de la actual Constitución, donde están, entre otros, los principios de legalidad, responsabilidad, probidad, transparencia. Agregaría, también, participación ciudadana en las políticas públicas.

Y si bien soy una firme convencida de la necesidad de un organismo de evaluación, de una agencia de evaluación, y también de la necesidad de mejorar las capacidades técnicas del Congreso, no pienso que éstas sean discusiones puramente constitucionales.

La Constitución importa por muchas razones y, también importa, por la modernización del Estado. Pero no deben agotarse a nivel constitucional las discusiones, ni las reformas. Hay muchas cuestiones que son de pura gestión y hay varias otras que dependen de reformas que hagamos a ciertas instituciones, incluyendo -y quiero nombrarla muy especialmente- a la Contraloría General de la República, por el impacto que su labor tiene en la administración cotidiana del Estado.

Y yo insistiría con la promesa incumplida de 1925: ahora sí hay que crear los Tribunales Contenciosos Administrativos, especialmente en relación con el debate sobre los derechos sociales y su garantía.

En fin, vuelvo al comienzo. Decía que veo este seminario como una invitación a una conversación que es mucho más larga. Con Enrique hemos tenido la oportunidad de trabajar juntos en el pasado para generar propuesta en materia de modernización.

Yo creo que la nueva Constitución nos brinda la oportunidad de volver a reunirnos y continuar trabajando sobre algo respecto de lo cual todos en este panel estamos convencidos. Algo sobre lo cual, y más allá de las diferencias puntuales que podamos tener,

⁵⁰ Disponible en:

https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200712/20200712173318/mas_alla_de_santiago_cep_centrouc.pdf

Insumos/Constitucionales

necesitamos seguir impulsando acuerdos transversales para las reformas que se necesitan para tener un mejor Estado para Chile.

Muchas gracias.

ALEJANDRO FERREIRO

Abogado, ex ministro de Economía, ex presidente del Consejo para la Transparencia, y autor de trabajos sobre reforma del Estado en Chile.

Muchas gracias a Lucas, al CEP y a CIEPLAN por esta invitación a debatir sobre un tema tan relevante.

¿Qué debe decir la Constitución, si algo y cómo, acerca de la modernización del Estado? Va a ser difícil innovar respecto a lo que dijo Enrique y comentó Isabel, tenemos demasiadas coincidencias en los temas relevantes escogidos y en la sustancia del modo en que deben ser abordados. Con todo, trataré de poner algunos énfasis que me parecen importantes.

Un primer aspecto es el contexto. Es evidente que vamos a enfrentar mayores expectativas sobre la función pública.

Hay una demanda social por un nuevo trato con las personas. Probablemente se va a ampliar el catálogo de los derechos sociales, algunos de ellos van a contener garantías de manera que tengan mayor exigibilidad jurídica directa. Observamos una expectativa de mayor dignidad, igualdad de trato. Las encuestas relevan un déficit importante en esa dimensión y revelan que las personas no se sienten tratadas con igualdad en su relación con la Administración Pública.

Más cantidad y calidad, incluyendo atenciones más oportunas –especialmente en salud–, caracterizan las demandas y expectativas que aspiran a transformarse en derechos, con el efecto de imponer una tremenda presión sobre el Estado.

Más Estado, me parece a mí, es una consecuencia posible, probable, e incluso deseable, de esta reflexión constituyente. Pero ello sólo satisfará expectativas si es un “mejor” Estado. Va a ser imprescindible un mejor Estado porque, entre otras cosas, es muy probable que coincida el debut de esta nueva Constitución con una cierta estrechez fiscal. Y, por tanto, respecto a la función pública –y más que nunca– Chile va a enfrentar el imperativo de la eficiencia. Tendremos que hacer más con menos o similares recursos. También enfrentaremos el desafío de la eficacia: necesitaremos impactos y resultados concretos.

Así las cosas, uno esperaría que los constituyentes que van a reflexionar –probablemente con prioridad– acerca de la expansión del catálogo de derechos sociales o de las prestaciones que el Estado debe brindar a los ciudadanos, le asignen igual importancia a la verificación de las condiciones que le permitan al Estado desempeñarse plenamente, de modo de honrar en la práctica las expectativas que probablemente la nueva Constitución cristalizará por escrito.

Un segundo aspecto relevante se refiere al prestigio y confianza que inspiran las instituciones públicas. Necesitaremos recuperar esa confianza en las instituciones, tan desmejoradas, tan deterioradas en el último tiempo. Y eso requiere, como bien explican

Insumos/Constitucionales

estudios de la OCDE, avanzar hacia un Estado con valores y un Estado competente.⁵¹ Un Estado que haga el bien y lo haga bien; es decir, cuyas orientaciones fundamentales sean compartidas por la ciudadanía, pero que el desempeño de sus tareas sea impecable, eficiente y eficaz, que haga bien la pega.

¿Puede una nueva Constitución favorecer la mayor eficacia y eficiencia de la gestión estatal? ¿Puede inducir valores en la función pública y competencias en su desempeño? ¿Cómo? El asunto no es fácil. Siempre se corre el riesgo de una declaración estéril, como aquella que mencionaba en su presentación el mismo Enrique. Pero la definición de objetivos y principios inspiradores, especialmente en algún capítulo introductorio de la Constitución, puede servir de orientación permanente al Legislador y a la acción de los organismos del Estado.

Una Constitución puede, como toda norma jurídica, mandar, prohibir o permitir; pero, además, en cuanto a normas fundamentales, tienen cierto carácter simbólico y orientador, y ello puede ser especialmente cierto si se logra con éxito recrear entre los chilenos un nuevo pacto social y político en una inédita deliberación constituyente democrática. Por ello, la nueva Constitución podría también inducir u ofrecer principios rectores que inspiren las conductas de los distintos actores del Estado.

En el plano directamente jurídico, las normas constitucionales que mandan, prohíben o permiten se aplican a dos campos esenciales de la función del Estado, las que responden fundamentalmente a dos preguntas: ¿Qué hace el estado? Y, en segundo, lugar, ¿Cómo lo hace, como se distribuyen las competencias públicas?

La primera refiere al rol del Estado y se responde definiendo las funciones públicas.

Tenemos las funciones tradicionales del Estado, sobre las cuales no cabe profundizar acá. Pero probablemente habrá otras a propósito de esta previsible expansión de derechos sociales que van a tener como efecto correlativo unas nuevas obligaciones de hacer por parte del Estado.

Es cierto que el perímetro estricto de la acción del Estado no está ni debiera estar definido de manera rígida en el texto de la Constitución. Esto debiera ser parte también del juego político democrático; tener un carácter dinámico, ser evolutivo y adaptativo. No obstante, lo esencial, el núcleo del pacto social referido a lo que el Estado debe hacer, puede hacer y no debe hacer; sí debe estar definido en la Constitución.

En este plano entonces, será muy relevante el catálogo de derechos sociales que impongan obligaciones correlativas para el Estado, incluyendo las eventuales garantías o mecanismos de exigibilidad que permitan avanzar desde una mera aspiración hacia un derecho efectivo y concreto.

Pero junto con la definición de lo que el Estado debe hacer –núcleo en la Constitución, carácter dinámico en la ley y en las políticas públicas–, vamos a tener que preguntarnos

⁵¹ *Trust and Public Policy: How better governance can help rebuild public trust*. OECD, Public Governance Reviews (2017).

Insumos/Constitucionales

sobre el modo en que se distribuyen las funciones públicas, sobre cómo se distribuirá el poder político. Yo creo que aquí hay tres preguntas o tres distinciones que me parecen relevantes:

La primera es la distribución del poder y competencias entre la función de gobernar, como lo hemos entendido tradicionalmente; y otras entidades con rango constitucional que puedan competir o colaborar con el Gobierno para el desempeño de ciertas funciones de Administración. ¿Cómo se va a relacionar el Gobierno, por un lado, con el Congreso, con el Poder Judicial? ¿Y cómo se va a relacionar con los demás órganos constitucionales autónomos como el Banco Central, Contraloría General de la República, SERVEL, Ministerio Público y otras eventuales agencias constitucionales independientes? Por ejemplo, el Banco Central, que es autónomo, es, en definitiva, una sustracción de una función pública desde la órbita de decisiones del Gobierno central hacia un ente diverso con propósito propio y cuya autonomía evita interferencias indebidas que amenacen el debido control de la inflación.

Bueno, de esto ¿Qué se va a preservar? ¿Qué va a retroceder? ¿Qué va a aumentar? Será fundamental resolver a nivel constitucional la esfera o perímetro de competencias del Gobierno electo y la delimitación de funciones y respeto recíproco con otras entidades estatales de carácter autónomo –y más bien independientes– del ciclo político electoral.

Una segunda cuestión que parece fundamental es la distinción entre las funciones del Gobierno a nivel central o nacional, y las funciones de los gobiernos subnacionales –regional y municipal–. Aquí se cruzan dos niveles, porque las relaciones y dilemas entre Gobierno y Administración, que bien planteaba Enrique, va a tener también una réplica en los distintos niveles de los Gobiernos.

Pero lo fundamental es precisar la nueva distribución de roles. Deberemos avanzar hacia una mayor claridad en la definición de las competencias exclusivas y concurrentes entre los distintos niveles de Gobierno. Será inevitable y, a mi juicio muy oportuno, que la nueva Constitución obligue a discernir con claridad respecto de qué hace el Gobierno nacional y qué compete a los gobiernos regionales y municipios. Ello incluye definir cómo se coordina una región con los municipios bajo la lógica de las áreas metropolitanas.

Creo que la oportunidad constitucional permite trazar con la claridad que hoy no existe la distinción de roles y competencias exclusivas; la identificación de las concurrentes o exigencias de coordinación; y las formas de abordar los gobiernos metropolitanos que trascienden fronteras municipales.

Para resolver lo anterior, nos tendremos que preguntar qué bienes y servicios públicos serán provistos por los gobiernos subnacionales. Para ello, utilizando la lógica descentralizadora de la subsidiariedad vertical, según la cual la distribución de potestades de Gobierno y Administración a nivel territorial debe apuntar a que en cada nivel de gobierno se haga aquello que pueda ser mejor resuelto, considerando las economías de ámbito, legitimidad social, complejidad de los asuntos, cercanía al territorio, etc. Por cierto, existe al respecto cierta evidencia y literatura internacional que muestra que algunas materias son más propias del ámbito regional, otras del municipal y, finalmente, algunas

Insumos/Constitucionales

del nivel central o nacional. La oportunidad constituyente nos permitirá resolver esto de manera esencial, clara y racional.

Un aspecto fundamental y relacionado al anterior, consiste en definir los espacios constitucionales para una eventual descentralización fiscal. ¿Qué impuestos se pueden aplicar a nivel regional o municipal? ¿Vamos a habilitar ciertos niveles de endeudamiento autónomamente resueltos en los gobiernos subnacionales? ¿Cuáles son los límites y controles en caso de que se puedan aplicar impuestos y endeudamientos a ese nivel, para que ello no amenace la estabilidad fiscal global o valide comportamientos irresponsables a nivel subnacional? Otra vez, la experiencia internacional tiene mucho que aportar en este asunto esencial para una descentralización en serio.

Adicionalmente, creo fundamental establecer a nivel constitucional reglas básicas de transferencias fiscales a los gobiernos regionales que eviten la arbitrariedad en la materia. En efecto, el pasado nos acostumbró a la existencia de afinidad política entre el Director de Presupuestos, el Ministro de Hacienda y los Intendentes Regionales. Pues bien, cuando haya elecciones de gobierno regional, no siempre coincidirán los colores políticos de quien maneja la billetera fiscal y quienes gobiernen las regiones. En tal caso ¿Cómo evitamos la asignación arbitraria, discriminatoria o sesgada por razones partidistas? Si no queremos que esto se resuelva con la Ley de Presupuestos –dado que la Ley de Presupuestos corresponde a las mayorías circunstanciales, que no necesariamente protegerán a algún gobierno regional–, deberemos establecer reglas constitucionales que impidan la discriminación arbitraria en las transferencias presupuestarias a regiones, junto a mecanismos para reclamar y reparar esa práctica en caso de que ello ocurra.

Otro tema relevante, mencionado por Isabel y que hemos conversado en otros foros, se refiere a necesidad de regular la resolución de conflictos de competencias entre los distintos niveles de Gobierno. Se ha soslayado hasta ahora de manera irresponsable este tema. Quizás esa indiferencia esconda una pretensión, por parte de quienes han redactado las leyes vigentes, en el sentido de negar la hipótesis de tales conflictos o de pretender que ellos se resuelvan mediante la autotutela o la ley del más fuerte. Así, todo conflicto se resolvería, de facto, a favor del Gobierno nacional. Algunos quizás piensen que las actuales competencias legales de los gobiernos regionales son tan menores que la hipótesis de conflicto con el Gobierno nacional es casi nula.

Si bien la omisión de sistemas de resolución de conflictos de competencias en el actual marco constitucional revela que no nos hemos tomado en serio la asignación de competencias y la descentralización hasta ahora, este asunto será ineludible en un nuevo marco constitucional que distribuya equilibrada y racionalmente las competencias entre los distintos niveles de Gobierno. Por ello, infiero que un nuevo Tribunal Constitucional deberá abordar el asunto, cuando el litigio verse sobre competencias asignadas en la Constitución. Si el conflicto es de carácter legal, podrá la Contraloría abordar el asunto, a menos que se establezca una jurisdicción administrativa especializada sobre el particular. Por cierto, será siempre complejo para un Contralor dirimir como juez los conflictos de clara connotación

Insumos/Constitucionales

política entre el nivel central y regional, razón por la cual un órgano colegiado y especializado parece preferible.

Una derivación concreta de la necesaria distinción entre las funciones de Gobierno y Administración exige responderse qué dispositivos constitucionales se adoptarán para evitar la captura de la Administración por parte del Gobierno. En tal sentido, debiéramos aspirar al desarrollo de una carrera funcionaria que, lo decía Enrique, sea tutelada por un órgano que esté fuera del Gobierno, quizás por una Alta Dirección Pública de rango constitucional. Y quizás aquí discrepo de Isabel, porque efectivamente creo que debiera tener rango constitucional el órgano encargado de la implantación, desarrollo y evolución de la carrera funcionaria. De otra manera, muy difícilmente vamos a romper la inercia que ha permitido fusionar y confundir en la práctica al Gobierno y Administración.

Vamos a tener que establecer responsabilidades institucionales, ojalá para velar por la eficiencia y modernización permanente de la función pública administrativa. Cuando echamos de menos avances en la modernización del Estado ¿A quién le pasamos la cuenta? ¿Quién es el responsable en el organigrama actual de que el Estado sea global, transversalmente, y colectivamente más eficiente? Pues nadie. Se traslapan y diluyen finalmente las responsabilidades entre la Dirección de Presupuestos, el Ministerio de Hacienda, el Ministerio del Interior e, incluso, el Presidente de la República. Nos falta asignarle domicilio claro a la responsabilidad de modernizar el Estado. Yo creo que hay que pensar en eso para que, en la lógica de una Administración independiente, quien tenga esa responsabilidad fundamental, tenga una proyección en el tiempo que supere los ciclos políticos electorales; pero también, las competencias y recursos adecuados para esa función tan esencial como pendiente.

Ahora bien, y no nos engañemos en esto, mientras mayor sea la autonomía o profesionalización del servicio civil, mayor deberá ser el esfuerzo para evitar el riesgo de anquilosamiento o irresponsabilidad de la burocracia.

Las elecciones al menos proveen un sistema periódico de rendición de cuentas, que no aplica ni tiene reemplazo equivalente en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Por eso, deberemos pensar en controles recíprocos, mucha transparencia e indicadores claros que permitan alinear las exigencias del bien común con el desempeño efectivo de los órganos de administración o autónomos del Gobierno.

Frente al desafío de establecer dispositivos de control para ese riesgo de autarquía o indiferencia excesiva frente a las preferencias de los Gobiernos o de los ciudadanos, será especialmente conveniente ampliar la concursabilidad del servicio civil. Para ello, favoreciendo no solo el reclutamiento competitivo de los mayores talentos disponibles, sino la movilidad y carrera funcionaria, tanto vertical como horizontal, de modo que esa carrera pueda desplegarse en la totalidad de la Administración y no, como ocurre hoy, dentro de los estrechos límites de cada servicio público.

De igual modo, esa carrera debiera basarse en evaluaciones de desempeño serias y con consecuencias. En el caso de los altos directivos, será necesario reforzar el valor de los convenios de desempeño: si no se cumple el convenio de desempeño, se habilita la

Insumos/Constitucionales

remoción, pero ésta no debiera aplicarse respecto de quien sí cumplió lo que se le pidió. No puede ser que los convenios de desempeño tengan hoy tan poco valor para resolver la continuidad de los jefes de servicios.

Un comentario en un ámbito diverso: la regulación de la actividad económica en sintonía con lo señalado antes por Enrique Rajevic. Creo que debemos mirar cómo reducir o matizar el alcance de la reserva legal en la regulación de la actividad económica, ampliando explícitamente las potestades reglamentarias de la administración. La ley protege al ciudadano del riesgo de abuso de la Administración, es cierto, pero no podemos legislarlo todo. En la práctica, el Congreso se transforma en un cuello de botella que impide la actualización de una regulación cada vez más compleja y que opera sobre contextos en permanente y vertiginoso cambio. Algo de esto puede resolverse si avanzamos hacia un régimen parlamentario con Congreso unicameral. Ello puede ayudar a una mayor eficiencia del Legislativo, aunque, en tal caso, se elimina de raíz la diferencia entre Gobierno y ley; por lo que no cabría asignarle a la intervención del Congreso una protección adicional respecto de la acción del Gobierno en un régimen presidencial.

Pero en ausencia de sistemas unicamerales y en ausencia de un sistema parlamentario que garantice el alineamiento entre Congreso y Gobierno, vamos a tener que buscar una manera de regular la actividad económica que no quede constreñida por la necesidad del cambio legal permanente. Algo de esto ya se probó, y con éxito, al constituir la Comisión del Mercado Financiero.

A cambio de una conformación colegiada y relativamente transversal –que reduce el riesgo de sesgo partidista, arbitrariedad y captura–, es posible extender el ámbito de las potestades normativas de órganos estatales llamados a regular actividades con un dinamismo, especialización y continuidad que no se condicen con la acción del Congreso.

Un aspecto básico de un Estado moderno y sometido a evaluación de desempeño son las evaluaciones de impacto o resultado de las políticas públicas. Esto no requiere necesariamente regulación mediante rango constitucional, es cierto, pero probablemente admita reflexión en ese ámbito, toda vez que pueden ser parte de un sistema integral y moderno de control respecto de la función pública. No han sido suficiente los grandes acuerdos transversales, los libros escritos, las propuestas, incluso los programas de gobierno para convencer a las Direcciones de Presupuestos de cada Gobierno, a diversos Ministros de Hacienda e incluso a los parlamentarios de oposición, en cada circunstancia, para instalar de verdad un sistema de evaluación de impacto. Y aquí hay que pensar en la doble dimensión: una *ex ante*, de evaluación de impacto –incluido el impacto regulatorio–, de los efectos esperados de programas o políticas, o de objetivos deseables y esperados de cada proyecto de ley que se plantea. Solo cuando hay una explicitación *ex ante* del impacto esperado será posible hacer un cotejo *ex-post* para contrastar lo prometido con lo logrado. La evaluación *ex post*, para que sea efectivamente creíble y validada por todos, tiene que ser vista como objetiva y neutral respecto del juego político. Por eso se requiere una agencia independiente, ojalá de rango constitucional, pero que tenga coordinación fluida con el

Insumos/Constitucionales

Gobierno y el Congreso, de modo que los informes que se realicen tengan consecuencias efectivas en el debate público y presupuestario.

Es triste constatar hoy los informes que encarga la Dirección de Presupuestos a organismos académicos o de expertos, que revelan, en muchos casos, resultados manifiestamente insuficientes en ciertos programas –al punto que queda de manifiesto en muchos casos un claro despilfarro del gasto público–, y que parecen carecer de toda influencia en la continuidad presupuestaria de lo evaluado. Al parecer, pesan más las inercias, las presiones gremiales o de ciertos sectores políticos, que la evidencia del mal uso de los recursos públicos.

¿Cómo logramos que una evaluación bien hecha tenga consecuencias? ¿Cómo avanzar hacia decisiones basadas en la evidencia? Creo que hay que pensar un diseño institucional para que la agencia de evaluación de políticas públicas tenga efecto, demostrar que los programas deban suprimirse si son mal evaluados o, al menos, que se requiera un quórum especial de insistencia en tales casos por parte del Gobierno y del Congreso.

Finalmente, la Administración Pública y la modernización del Estado supone controles, incluidos los controles políticos. Habrá que pensar cuáles se aplicarán a los distintos órganos de Gobierno y Administración. ¿Las acusaciones constitucionales? ¿Habrá revocatorias de mandato? ¿Se aplicarán estos mecanismos a los responsables de los órganos constitucionales autónomos o ello sería, por definición, un golpe letal a su pretendida autonomía?

En ese campo cabe, también, la definición de la existencia y competencias de un nuevo Tribunal Constitucional que vele por la efectiva supremacía del texto constitucional que resulte del esfuerzo constituyente de los próximos meses.

Vamos a tener que revisar, también, el marco básico del sistema de control de legalidad en manos de la Contraloría General de la República. En esto, lo que plantea Enrique va en la dirección correcta: concentrarse en lo esencial y minimizar probablemente los tipos de control paralizantes o dilatorios y que, por lo mismo, generan un dilema complejo entre control y expedición de la función pública.

La toma de razón debiera ser excepcional y reducida a lo esencial, prefiriendo, en cambio, el control social, la transparencia, la rendición de cuentas, la participación social y la aplicación de duras sanciones para quienes sean sancionados por mal uso de los recursos públicos.

Y coincido también con Enrique -quizás nuestro pasado común en el Consejo de Transparencia nos empuja a ello- en que debiera tener rango constitucional el Consejo para la Transparencia.

Todos los órganos de la Administración del Estado deben estar sometidos a las mismas exigencias en materia de transparencia y al control externo de su cumplimiento.

Las reglas de acceso a la información y las causales de excepción pueden, naturalmente, ajustarse al carácter de cada órgano, pero no es razonable que determinados órganos se autorregulen en esta materia y otros estén expuestos a control por terceros. La

Insumos/Constitucionales

autorregulación no es creíble en el campo de la transparencia. Si el acceso a la información queda entregada a la voluntad de quien debe concederla, deja de ser un derecho ciudadano y pasa a ser una mera concesión graciosa del órgano público con nulo efecto sobre el control social y la prevención de malas prácticas.

En Chile tenemos hoy esta desigualdad de trato en materia de transparencia al interior del Estado, y la nueva Constitución puede y debe abordar el asunto.

Muchas gracias.

Marzo 2021

Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?

MANUEL NÚÑEZ

COMENTARIOS

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA

PAULINA VELOSO

Transcripción del seminario “Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?”,
realizado el 23 de noviembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí:
<https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/organos-autonomos-en-la-constitucion-como-regularlos>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?

Esta es otra materia que se encuentra en el núcleo de la parte orgánica de la Constitución: los órganos autónomos. Como señala Manuel Núñez en su exposición, la autonomía puede significar distintas cosas. Él ordena estos posibles significados en dos partes. La primera tiene que ver con el carácter del momento político-jurídico en que nos encontramos, y se pregunta por la autonomía del propio proceso constituyente que se inició tras el plebiscito del domingo 25/10/2020. La segunda parte tiene que ver con las autonomías en la Constitución, materia que el profesor Núñez subdivide en tres: autonomía como forma de libertad colectiva, autonomía como forma de organización política y autonomía como una técnica para procesar conflictos que pueden amenazar la cohesión de la comunidad política, especialmente los conflictos de carácter territorial.

En relación con la primera parte, Manuel Núñez se pregunta si este proceso constituyente es la expresión de una sola voluntad política o, en cambio, podría ser uno que permita el reconocimiento de otras voluntades autónomas. Este último sería el caso de que en medio de este proceso se vayan generando acuerdos con naciones o pueblos a los que se le reconoce una cierta dimensión política. Esto, agrega, sería algo inédito en nuestra historia constitucional y, también, debería ser una pregunta ineludible, pues este proceso constituyente podría ser una oportunidad para encaminarse al reconocimiento de los pueblos indígenas que demandan una cierta autonomía.

En relación con la segunda parte, el profesor Núñez señala que ella se relaciona con las tres principales funciones que debe cumplir una Constitución: la regulación de las libertades, la organización básica del Estado y sus poderes, y la generación de una regla que mantenga cohesionada a la comunidad política. Respecto de la primera función, y a la luz de la experiencia constitucional chilena, él distingue entre ciertas autonomías colectivas como, por ejemplo, las universidades. También se refiere a determinadas poblaciones protegidas dentro del Estado como, por ejemplo, los pueblos indígenas y, por último, a la participación de órganos de la así llamada “sociedad civil” al interior de la Administración del Estado.

Sobre la segunda función, esto es, la regulación básica del Estado, Manuel Núñez traza una distinción entre las autonomías creadas directamente por la Constitución y autonomías creadas por la ley, que no están expresamente reconocidas por la Constitución, pero que pueden entenderse autorizadas por ellas. Entre las primeras, vuelve a distinguir, esta vez

Insumos/Constitucionales

entre autonomías reales y aparentes. Siendo la autonomía un concepto relacional (se es autónomo respecto de algo o de alguien), las reales implican autonomía frente al Gobierno y, en parte, frente al legislador. Las aparentes están protegidas de cara al Gobierno, pero no frente al legislador. Este último es el caso, por ejemplo, del Banco Central.

Asimismo, el profesor Núñez advierte sobre el potencial fragmentador que estas autonomías tienen respecto de algunos estándares como, por ejemplo, en materias de transparencia, probidad o compras públicas. Una lección aquí es evitar que dichas autonomías se constituyan como islas en materias importantes para el Estado de Derecho y la batalla contra la corrupción. También advierte sobre la importancia de preguntarse por la razón que justifica el reconocimiento de las autonomías en la propia Constitución. De alguna manera, sugiere, la carga de la argumentación recae sobre los hombros de quien la propone. Debería ser un privilegio de pocos y no de muchos, señala. Para complementar esto, él sugiere algunos criterios y técnicas de control para los órganos a los que se decida darles autonomía constitucional. Uno de ellos es la posibilidad de presupuestos plurianuales.

Finalmente, y en relación con la función constitucional de cohesión política, Manuel Núñez retoma la primera pregunta de su presentación: ¿Este proceso constituyente implicará la manifestación de una sola voluntad autónoma o servirá de espacio para el encuentro para más de una? Él se inclina por la segunda alternativa, pues, argumenta, es hora de encarar en forma el conflicto etno-político entre el Estado y los pueblos indígenas, un conflicto, como otros varios posibles, de carácter territorial.

José Francisco García, por su parte, enfoca su comentario en dos puntos de la presentación. Uno es el déficit en la conceptualización de autonomías constitucionales. El otro se refiere al desafío que plantean estas autonomías para el proceso constituyente.

En relación con el primero, el profesor García alude a la práctica institucional que, sobre las autonomías, se ha venido desarrollando por órganos como el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el propio legislador. A su juicio, el mencionado déficit conceptual ha venido siendo, en alguna medida, subsanado “dinámicamente” por esta práctica. En este sentido, agrega que esto debería ser tenido en cuenta por la Convención Constitucional, pues da cuenta de lo que es una Constitución: “una actividad y no un punto final, es más bien un punto de partida”.

Acto seguido, José Francisco García se pregunta por la justificación que se puede dar para las autonomías constitucionales. Refiriéndose a la experiencia chilena y comparada, él observa un denominador común: el intento por garantizar espacios de autonomía funcional y técnica frente a la política, en materias especialmente sensibles para la democracia. Y vincula esto con el régimen político: en América Latina las autonomías constitucionales se habrían establecido para neutralizar o reducir los desbordes de regímenes presidenciales especialmente intensos. Así las cosas, una modificación del régimen presidencial chileno, advierte, debería hacer repensar la regulación de las autonomías constitucionales.

Por último, el profesor García hace referencia a un cierto consenso que existiría en el sentido de desconstitucionalizar algunas autonomías. Y también subraya el carácter robusto de algunas de las autonomías legales que tenemos, lo que muestra un camino

Insumos/Constitucionales

promisorio para la deliberación constituyente, deliberación que también debería evitar el peligro de fragmentación del sistema jurídico que arriesga una regulación demasiado diferenciada de los órganos autónomos.

Finalmente, Paulina Veloso parte por comentar la autonomía del propio proceso constituyente en que ya nos encontramos. Ella, afirma, no es irrestricta, pues está limitada por los tratados de derechos humanos que el Estado de Chile ha suscrito. Agrega que la noción de democracia también plantea un límite a dicha autonomía y, para entender esto, recomienda mirar las experiencias que algunas democracias especialmente sólidas han tenido a la hora de cambiar sus constituciones.

Sobre la segunda parte de la presentación del profesor Núñez, Paulina Veloso señala el relativo desorden que la regulación de los órganos autónomos exhibe en nuestro Derecho. Asimismo, apunta el hecho de que las autonomías constitucionales son, en una medida importante, contra-mayoritarias, por lo que en la misma medida ponen en cuestión la soberanía popular en democracia. Si se exagera con las autonomías, advierte, la democracia devendrá una forma de tecnocracia, por lo que estos órganos —y en esto el panel de este seminario parece estar conteste— deben estar muy especialmente justificados.

Esa justificación excepcional sugiere pensar bien los criterios a la luz de los cuales un organismo pueda resultar dotado de autonomía constitucional. Señala algunos como, por ejemplo, el hecho de que un órgano controle al Gobierno, como típicamente es el caso de la Contraloría General de la República.

Como complemento de esta excepcionalidad de la autonomía constitucional, Paulina Veloso se muestra más favorable a la posibilidad de órganos con autonomía legislativa (y no constitucional), autonomía que puede tratar de asegurarse por medio de designaciones plurales, que enfatizan la competencia profesional y por plazos más largos que los del ciclo político. Y siempre bajo estándares de transparencia y de responsabilidad.

[Lucas Sierra e Ignacio Walker](#)

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?

MANUEL NÚÑEZ

Abogado y profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Muy buenas tardes, quisiera en primer lugar agradecer al CEP y CIEPLAN por esta invitación a compartir algunas reflexiones respecto de lo que viene en la deliberación constituyente sobre las llamadas autonomías constitucionales. Para eso voy a dividir mi exposición básicamente en dos partes:

En la primera parte, muy rápidamente, trataré de reflexionar sobre qué significa que el proceso dé rienda suelta a la autonomía, digamos, el proceso constituyente propiamente tal. En efecto, el proceso constituyente aspira a ser en sí mismo un proceso autónomo y de esa autonomía pueden surgir dos modos de ejercicio y dos resultados muy distintos. Esta es la primera forma de abordar la pregunta por la autonomía constitucional o, mejor dicho, por las autonomías constitucionales. En efecto, no hay una sola manera de abordar el problema de la autonomía, sino varias, como también son varias las formas que adopta la autonomía de los órganos al interior de la Constitución.

Autonomía del proceso constituyente

¿Es el proceso constituyente la expresión de una sola voluntad política o puede ser un proceso que permita el reconocimiento de otras voluntades autónomas?

En segundo lugar, intentaré explicar cómo la Constitución enfrenta el problema de las autonomías. Para ello mostraré tres dimensiones: (1) la autonomía como forma de libertad colectiva o de grupos que se proyecta directamente en la organización del Estado y en la conducción de la política, (2) la autonomía como forma de organización política y (3) la autonomía como técnica al servicio de la conducción de conflictos que amenazan la cohesión política. Las cuestiones que se intentará mostrar son las siguientes:

Insumos/Constitucionales

Autonomía como forma de libertad colectiva	Autonomía como forma de organización política	Autonomía como técnica de cohesión política
¿Hay o debe haber reconocimiento constitucional a los grupos organizados de individuos que sean independientes de la voluntad estatal, que desarrollen alguna función relevante que impacte a la burocracia estatal?	¿De qué forma y por qué la Constitución puede configurar autonomías burocráticas reales o aparentes?	¿Podría el proceso constituyente servir para articular autonomías y acuerdos que encauzaran los conflictos territoriales?

I. EL PROCESO CONSTITUYENTE COMO PROCESO AUTÓNOMO /

¿Qué es la autonomía constitucional? Dada la pluralidad de sentidos de este término, quisiera partir indicando que, en un primer sentido, **la autonomía es el carácter que define al proceso constituyente como ejercicio deliberativo del pueblo representado en una Convención o asamblea**. La discusión reside en reflexionar sobre cuán autónomo es el ejercicio constituyente (la discusión sobre la “hoja en blanco” y las limitaciones introducidas con la última reforma) **y cuán autosuficiente o autárquico** es el proceso constituyente en sí. La primera es una cuestión que no voy a abordar y se refiere a los límites que la Constitución, a través de la llamada cláusula de límites, ha fijado al proceso y a su resultado. La segunda cuestión, me temo, es una pregunta que no nos hemos hecho y que es previa a todas las discusiones sobre la y las autonomías: el proceso, ¿Será el ejercicio de una sola autonomía que dará, eventualmente, lugar a otras autonomías derivadas? **¿O puede ser un proceso que puede servir para el encuentro de más de una voluntad autónoma?**, como si se diera el caso que al interior del proceso se fueran generando pactos o acuerdos con naciones o pueblos a los que reconocemos cierta dimensión política.

El anterior es un asunto clave, pues no da lo mismo que el proceso constituyente sirva para expresar una sola voluntad, que es la soberana y que, en cierto modo, es preexistente al proceso, o sirva de cauce para el reconocimiento de otros sujetos que también intentan hacer uso de su autonomía. En el primer caso el texto resultante tendrá algo de *dictum*, mientras que en el segundo será expresión de alguna forma de consenso. El *dictum* es, de alguna manera, la forma tradicional de expresión de las voluntades constituyentes. El acuerdo o los acuerdos serían algo realmente novedoso en nuestra historia constitucional.

Como la política ciertamente excede al Derecho y transcurre por sus propios cauces, es posible que esta pregunta la respondamos ahora o, también puede ser, que sean los juristas y politólogos quienes, en 10, 20 años interpreten el proceso y sean ellos los responsables de decirnos cuál fue, en la práctica, el modo en que se respondió a esta cuestión fundamental. Este tema me interesa porque uno de los problemas políticos más graves que el proceso constituyente deberá encaminar, no creo que resolver definitivamente, es el reconocimiento de los pueblos indígenas que demandan ciertos aspectos de autonomía. Por eso quería partir por ahí, porque es la primera pregunta que deberían plantearse los convencionales.

II. ¿CÓMO SE HAN ARTICULADO LAS DIVERSAS FORMAS DE AUTONOMÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO? Y ¿QUÉ TIPOLOGÍAS ENCUENTRAN O PUEDEN ENCONTRAR ESPACIO EN LA CONSTITUCIÓN? /

Discernida la cuestión anterior, corresponde ahora reflexionar acerca de cómo se han articulado en el constitucionalismo chileno los distintos tipos de autonomía, y cómo esas regulaciones responden a las que son, creo yo, las tres principales funciones de toda Constitución, y a la que debe, desde luego, responder el proceso constituyente: en primer lugar, la regulación de las libertades, donde se ha centrado en gran medida el debate hasta el día de hoy; en segundo lugar, la organización o estructura básica de poderes del Estado, que es donde menor reflexión posiblemente ha habido y creo yo que hace interesante la discusión de esta tarde; y, en tercer lugar, la articulación de una regla que mantuviese cohesionada la comunidad política. Estas son las tres funciones del Estado que más de un siglo atrás identificó James Bryce, el gran jurista, diplomático y político inglés, autor de *The American Commonwealth*, famoso libro, comparado por algunos con la *Democracia en América* de Tocqueville. Para Bryce, en su texto sobre las constituciones frente a las fuerzas centrífugas y centrípetas⁵², la Constitución ordena libertades, ordena el poder y, esta es una función capital, mantiene cohesionada a la comunidad política. Subrayo esta tercera función, y perdónenme que sea reiterativo con esto, porque es posiblemente una de las funciones más relevantes que esperamos de una nueva Constitución, si se da el caso, dado que estamos justamente atravesando una crisis política.

1. Autonomía como forma de libertad que se proyecta en la organización del Estado y en la conducción de la política

Explicado lo anterior, quisiera distinguir en un primer plano cómo la autonomía se proyecta en forma de libertad respecto de ciertos grupos y cómo esa autonomía, reconocida por las

⁵² Bryce, James (1901). "The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions", en *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, pp. 271 y ss.

Insumos/Constitucionales

Constituciones a ciertos grupos, impacta en la organización política y en la organización de la burocracia. No voy a entrar, porque no me corresponde, a todo cuanto se refiere al régimen de los derechos individuales, porque esto yo lo he meditado solamente como una base para una conversación que se refiere a la organización de las autonomías, como fue la invitación que se me hizo.

Como técnica de libertades, el régimen de autonomías colectivas define la relación de poder entre el Estado y los grupos, y de allí resulta un sello específico del texto constitucional. De esta forma, hay distintos grupos que tradicionalmente han tenido un reconocimiento constitucional en cuanto a sujetos de cierta voluntad autónoma que proyectan su existencia en el Gobierno.

En un primer lugar, están las universidades que, bajo la tipología tradicional de la Contraloría General de la República, son un tipo de servicios públicos que hasta la Constitución de 1925 estaban dotados de una autonomía especial, y que fue suprimida a partir de la Constitución de 1980, abriendo la discusión sobre el estatus de las universidades del Estado y que, seguramente, será una cuestión que debiese ser restaurada.⁵³ Justamente por no tener un estatus constitucional, la cuestión por la autonomía de estos servicios ha hecho dudar a órganos como el Tribunal Constitucional, en el sentido de determinar si son o no grupos intermedios, servicios públicos o algo —como dice la doctrina más reciente— intermedio entre lo uno y lo otro.

Un segundo tipo de grupos a los cuales la Constitución debiese reconocer autonomía es el de los pueblos indígenas y que, también, naturalmente, como lo quisiera explicar en la última parte de esta exposición, tiene su proyección en el Gobierno o aspira, mejor dicho, a tener un reconocimiento en el Gobierno o en la administración del territorio. Tan gravitante es esta forma de autonomía que, llevada a su máxima expresión, permite diferenciar entre constituciones que se configuran como pactos entre pueblos y constituciones que expresan la voluntad única de un solo pueblo.

En un tercer sentido, hay ciertos grupos intermedios como son las asociaciones gremiales, los sindicatos, las universidades, etc., a los cuales la Constitución ha querido separar —por razones que todos nosotros recordamos— de la vida política, lo cual explica ciertas

⁵³ La ley que “Modifica la Constitución Política del Estado”, Nº 17.398 de 1971, complementó el artículo 10 Nº7 de la Constitución Política del Estado de 1925, agregando que *Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.* Esta autonomía constitucional reconocida a las comunidades universitarias se mantuvo hasta el Acta Constitucional Nº 3 de 1976, que en su artículo 1 Nº 14, prescribió que *Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 14.- La libertad de enseñanza. Un Estatuto especial regulará el ejercicio de esta libertad.*

Insumos/Constitucionales

regulaciones especiales en nuestra Carta Política.⁵⁴ Es posible —es altamente probable, diría yo—, que todas esas restricciones, todas esas barreras producto de esta visión especial sobre estos cuerpos intermedios muy propios de la década de los 80', no sobrevivan a este proceso constituyente, pero si es interesante tener presente que esas pudiesen transformarse en algún tipo de orientación constitucional respecto de la participación de la sociedad civil en los órganos de Gobierno. Y eso es relevante en materia orgánica, puntualmente respecto de las llamadas autonomías constitucionales como una manera de incorporar en el seno de estas organizaciones ciertos digamos aspectos de control.

Estas tres dimensiones —lo que sucede o debiese suceder con las autonomías colectivas de ciertas instituciones, lo que debiese suceder con las autonomías de estas poblaciones protegidas dentro del Estado, y lo que debiese suceder con la sociedad civil al interior de la Administración del Estado—, son cuestiones básicas de disciplina o de regulación constitucional, y tienen o debieran tener un impacto en el diseño global de los órganos constitucionales.

2. Autonomía como forma de organización política

En un segundo sentido, y ya saliendo de los grupos o de los colectivos no estatales, la autonomía tiene un sentido político en cuanto forma de organización política. Yo no voy a discutir aquí algo que, también, tiene que ver con la autonomía y que es propio del régimen de Gobierno y la opción entre un sistema presidencial o uno parlamentario con todas las alternativas intermedias. En efecto, esa es una discusión también sobre la autonomía del Gobierno frente al Congreso, sobre una mayor o menor autonomía. Sí quisiera detenerme, en cambio, en el modo en que se han configurado las autonomías, especialmente durante el último tercio del siglo XX, de manera que, creo yo, la Constitución actual ha configurado un sistema muy variado de ellas.

Este sistema me permite formular una tipología muy básica: en primer lugar, existen autonomías diseñadas directamente por la Constitución y autonomías legales que no están reconocidas por la Constitución, pero están autorizadas por ella. Esa es una tipología básica. En otras palabras, hay autonomías constitucionales propiamente tales, y autonomías legales autorizadas por la Constitución.

a) Autonomías configuradas por la propia constitución

¿Qué tipo de autonomías encontramos reconocidas directamente en nuestra carta fundamental? En primer lugar, yo identificaría autonomías constitucionales reales, digamos

⁵⁴ A modo de ejemplo, lo establecido en la actual Constitución Política de República en su artículo N°19 inciso tercero, el cual prescribe que (...) *las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas*. También el artículo 23, que remite a la ley la sanción a los grupos que hagan mal uso de su autonomía.

Insumos/Constitucionales

con una musculatura y dentadura muy robusta, muy fuerte, y proyectadas no tanto en las relaciones entre el órgano autónomo y el Gobierno, que es lo que primeramente caracteriza a las autonomías, sino que, también, frente al Congreso. Me refiero al caso de la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, en alguna medida, el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral y, a nivel de Gobierno y Administración interior, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades.

¿Qué es lo que tienen de común todas estas autonomías que yo he llamado autonomías constitucionales reales? Ellas tienen en común no solo el tener su domicilio —por llamarlo de alguna manera— en la propia Constitución, sino que, también, por el hecho de que la Constitución les resguarda un mínimo funcional que limita la potestad legislativa. Lo anterior quiere decir que, sin mediar una reforma constitucional, el legislador ordinario no puede desconocer o suprimir aquellas funciones que están reconocidas por la propia Constitución. Las autonomías, en este sentido, lo son también frente al órgano regulador ordinario, que es el Congreso. Lo anterior me permite distinguir entre las autonomías con sustento propiamente constitucional, por un lado, de lo que yo llamo las autonomías aparentes, por el otro.

Veamos algunos casos.

El Banco Central. Entre estas autonomías aparentes a nivel constitucional el caso más emblemático (digo emblemático porque es uno de los ejemplos que suele presentarse como modelo más sofisticado de autonomía) es el Banco Central. Como todos sabemos, esta institución tiene su domicilio en la Constitución (el Capítulo XIII, que lo diseña como un órgano autónomo) y cuenta con una independencia relativamente robusta frente al Gobierno, mas no respecto del Congreso. En efecto, las funciones del Banco Central se encuentran eminentemente descritas en la Ley Orgánica Constitucional respectiva y de ellas poco o nada se encuentra en el texto constitucional. Yo quisiera recordar que fue la junta de Gobierno, a última hora, al momento de redactarse el entonces capítulo XII, quien alteró la estructura de funciones que le venía dada por el anteproyecto de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado. La Comisión Ortúzar había redactado una fórmula muy concisa, como funciones propias del Banco Central la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria. El Consejo de Estado agregó la política crediticia y quedó con la política crediticia, la cambiaria y la monetaria. Independientemente de los matices entre las dos redacciones, la Junta de Gobierno decidió reemplazar esa fórmula por una genérica que mandataba a la Ley Orgánica del Banco Central la definición de sus funciones, surgiendo así esta suerte de autonomía, digamos, incompleta donde la gran mayoría de las funciones están, como digo, en la Ley Orgánica sin que parezca haber aquí autonomía del órgano respecto del Congreso. Y por eso es interesante la discusión que en ese momento se da, a propósito del proyecto de la Ley Orgánica del Banco Central en el Tribunal Constitucional, puesto que en la discusión de la autonomía era, más bien, sobre la relación entre el Banco y el

Insumos/Constitucionales

Gobierno, que venía auspiciada por la propia Constitución, mas no tanto respecto de las funciones, materia en la cual los parámetros y los estándares eran bastante reducidos.⁵⁵

El Consejo de Seguridad Nacional. En segundo lugar, junto con el Banco Central, yo quisiera destacar entre estas autonomías aparentes la del Consejo de Seguridad Nacional, que viene a ser un órgano que ha quedado allí —junto con las Fuerzas Armadas— como una suerte de relictos de lo que fue la autonomía de las Fuerzas Armadas en la versión original de la Constitución de 1980. ¿Qué atribuciones relevantes posee este órgano que justifiquen su domicilio y su posición de autonomía frente a otros órganos constitucionales? A mi juicio, ninguna o, al menos, ninguna que no pueda darle la legislación ordinaria.

Si a estas alturas de mi exposición uno tuviese que proponer una lección, yo diría lo siguiente: un proceso constituyente bien llevado debiese tener presente que la autonomía se reconoce no solamente a través del nombre, sino que, además, por medio de funciones que sirvan de garantía frente al legislador. La autonomía tiene, entonces, una dimensión frente al Poder Ejecutivo y una segunda dimensión frente al Poder Legislativo que también debe cuidarse. La verdadera autonomía constitucional reserva ciertas funciones al órgano autónomo y se las quita al legislador ordinario.

Una segunda lección que muestra la práctica reside en el potencial fragmentador que las autonomías muestran de cara a la legislación administrativa general y, especialmente, a aquella que fija estándares en materia de acceso a la información, probidad, compras públicas o fiscalización (por mencionar las más importantes). Tengo claro que no es un aspecto que pueda profundizarse en este lugar, pero existe cierta tendencia de los órganos autónomos, fomentada por la misma legislación, a tener sus propios estatutos en materias claves como las señaladas. Por ejemplo, hay cuestiones tan simples como el régimen de compras públicas de la Ley 19.886, que ha requerido del consenso de estas instituciones para que participen en plataformas tan básicas como Mercado Público. ¿Qué razón hay para entender que órganos como el Banco Central o el Ministerio Público deban adherir voluntariamente a esta plataforma? ¿Por qué el Banco Central debería tener su propia política de adquisiciones y contrataciones si el sistema general ya existe en la legislación general? Esta segunda lección aconseja, por tanto, buscar el modo en que la apelación a la autonomía no justifique regímenes especiales, excepciones o, incluso, lagunas de regulación, respecto de asuntos capitales para el Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción.

b) Autonomías autorizadas por la Constitución, pero en su desarrollo, mandatadas al legislador

Una segunda categoría de autonomías se refiere a aquellas que están autorizadas por la Constitución, pero cuyo desarrollo le corresponde a la legislación ordinaria. Aquí hay un régimen general que permite crear entidades personificadas o bien entidades desconcentradas. Respecto de las desconcentradas, la Constitución en varias partes alude a

⁵⁵ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 78 de 20 de septiembre de 1989, y confróntesela con la reciente sentencia Rol N° 9.133 de 1 de septiembre de 2020.

Insumos/Constitucionales

la existencia de entidades fiscales autónomas que vendrían a ser o, más bien, nosotros podríamos asimilar a aquellos entes que la Constitución también en términos generales llama desconcentrados.

Junto con lo anterior, hay otras formas de autonomía que desde el 2007 residen en el nivel de los “Gobiernos Insulares”, me refiero puntualmente a los estatutos especiales que hasta el día de hoy no se han creado para Rapa Nui y Juan Fernández.

Acá viene, creo yo, lo capital respecto de estas dos grandes formas de autonomía. Y la pregunta es, ¿Cómo deben regularse? La pregunta obliga a discernir entre aquellas autonomías que merecen tener este espacio en la propia Constitución, de un lado, y los principios o directrices que debiese contener una Constitución en caso de autorizar la generación de estas autonomías, del otro. No hay que descartar que el proceso constituyente será un espacio propicio para desplegar las presiones por la autonomía que uno encuentra en otro tipo de órganos que hoy día no tienen, digamos, rango constitucional, como la Defensoría Penal Pública, el Consejo para la Transparencia, la Defensoría de la Niñez, una eventual futura Agencia de Protección de Datos, Instituto Nacional de Derechos Humanos, y podríamos seguir con una lista larga.

¿Cuáles son esas bases, entonces, para el diseño constitucional? ¿Cuáles podrían ser esas bases para el diseño Constitucional?

El punto de partida es, yo diría, un conjunto de normas relativamente heterogéneas que distribuyen atribuciones entre el Presidente, a quien le corresponde al Gobierno y la Administración del Estado, y que define —a través de un modelo ya en crisis de iniciativa legislativa exclusiva—, las formas de configuración de los servicios públicos, partiendo por su creación, y diseña cuáles son las competencias que pudiesen transferirse a servicios públicos o bien a Gobiernos Regionales o Municipalidades. Es el Gobierno, además, quien de acuerdo con la propia Constitución diseña las políticas y es el Congreso quien aprueba la eventual transferencia de esas competencias administrativas dentro del modelo de Estado unitario, puramente administrativas, no políticas, con una regulación básica en las bases de la institucionalidad y otras que no es del caso mencionar en materias de Gobierno Regional y Municipal. Al Congreso, por su parte, le corresponde también la función de control de los actos del Gobierno, que en un sentido orgánico se refiere al Presidente de la República, a los Ministerios y órganos con dependencia gubernativa. Y hay que observar el modo en que el Congreso ha ido ajustando este concepto de acto del Gobierno para los efectos de ampliar su campo de fiscalización.

El cuadro normativo se completa con la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, que de seguro va a ser indirectamente revisada en el proceso constituyente. No sabemos si las leyes orgánicas van a subsistir en cuanto a tales, lo que me interesa destacar acá no son las leyes orgánicas constitucionales en sí mismas, si no el hecho que en materia administrativa la Ley 18.575 quiere cumplir una función que, si no es constitucional, es para-constitucional. En otras palabras, en materia administrativa la Constitución se ha descargado de contenido al entregar a la Ley Orgánica la regulación de “la organización básica de la Administración pública” como reza el artículo

Insumos/Constitucionales

38 de la Constitución. Y si uno revisa la Ley 18.575, es posible encontrar no solo orientaciones respecto del modo cómo funciona la autonomía, sino, también, algunas reglas dirigidas al legislador (por ejemplo, en lo relativo al carácter general no planificador de los servicios públicos). Al desaparecer el modelo fragmentado de ordenación entre la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, habría que preguntarse si esos criterios de ordenación, que hoy están en esta Ley Orgánica Constitucional, acaso no deban transformarse en normas verdaderamente generales para evitar esa fragmentación a la que aludía como consecuencia de las autonomías. Podríamos decir que lo peor para todas las agencias independientes, muchas de las cuales son reguladoras, es estar desreguladas en términos constitucionales.

¿Cuáles son, para ir terminando, esos aspectos claves? y ¿Cuál debiese ser la fuente ideal? Tomando en cuenta las razones que se han esgrimido históricamente y en la literatura comparada sobre burocracias para crear estas instituciones autónomas⁵⁶, por una parte, y poniendo en el otro platillo de la balanza los problemas que generan o que pueden generar estas agencias, un buen punto de partida sería respecto de las agencias autónomas constitucionales propiamente constitucionales poder responder satisfactoriamente a la pregunta del por qué, cuáles y para qué. Y digo esto porque, a pesar de la presión de muchos servicios por aspirar a un rango constitucional de mayor autonomía, un Estado de solo agencias autónomas vendría ser así como una suerte de archipiélago desconectado de servicios.

El constituyente debe tener una muy buena razón, como la que puede haber para el Banco Central o para la Contraloría General de la República, que justifique organizar instituciones autónomas con rango constitucional. En el primer caso, para quitar la emisión del Gobierno, en el segundo para fiscalizar con autoridad.

Pero ¿Y las otras agencias autónomas? ¿Se requiere de verdad un Consejo Nacional de Televisión dotado de autonomía constitucional? ¿Y de un Ministerio Público? A mi juicio no. Yo sostengo que el Ministerio Público solo por accidente necesitó de autonomía constitucional. Ella parece haber sido una manera de evitar que se pudiese reprochar la constitucionalidad de la función de investigación frente a las atribuciones que tradicionalmente se consideraron como parte de la función jurisdiccional. Pero hoy, cuando ningún tribunal disputaría esa función, esa razón ha quedado demasiado lejos. En definitiva, no hay tan buenas razones para que la

⁵⁶ Entre muchos otros creo que es ilustrativo y mantiene vigencia el texto de Thatcher, Mark (2005) "The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe", *Governance* 18/3, pp. 347-373. Véase, también, OECD (2005), *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. Si bien el foco está puesto en las agencias de regulación, las causas y los problemas suelen ser generales a todos los órganos de naturaleza administrativa. Se generan estas agencias autónomas como forma de contrapesar el poder de los gobiernos centrales o como garantía de independencia, pericia técnica y mayor confianza ciudadana. Como contrapartida, se producen riesgos de alejamiento o descoordinación con las políticas generales, reducciones del control, insularidad burocrática y, si son constitucionales, de pérdida de flexibilidad de las organizaciones.

Insumos/Constitucionales

autonomía del Ministerio Público tenga rango constitucional, como las que sí hay para la Contraloría o para el Banco Central.

La autonomía constitucional debería ser un privilegio de pocos más que un privilegio de muchos.

¿Cuáles son, entonces, los criterios relevantes que debiesen existir o las técnicas de control relevantes respecto de estos órganos autónomos y que debiesen estar en la Constitución? No digo necesariamente en un capítulo ni en un párrafo, pero como suele ser en estos casos, la regulación debiese estar dispersa a través de los distintos capítulos de la Constitución. Debiese para estas normas garantizarse primero los procesos de nominación. Creo que es positiva la experiencia que se ha tenido con la participación del Senado, como sucede con los Ministros de la Corte Suprema, como con los miembros del Consejo del Banco Central. Es también valiosa la posibilidad de que existan concursos gestionados por el sistema de Alta Dirección Pública. Respecto de la dirección de la agencia autónoma, es interesante distinguir la posibilidad de mantener una conexión con el Gobierno en cuanto a que el Gobierno, el Presidente, pueda nombrar al director o directora del servicio, antes de que sea el propio servicio el que genere —como sucede por ejemplo en el Instituto Nacional de Derechos humanos—, su propio conductor (en el caso del Instituto, sin embargo, la regla obedece a otros principios que no puedo profundizar acá).

Ahora bien, en el caso de la estructura es importante un equilibrio entre una estructura unipersonal y una colegiada. La estructura colegiada permite la participación o incorporación de otros órganos que pueden, digamos, aumentar la legitimidad de la dirección. Cuando digo “de otros órganos”, me refiero a otros órganos en los que tengan participación los órganos representativos. Lo que define un órgano autónomo en estos términos es el de ser órganos no representativos que requieren cierta forma de legitimidad, y una de las maneras de acrecentar su legitimidad puede ser incorporando a órganos representativos en la generación, sino de todos, a lo menos de una parte de sus integrantes. En materia presupuestaria es difícil ser autónomo cuando la configuración del presupuesto depende del Ministerio con el cual el órgano se relaciona. Ahora, eso es así cuando, como es la generalidad de los casos, las discusiones presupuestarias obedecen a una anualidad. Quizás, las discusiones presupuestarias para este tipo de órganos pudiesen sustentarse en algo que, incluso, es perfectamente posible con la legislación presupuestaria anual, que es un régimen o regímenes plurianuales, para así resguardar su autonomía y, al mismo tiempo, mantener el control que implica que el Congreso apruebe el presupuesto de estas agencias. En lo que es el control político, ciertamente, no debiese haber obstáculos, y posiblemente sería interesante corregir esa frase en lo que se refiere al control de los actos “del Gobierno”, en cuanto pudiese entenderse que Gobierno es solamente Presidente y colaboradores inmediatos.

c) Autonomía como técnica de cohesión política: el proceso constituyente como espacio para construir acuerdos y el conflicto etno-político

Por último, ya estoy en la hora final, quisiera referirme a aquello con lo que partí esta breve exposición: la necesidad de entender que el estatuto de la autonomía es un tema capital para que el proceso constituyente pueda conducir adecuadamente, o pueda satisfacer adecuadamente, esta función de garante de la cohesión política que tiene una Constitución. James Bryce decía que una Constitución debe, por una parte, ser un símbolo de unidad que mantenga a la comunidad política unida y, por otra parte, debe ser un instrumento que pueda mantener a raya estas fuerzas centrífugas que hay en toda comunidad y que ponen en riesgo a la *polis*.

Aquí es capital volver sobre lo que indicaba al comienzo. En un principio, el proceso constituyente puede consistir en la manifestación de la voluntad de un solo pueblo soberano (el *dictum* del pueblo) o puede servir de espacio para el concurso de otras voluntades autónomas que quieren ser reconocidas como tales y que pueden, por tanto, en ese proceso de diálogo, de construcción de acuerdos, pavimentar la solución al conflicto etno-político —llamémoslo como queramos— entre el Estado y sus pueblos indígenas.

Mi tesis consiste, entonces, en que el proceso constituyente puede también promover la configuración y reforzar estas autonomías a través del consenso. Y considero que donde mayor necesidad de reconocimiento y espacios para llegar a acuerdos se observa, es en el campo de los conflictos territoriales y los crecientes conflictos etno-políticos (que son una especie de los primeros). En esta área es fundamental que los constituyentes reconozcan que, como los nueve o doce meses que tienen para redactar el proyecto de nueva Constitución no son suficientes para encontrar la solución a un problema tan grande, ellos sólo pueden diseñar una Constitución que, al tiempo de reconocer a los sujetos en conflicto, establezca las herramientas necesarias para buscar acuerdos, suscribirlos y cumplirlos. Cuando ello se produzca, si se produce, nuestra democracia tradicional comenzará el tránsito hacia formas nuevas de democracia *consociativa* (en la terminología acuñada por Lijphart a fines de los años 1960), con todos los arreglos que ella requiere —al menos a escala territorial— para facilitar la gobernanza en territorios de potencial conflicto político.⁵⁷

Esta cuestión es realmente crítica, es capital. Quizás pudiese parecer algo obvio, pero, considerando las prácticas que hemos observado, creo que no tenemos todavía lo suficientemente claro cuál es el rol que una Constitución tiene como instrumento de consenso y como acuerdo político, sobre la cual no volvemos a votar hasta que no consintamos en reformar el texto constitucional.⁵⁸ Y en esto, y a la luz del modo en que

⁵⁷ Lijphart, Arend (1969), "Consociational Democracy". *World Politics* 21/2, pp. 207-225. Sobre este trabajo puede verse con más detalle Lijphart, Arend (1977). *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*. New Haven-London: Yale University Press.

⁵⁸ Tomo el concepto de Zagrebelsky, Gustavo (2005), *Principi e voti*. Torino: Giulio Einaudi.

Bryce, James (1901). "The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions", en *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, pp. 271 y ss.

Insumos/Constitucionales

estamos actuando, creo yo, modificando las reglas de este proceso a medio camino con un plebiscito de por medio, nos lleva por una mala senda.⁵⁹ En efecto, hemos recorrido el camino inicial sin siquiera comenzar a entender que este proceso se construye a través de acuerdos que deben respetarse y ser estables a lo largo del tiempo. Y es sintomático que los cambios sobrevinientes (que sin embargo son todavía marginales) se refieran justamente a los pueblos indígenas, grupo humano que ya había sido consultado hace no mucho tiempo y con el que ya el Estado había llegado a algunos acuerdos.

Bueno, miro la hora y creo que ya es tiempo de terminar.

⁵⁹ Por ejemplo, la intención que existe con el proyecto de reforma constitucional que *Modifica la Carta Fundamental en materia de integración, procedimiento, funcionamiento, quórum exigido a la convención constitucional, normas aplicables a los convencionales y participación ciudadana en el proceso constituyente*, con fecha 16 de noviembre de 2020, Boletín Nº 13869-07. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14459&prmBOLETIN=13896-07>

COMENTARIOS

JOSÉ FRANCISCO GARCÍA

Abogado y profesor de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile

Muchas gracias a Lucas Sierra, y al CEP, a Ignacio Walker y a CIEPLAN por la invitación a comentar el documento del profesor Manuel Núñez, y por supuesto, hacerlo junto con la profesora Veloso.

Quisiera primero felicitar al profesor Núñez, porque en este documento encontramos tesis que son, por supuesto, jurídicas, publicistas. Pero también hay tesis intelectuales, en el sentido de una reflexión propia de un intelectual público. Por ejemplo, la taxonomía que nos ofrece respecto de las distintas autonomías que están en juego de cara al proceso constituyente, no limitándose sólo a lo que él denomina “la autonomía como forma de organización política”. Entonces, en realidad, esto trata de un planteamiento que va más allá, digamos, de lo típico que haría un abogado o un jurista, entrando de manera audaz en dominios de lo que podría ser el campo de un intelectual público. Ello es refrescante y oxigena el debate puramente dogmático de estos temas.

Mi comentario se limitará a dos ideas centrales nada más.

La primera es tratar de profundizar en algunos aspectos conceptuales de lo que el profesor Núñez denomina “déficit en la conceptualización de las autonomías constitucionales” en nuestra práctica constitucional. Aquí yo querría hacer una distinción entre los elementos estáticos y los elementos dinámicos que van reconfigurando las autonomías constitucionales en la práctica constitucional chilena en estos últimos años, y cómo además pueden iluminar al debate futuro de nueva Constitución y las prácticas constitucionales futuras que se desarrollen en torno a ella. Y, en segundo lugar, de manera más contingente, reflexionar en torno a los desafíos de las autonomías constitucionales de cara al proceso constituyente.

Así, en primer lugar, estoy de acuerdo con el profesor Núñez acerca de lo que él denomina la “deficitaria precisión conceptual de las autonomías constitucionales” en nuestra práctica constitucional. La definición de autonomía constitucional adolece, en nuestro Derecho, de enorme imprecisión en cuanto a su alcance y sentido. Hay algunos esfuerzos doctrinarios por revertir esto, principalmente desde el derecho administrativo, pero siguen siendo insuficientes. Alguna robustez adquirió el debate en medio de la discusión del constituyente derivado sobre la autonomía constitucional del SERVEL, que ocurrió hace unos pocos años atrás. Conforme a la historia de dicha ley, se dio cuenta de una conceptualización curiosamente robusta en este campo, en los términos siguientes:

Las autonomías constitucionales son aquellas consideradas por la misma Constitución e imponen una garantía institucional que sustrae de la competencia del legislador la

Insumos/Constitucionales

facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla. Estos organismos presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos solo a la Constitución política y a la ley que conforme a ella regula su organización funcionamiento y atribuciones.

Lo que caracteriza a estas autonomías es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ella contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan, funcional y administrativamente.

Ejemplos de este tipo de entidades en nuestro derecho son la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público y las Municipalidades. Al mismo rango, entonces, elevaríamos al Servicio Electoral.⁶⁰

Esta conceptualización, que la vimos repetida una y otra vez en el debate sobre la autonomía constitucional del SERVEL, describe los elementos nucleares de la forma en que nuestra práctica constitucional comprende las autonomías constitucionales. Ahora bien, esta conceptualización debiese ser complementada con algunos otros elementos. Propongo los cinco que siguen a continuación.

En primer lugar, la autonomía se proyecta como independencia funcional. Ésta se ejerce respecto de las funciones y atribuciones que le encomienda la Constitución a cada uno de los órganos que tengan ese carácter. El control preventivo que hace la Contraloría o las actividades financieras que realiza el Banco Central pueden ser ejemplos de ello. Así, la independencia funcional se asocia a la autonomía, pero también a un ejercicio exclusivo de competencias que trata de reservarle la Constitución a estos órganos.

En segundo lugar, cuentan con una potestad de autonormación, que es tanto derivada como limitada. Su naturaleza es reglamentaria, pero con habilitación constitucional y cierta capacidad de autodeterminación administrativa.

En tercer lugar, en muchos casos gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero esto no es una condición esencial.

Un cuarto elemento, que también destaca el profesor Núñez en su documento y que me parece fundamental, es que gozan de una garantía institucional que debe ser respetada por el legislador en su núcleo esencial. Esto supone una reemisión al legislador para que regule y desarrolle normativamente la institución, pero le impone, al mismo tiempo, un límite, pues no le está permitido alterar estas características esenciales sin privarlo de todo sentido de eficacia. En consecuencia, no puede eliminar el legislador la institución, ni quitarle algunas facultades que le son esenciales.

⁶⁰ Historia de la ley N° 20.860. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 19 de mayo de 2015. 1.2. Mensaje en Sesión N° 26, Legislatura 353. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6297/>

Insumos/Constitucionales

En quinto y último lugar, existen distintos grados e intensidades con las que la Carta Fundamental entrega y regula esta autonomía. Esto lo destaca también el profesor Núñez. Ello me recuerda el importante artículo del profesor, y hoy ministro del Tribunal Constitucional, Gonzalo García, que hizo una taxonomía interesante respecto de las reservas legales que establece la Constitución.⁶¹ Aquí me parece que también es posible pensar una taxonomía análoga generándose estatutos de autonomías constitucionales con ciertas diferencias importantes, con ciertas particularidades.

Ahora bien, eso es en el plano conceptual, en la búsqueda de un cierto marco conceptual acerca de qué son las autonomías constitucionales en nuestra práctica constitucional. Con todo, y tal como lo hace el profesor Núñez, debemos destacar que nuestra práctica Constitucional y, principalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, van redefiniendo o complementando algunos de estos elementos definitorios o característicos de las autonomías constitucionales.

Por ejemplo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ningún órgano es completamente autónomo. En todo sistema democrático, y esta es la tesis central del Tribunal Constitucional, los órganos van a enfrentar distintos tipos de control, no hay una autarquía completa, no se entrega una autonomía financiera de carácter absoluta en ningún caso. Estas instituciones tienen presupuestos anuales que deben ser aprobados por el legislador, muchas veces las autoridades de estos órganos son generadas por participación de la voluntad de los órganos elegidos por la ciudadanía, estos órganos electos pueden remover a las autoridades de los entes autónomos. En fin, hay una serie de mecanismos que describe bien el profesor Núñez cuando conceptualiza las tres preguntas claves en torno al diseño de estas instituciones: quién los designa, cómo se remueven y quién los financia o con cargo a qué se financian o bajo qué esquema. Así, el Tribunal Constitucional en una serie de fallos ha ido precisando estos límites; la autonomía constitucional no es sinónimo de autarquía.⁶²

Luego, también se ha definido con claridad que los órganos autónomos que ejercen funciones administrativas no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República de acuerdo al artículo 24 de la Constitución, y esto ha sido un desarrollo y un debate importante. Un ejemplo final que también destaca el profesor Núñez. El Tribunal Constitucional ha señalado, también, que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia no son vinculantes para los organismos autónomos. A juicio del Tribunal, se

⁶¹ Ver GARCÍA PINO, Gonzalo, *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? En Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado. 5 (2014).

⁶² Por ejemplo, en la sentencia Rol N° 995-07, de 18 de diciembre de 2007, considerando 10° sostuvo: *“Que precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional y cuáles interferencias son incompatibles con ese carácter, es una tarea compleja que debe hacerse con estricto apego a las propias reglas constitucionales que regulan al órgano autónomo y a las precisas normas legales que podrían interferir con dicha autonomía. En términos generales, cabe descartar toda posición extrema. Desde luego, porque la Carta Fundamental, como en todo sistema democrático complejo, establece varios y diversos controles externos al órgano autónomo. Ninguno de estos órganos es enteramente autárquico (...)”*.

Insumos/Constitucionales

debe respetar —en cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, tales como la Contraloría, el Banco Central, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el TRICEL—, la autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de Gobierno y administración propias de la función ejecutiva. De este modo, las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales no son vinculantes para estos organismos, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la Constitución les ha conferido.⁶³

En síntesis, y cerrando con el primer tema de mi comentario, desde el punto de vista conceptual, nuestra práctica constitucional ha ido complejizando dinámicamente los elementos conceptuales estáticos en torno a las autonomías constitucionales. El Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el legislador los va sofisticando y reconfigurando.

Ello, por lo demás, demuestra que la Constitución es una actividad y no un punto final, es más bien un punto de partida, y eso el futuro constituyente también debe tenerlo presente y ser flexible en la manera que va a diseñar la nueva Constitución y sus instituciones.

Un segundo comentario a propósito de las reflexiones prospectivas del profesor Núñez, de cara al proceso constituyente, me lleva a identificar las justificaciones que cada una de estas autonomías constitucionales tiene. ¿Estamos ante justificaciones basadas en la mera tradición constitucional? ¿Se busca preservar algunos bienes especialmente valiosos? ¿Se trata de cuestiones puramente prudenciales?

Examinando el derecho comparado como un insumo para pensar esta cuestión, encontramos como equivalentes a nuestras autonomías constitucionales —más allá de las Cortes Constitucionales que encontramos abundantemente en el derecho constitucional comparado—, en primer lugar, a los Bancos Centrales, que están ganando un estatus importante en las constituciones.⁶⁴ En segundo lugar, los reguladores de telecomunicaciones o aquellos que están centrados en la protección y límites de la libertad de expresión. Curiosamente, lo opuesto a nuestra propia tradición y los consensos que hoy parecen existir respecto al Consejo Nacional de Televisión y su eliminación o, al menos, desconstitucionalización. También encontramos en las constituciones comparadas la figura del Auditor General, equivalente a nuestra Contraloría, y las Comisiones Electorales, equivalentes a nuestro SERVEL.

Otros órganos autónomos a nivel comparado, que también menciona el profesor Núñez, son las autoridades o los órganos de derechos humanos como nuestro Instituto Nacional de Derechos Humanos y el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo.

Ahora bien, desde la perspectiva de las justificaciones de las autonomías constitucionales, tanto en el derecho nacional como en el comparado, es posible encontrar un común

⁶³ Ver sentencia Rol N° 1051-08, de 10 de julio de 2008, considerandos 35° a 38°, 41° a 44°, 47°, 48° y 53°.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, el *Comparative Constitution Project*.

Insumos/Constitucionales

denominador: estas se asocian a garantizar espacios de autonomía funcional y técnica frente al control político, a órganos que cautelan espacios, ámbitos o bienes especialmente sensibles en una democracia.

Con todo, no deja de ser curioso que estas justificaciones adquieran otra entidad u otra intensidad en Latinoamérica a propósito de los regímenes hiper-presidenciales, tan extendidos en la región. En efecto, las autonomías constitucionales suelen ser pensadas para enfrentar o limitar los desbordes del hiper-presidencialismo.

No deja de ser curioso que, sin quererlo, encontramos un argumento adicional para avanzar hacia modelos parlamentarizados de presidencialismo o al semipresidencialismo. Por supuesto, no estoy sosteniendo que la razón para parlamentarizar nuestro sistema presidencial sea uno asociado a las autonomías constitucionales. Pero, vaya paradoja, la parlamentarización del régimen político permitiría quitar las justificaciones más fuertes que en Latinoamérica, y también en nuestro país, se han dado a algunas de las principales autonomías constitucionales, especialmente aquellas que exceden el canon tradicional comparado.

Ahora bien, el documento del profesor Núñez también nos invita a pensar prospectivamente estos debates de cara al proceso constituyente. Permítanme concluir esta segunda parte del comentario con algunas reflexiones finales.

La primera, es que tenemos acuerdos importantes respecto a la necesaria desconstitucionalización de una serie de autonomías y órganos con estatus o reconocimiento constitucional. Se trata de un consenso positivo, en la dirección de ir depurando los excesos que tiene la actual Constitución en esta materia. Por ejemplo, el Ministerio Público, el SERVEL, el Consejo Nacional de Televisión, son grandes candidatos a ser desconstitucionalizados y quedar amparados bajo un modelo de autonomía legal.

En cuanto a la eliminación de los capítulos de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, y el COSENA, también hay bastante consenso, y me parece transversal. Por ejemplo, la nueva Constitución en el capítulo de Gobierno podría regular en uno o dos artículos las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, pero no mucho más que eso. El COSENA no debe estar regulado en la Constitución y debe limitarse a su regulación que es infra legal. Buena parte de estos consensos pueden observarse en los libros *Diálogos constitucionales* (2015) y *Propuestas constitucionales* (2016) de esta casa y que editó Lucas Sierra. En ellos se comparte el diagnóstico en torno al gigantismo, el sobre dimensionamiento de nuestras autonomías constitucionales y de órganos con reconocimiento constitucional, y, en muchos casos, sin justificaciones fuertes o con fines más bien antidemocráticos para entender su existencia.

Por lo demás, y creo que también es parte de un diagnóstico extendido, nuestra práctica institucional tiene autonomías legales fuertes, muy robustas y que hoy son verdaderos modelos de exportación. Por ejemplo, y aunque en estos días está pasando por un momento institucional complejo, el Consejo para la Transparencia es un modelo de autonomía legal. También lo es, aunque en sus primeros pasos, la Comisión para el Mercado Financiero.

Insumos/Constitucionales

En consecuencia, tenemos algunos consensos importantes de cara al proceso constituyente. Por un lado, un examen crítico, compartido, de lo que ha sido la práctica constitucional de esta Constitución y la necesidad de desconstitucionalizar una serie de autonomías constitucionales. Por el otro, las autonomías legales robustas que tenemos, que permiten pensar con esperanza y con optimismo, no con voluntarismo, que el modelo de autonomía legal puede funcionar bien.

Una segunda reflexión en esta materia dice relación con ciertos desafíos pendientes y desacuerdos que el documento del profesor Núñez nos invita a explorar y profundizar.

Primero, existe una cierta y extendida percepción de insignificancia de muchas de las autonomías legales. Esto lleva tanto a sus autoridades como a algunos discursos constitucionales y políticos, a plantear la necesidad de conferirles en el debate por nueva Constitución, autonomía o reconocimiento constitucional. Por supuesto, hay una cierta cuestión de estatus reputacional en esta demanda. Pero también hay un cierto populismo constitucional en ella. Ello puede observarse especialmente en algunos programas constitucionales de centroderecha que han planteado cosas tan ridículas como constitucionalizar el Servicio de Impuestos Internos, la Fiscalía Nacional Económica, el SERNAC, etc.⁶⁵ Obviamente, esto genera muchas expectativas al interior de estas instituciones. A mi juicio, ese camino hay que evitarlo. En días recientes, el profesor Luis Cordero hablaba de una inflación, de un maximalismo Constitucional en esta materia. Podemos hablar de una inflación orgánica. Y es que, al igual como debemos ser cautos respecto de la inflación de derechos fundamentales en la nueva Constitución, debemos evitar la inflación orgánica en el proceso constituyente y evitar toda forma de populismo constitucional.

Segundo, la eliminación de las Leyes Orgánicas Constitucionales, de lo que soy firme partidario, va a generar desafíos técnicos respecto de la regulación constitucional de las autonomías constitucionales —ojalá pocas—, que subsistan en la nueva Constitución. Por ejemplo, no es lo mismo la regulación más bien detallada que hoy día tiene el Tribunal Constitucional o la Contraloría General de la República, que la más minimalista del Banco Central. Por supuesto, ello obliga, de acuerdo con las categorías del profesor Patricio Zapata, a ampliar el campo competencial de las Leyes Orgánicas Constitucionales en casos como el del Banco Central. Pero ello implica pensar de manera especialmente atenta qué dimensiones que hoy están en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central debiesen estar en la nueva Constitución. Este desafío y la búsqueda de un sano equilibrio a la hora de encararlo, es algo que habrá que tener presente.

Un tercer elemento es el proceso de agencificación o lo que llamamos “el nuevo Estado Regulator”, y una visión más sofisticada del principio de separación de funciones. Uno de los temas interesantes de la controversial sentencia del Tribunal Constitucional en el caso SERNAC —que generó, sobre todo para el derecho administrativo sancionador, grandes

⁶⁵ Ver, por ejemplo, las 80 propuestas constitucionales de Chile Vamos, de mayo de 2016.

Insumos/Constitucionales

tensiones– es la evidencia de que existen diversas interpretaciones del principio de separación de funciones a la hora de pensar el Estado Regulador.⁶⁶ En efecto, el Tribunal Constitucional parece sugerir que, si el legislador decide avanzar hacia esquemas de agencias administrativas con poderes más intensos, ya no de interpretación, si no que en el plano regulatorio, sancionatorio y cuasi jurisdiccional, dichas facultades deben ir acompañadas de una cierta estructura institucional mucho más robusta que la de un servicio público unipersonal con grados escasos de autonomía.

Conocemos diseños institucionales robustos en nuestro sistema institucional: el Banco Central, el Consejo para la Transparencia, la Comisión para el Mercado Financiero, entre otros. La pregunta relevante que dejó el caso SERNAC, ahora pensando en la nueva Constitución, son las condiciones bajo las cuales tenemos una interpretación flexible de la separación de funciones y avanzamos en darles potestades intensas al Estado Regulador. ¿Requiere este nuevo paso de una habilitación constitucional expresa? Hay buenas respuestas a esta pregunta a nivel comparado. No hay que ir a Europa, basta mirar, por ejemplo, el modelo de Uruguay, que establece un complejo estatuto de habilitación para los órganos regulatorios y entes autónomos.

Concluyo con una última reflexión, que tiene que ver con la provocación intelectual que hace el profesor Núñez de mirar la autonomía en sentido amplio, al menos, en las cuatro dimensiones que propone en su documento y que tiene que ver con la posibilidad de tener múltiples estatutos jurídicos. Manuel Núñez describe una realidad, la intención de esta Constitución de tratar de separar las figuras gremiales, las juntas vecinales, entre otras, de la política. Un enfoque gremialista, que, con razón, ha sido criticado. Pero es útil advertir que hay un riesgo que, en el proceso constituyente, el principio de igual ciudadanía vaya siendo remplazado por una cantidad enorme de estatutos especiales, asociados a los debates sobre reconocimiento, a las políticas de identidad, de grupos desaventajados, etc. El problema es que a la Convención Constitucional no lleguen macro visiones constitucionales, sino pretensiones y demandas de grupos en la lógica de los *single issues*, a defender banderas muy específicas. Es curioso que quienes critican estatutos y reglas especiales que descansan en una lógica corporativista de derecha, ahora promuevan estatutos y reglas que descansan en otras lógicas corporativistas. Ni la igual ciudadanía ni la democracia ganan en profundidad en ese escenario.

Hay aquí un importante desafío y el profesor Núñez hace bien en encender las luces –o las alarmas– para pensar en cómo evitamos la corporativización de estos estatutos especiales. Muchas gracias, y muchas al profesor Núñez por esta provocación intelectual.

⁶⁶ Sentencia Rol N° 4012-17, de 18 de enero de 2018.

PAULINA VELOSO

Abogada, ex académica de la Universidad de Chile y ex Ministra Secretaria General de la Presidencia durante el primer gobierno de Michelle Bachelet

Muchas gracias a Lucas Sierra, al CEP, a CIEPLAN y a Ignacio Walker por la invitación.

Es muy desafiante el tema, y muy atrayente participar en este momento histórico para el país, en los insumos que se empiezan a proporcionar para la Convención Constitucional. Felicito a quienes lo organizan.

El profesor Núñez nos plantea distintos significados del concepto de autonomía, subrayando que esta es una palabra polisémica o plural o ambigua. Coincido también en diversos aspectos con el profesor García.

Me voy a referir a la primera aproximación del tema que hace Núñez y, después, voy a señalar algunas cuestiones problemáticas respecto de los organismos autónomos y de las razones que pueden justificar el hecho de que se encuentren consagrados en la Constitución.

La primera pregunta que se plantea el profesor Núñez es cuán autónoma es la convención constituyente. Creo que es una pregunta muy interesante. Su pregunta es cuánto hay de “hoja en blanco”, con cuánta autonomía discutirá la Convención.

En primer término, detrás de “la hoja en blanco” está la idea de que no se parte desde la Constitución de 1980, sino que desde otros parámetros. Lo que se quiere es cambiar, no modificar. No obstante, aun cuando existirá una amplia libertad, puede decirse que el proceso Constitucional tiene límites. El primer gran límite está considerado en el propio texto que aprobó este proceso Constitucional, dispuesto en el artículo 135 de la Constitución, el cual dice que el proceso constituyente o que la Convención Constitucional deberá respetar la República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En estos cuatro conceptos o temas están implícitos un conjunto de límites.

Desde el punto de vista de los tratados vigentes en Chile, toda la configuración que se haga en la Constitución sobre las garantías constitucionales debería tener la lógica, el contenido, los alcances de los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran vigentes. Por ejemplo, la libertad de reunión no podría estar configurada como la diseña la Constitución del 80', porque ello trasgrede los tratados internacionales. De este modo, en el fondo, se observa que los tratados van limitando las formas de conceptualizar los distintos derechos y garantías que deben estar en una Constitución Política.

También, básicamente desde las mujeres, se plantea la incorporación en la Constitución de las lógicas y concepciones que están en la base de dos tratados internacionales de derechos

Insumos/Constitucionales

humanos, que se refieren a los derechos de las mujeres: la CEDAW⁶⁷ y la Convención de Belém do Pará.⁶⁸

Entonces, en definitiva, los tratados de derechos humanos nos limitan en la consagración de ciertos derechos, así como en su configuración y en la forma de conceptualizarlos.

Un segundo aspecto que fija un límite y que está muy conectado, además, con el tema los organismos autónomos, es el contexto, llamémoslo ideológico, cultural, filosófico-político, sobre lo que son las democracias. Ello, porque el concepto de democracia, como todos sabemos, ha evolucionado: no es la misma hoy en relación con la que fue ayer.

Asimismo, hay variedad de sistemas democráticos, no existe un solo modelo. Pero hay ciertas ideas consustanciales, como la regla de mayoría, el respeto al pluralismo, y las ideas de libertad e igualdad. En definitiva, cuando hablemos de democracia y en cómo se estructura la democracia, no hay ninguna otra forma más que pensar en el derecho comparado, especialmente de las democracias más antiguas y sólidas, donde la democracia es más robusta.

Entonces, en ciertos casos en que puede haber discusión, deberíamos poder acudir y tener como elemento de apoyo, la forma cómo se ha entendido en otras latitudes, especialmente en Europa occidental. Por ejemplo, hay un sector importante de la ciudadanía que le da cierto temor la forma en que se configurará el derecho de propiedad.

Pues bien, acudamos a lo que dice el derecho a la propiedad de la Constitución Alemana o la Constitución Española u otra Constitución europea u otra de aquellas Constituciones que se refieren al derecho de propiedad, que no tienen tres páginas sobre la propiedad, como la de 1980, pero que relacionan el derecho de propiedad con el bien común, por ejemplo, como es el caso de la Constitución de Alemania. Esa Constitución dice al respecto, en uno de los numerales sobre este derecho, que *La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.*

Entonces, creo que es importante entender esto en todos los sectores, porque es claro que la Constitución se va a hacer por un grupo muy amplio de sectores políticos e ideológicos. Hay que entender que esta Constitución no va a ser exactamente como quiere una persona, sino el conjunto. Por tanto, habrá que acudir al derecho comparado para ver cómo se han consagrado por escrito al redactar una Constitución Política en un régimen democrático.

Hay que tener presente que las democracias son un fenómeno relativamente nuevo. O sea, hay autores que dicen que en realidad la democracia es del siglo XX e incluso pasado la mitad del siglo XX. Recordemos que países con muy altos estándares democráticos como, por ejemplo, Suiza, sólo le otorgó el derecho a votar a las mujeres el año 1971 y Estados Unidos sólo les otorgó derechos a los negros en la década de 1970. Hoy es claro que sin sufragio universal no hay democracia.

⁶⁷ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.

⁶⁸ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer.

Insumos/Constitucionales

Entonces, no es que haya que mirar en la historia una enorme cantidad de países y desarrollos de muy largo tiempo. Uno puede centrarse en algunos países, de aquellos con constituciones escritas como, por ejemplo, Alemania, España, Suiza, Portugal, Francia, en fin, que tienen regímenes democráticos robustos. En América Latina se pueden considerar, entre otros, Colombia, Uruguay y Costa Rica.

Al mismo tiempo, el proceso constituyente tiene que hacerse sobre la base de nuestra historia constitucional, en los aspectos positivos, desde luego. Y así, este conjunto de constituciones políticas nos puede permitir que la discusión se vaya acercando, a partir de ciertos textos ya escritos y ya trabajados en otros países.

Lo que estoy diciendo es que, en realidad, no es que se llegue a este proceso constituyente, por así decir, a inventar la rueda, en vacío, sino que se tiene un conjunto de límites, refiriéndome muy sucintamente a estos dos: los tratados de derechos humanos y la democracia. O sea, la “hoja en blanco” es más una metáfora que una realidad.

Ahora bien, refiriéndome al segundo tema planteado por el profesor Núñez, sobre los órganos autónomos o constitucionalmente autónomos. Mi primera observación es que en nuestro derecho hay un cierto desorden. Diego Pardow habla de este desorden que existe respecto de los órganos que son constitucionalmente autónomos, otros legalmente autónomos, algunos con más facultades, otros con menos. No existe un solo parámetro, una sola lógica de configuración.

La estructura clásica de la democracia solamente establece tres poderes autónomos e independientes –con ciertos límites–, que son el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. Esto, sin perjuicio de que los regímenes parlamentarios, en realidad, tienen una relación en que hay bastante dependencia entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Pero el que es absolutamente considerado como autónomo –y haciendo casi un sinónimo con independencia– en prácticamente todos los países democráticos, es el Poder Judicial, y eso creo yo que debe ser considerado, debe asegurarse esa independencia. La independencia del Poder Judicial es un elemento esencial del Estado de Derecho, por lo menos así está planteado por el Instituto Bingham, de Londres, que examina el Estado de Derecho en el mundo. Y la independencia tiene que ver, entre otros aspectos, con el nombramiento de las y los jueces, con la carrera judicial y con las formas de remoción. Y uno de los temas centrales, también muy destacado como problema en el mundo, es el acceso igualitario al sistema judicial. Debería existir preocupación por esta materia en el momento que se escriba sobre el Poder Judicial. Y mucho de lo que acabo de decir está en la ley, pero hay aspectos de principios que deben quedar establecidos en la Constitución.

Sobre los poderes autónomos, distintos de esos tres poderes ya señalados, puede afirmarse que, de alguna manera, son contra-mayoritarios. En cierta forma vienen a poner en cuestión la soberanía popular, o sea, el sistema democrático.

Imaginémonos nosotros que se establecen muchos organismos autónomos. Es decir, que emanen sus atribuciones de la Constitución, que tomen sus decisiones por sobre el legislativo. En este caso, el régimen se movería desde una democracia a una tecnocracia. Efectivamente, uno puede llegar al límite en el que vamos a terminar siendo dirigidos por

Insumos/Constitucionales

personas que no están elegidas por la soberanía popular. Ocurre que tenemos este límite de la democracia a que ya hice referencia. Por eso debe justificarse la autonomía constitucional.

Entonces, hay que tener presente que, de alguna manera, el crear organismos autónomos tiene ese defecto, tiene ese problema. Normalmente su objetivo está conectado con querer sacar la materia del debate político, esa es la idea que trasunta el organismo autónomo, sacarlo del debate político, hacerlo de alguna manera que esté fuera del debate político, que el poder lo tengan los técnicos. Y sobre esto, claro, uno puede decir que tiene alguna ventaja si se mira una situación de desorden total respecto de lo político, pero eso parte del supuesto que ese órgano, que es sacado del debate político, se comporta, llamémoslo así, de una manera técnicamente correcta. Por supuesto que esta idea parte de la base que la técnica sería algo así como neutra ideológicamente, lo que es muy discutible. Por esto, cuando se crean organismos autónomos, cosa que yo comparto en algunos casos, deben estar muy justificados y tener muy claros sus límites. Es importante fijar los criterios.

Algunos criterios los señaló Francisco García y en eso comparto con Manuel Núñez. En definitiva, hay que definir los criterios para determinar los organismos que deban estar en la Constitución con autonomía. Sin embargo, entendiendo que pueden existir organismos autónomos, hay que tener claro que, en la creación de este conjunto, si uno piensa en un conjunto de organismos, ello puede debilitar el sistema democrático.

Hay que tener presente que, además de sacar el tema del debate y de la política, que es un objetivo, otro objetivo —también positivo— es que, si se trata de un organismo que, de alguna manera, diseña o es responsable de los insumos para ciertas políticas, tenga una cierta estabilidad en el tiempo y no queden sujetos a los ciclos políticos. Estimo que esa es una muy buena razón. La pregunta es si, para cumplir esa muy buena razón, es necesario que tenga la autonomía constitucional, o bastaría con una autonomía legal. Yo pienso que es perfectamente posible y deseable que exista un conjunto de organismos que pueden tener autonomías legislativas. Y, técnicamente, hay diversos mecanismos para asegurar esa cierta autonomía, tales como designaciones plurales y por tiempos más largos que los órganos elegidos vía votación popular.

Para terminar, creo que es muy importante que estos organismos autónomos legislativos sean transparentes y estén sujetos a cánones de responsabilidad. Y un diseño institucional que permita una elección efectivamente profesional, porque si se pretende sacarlos de la política, deben asegurarse un conjunto de requisitos para tener estándares que lo justifiquen. Eso es un asunto que parece realmente muy importante. Tiene que justificarse esto de sacarlo de la arena política con razones valederas.

Ahora bien, cuál sería a mi juicio la justificación mayor para que estén en la Constitución. Aquellos organismos que controlan a otros órganos públicos como, por ejemplo, la Contraloría General de la República. Ella controla al Poder Ejecutivo, por tanto, tiene cierta lógica que esté consagrada su autonomía en la Constitución. Creo que también el Tribunal Constitucional tiene lógica, si se va a crear el Tribunal Constitucional, pues, si controla el proceso legislativo de alguna manera, entonces tiene que estar en la Constitución. Quizás

Insumos/Constitucionales

puede agregarse el Instituto Nacional de Derechos Humanos, básicamente por los Principios de París. No veo que otros organismos tengan tanta justificación, lo cual no me cierra a que puedan existir, pero creo que hay que pensar en estos organismos como autónomos legislativos.

Por último, cabe considerar que los procesos constituyentes generan cierta arena movediza. De alguna manera, hay personas que se sienten pisando un terreno de inestabilidad, otros tienen muchas expectativas, pues piensan que la Constitución va a resolver todos los problemas. Yo pienso que una Constitución Política bien hecha le da estabilidad de largo plazo a los países. Lo que genera, en definitiva, la posibilidad de que el sistema político funcione, y que tiene que ver con textos Constitucionales bien concebidos, pero, sobre todo, tiene que ver con una cierta cohesión social y con cierto ambiente que tienen que procurar los distintos sectores políticos, todos responsables de un ambiente de tolerancia, de respeto, en definitiva, que las libertades y las igualdades efectivamente funcionen y funcionen para todos.

Creo que nosotros no podemos mirar este proceso constituyente desde el miedo, sino que tenemos que mirarlo desde la esperanza y como una oportunidad enorme para hacer un mejor diseño, para que efectivamente quepa el conjunto de Chile. Pero hay que pensar que esta Constitución también tiene que ayudar en esta cohesión social, en querer pertenecer a este país, sentirse orgulloso del país, porque, de alguna manera, uno siente que no solo es parte de él, que es considerado, sino que además es considerado en su dignidad. Eso es mi planteamiento, muchas gracias.

SECCIÓN 3

Judicatura /

Abril 2021

Tribunales y la Nueva Constitución

LUCAS SIERRA

COMENTARIOS

EDUARDO ALDUNATE

MACARENA VARGAS

Transcripción del seminario “Tribunales y la Nueva Constitución”, realizado el 04 de enero de 2021. El video de este seminario puede verse aquí:

<https://www.cepchile.cl/cep/seminarios-y-eventos/seminarios-y-eventos-2020/seminario-tribunales-y-la-nueva-constitucion>

Tribunales y la Nueva Constitución

A propósito de la discusión en estos seminarios sobre la parte orgánica (lo que hemos llamado la “Sala de Máquinas”), Lucas Sierra revisa la historia de la judicatura en Chile, con sus logros y limitaciones, introduciendo una mirada crítica dirigida a explorar las posibilidades que se abren en el debate con miras a una nueva Constitución y las posibles reformas a la misma.

Constata que en el actual debate sobre temas sustantivos la judicatura todavía no parece tener un lugar muy relevante. Entre otros rasgos, destaca que la judicatura aparece como un poder contramayoritario (no está sujeta al voto ciudadano), los jueces permanecen en sus cargos mientras dure su propia voluntad y buen comportamiento, y su poder y prestigio reside en la calidad de sus fallos. Adicionalmente, por mucho que se hable de “una hoja en blanco” ello en ningún caso significa un mandato a pensar desde el vacío que pueda llegar a desconocer toda una historia constitucional.

Lucas Sierra propone cuatro criterios a la hora de encarar las reformas al interior del Poder Judicial: uno es la función, es decir, lo que hacen los Tribunales. Otro es la organización, que se refiere a cómo se diseña su arquitectura orgánica, y que en Chile se ha venido centralizando y corporativizando a lo largo de los decenios. El tercero es el estatuto de los jueces que comprende, entre otras cosas, su responsabilidad, inmunidad, etc. Y el cuarto tiene que ver con el conjunto de acciones judiciales o recursos que la Constitución consagra directamente y no a través de la ley, como es el caso general.

En cada uno de ellos formula diversas propuestas.

Eduardo Aldunate se toma del concepto de “hoja en blanco” para destacar la poderosa inercia que tiene la institucionalidad judicial en Chile, tanto en lo escrito como en lo no escrito. En lo que se refiere al estatuto de los jueces propone sacar las facultades disciplinarias de la Corte Suprema, ya que plantea una serie de problemas de independencia interna. Sobre el nombramiento de jueces, hay que definir los estándares de comportamiento judicial.

Luego incluye una serie de consideraciones sobre la idea de neutralización de las facultades políticas, la incorporación de los tribunales administrativos (vinculado a su vez al nuevo estatuto de los derechos sociales) y el régimen de responsabilidad constitucional de los jueces, entre otros aspectos.

Insumos/Constitucionales

Finalmente, Macarena Vargas se refiere al mecanismo de nombramientos judiciales, a la facultad de los tribunales de hacer ejecutar lo juzgado, y a los tribunales contenciosos administrativos.

En el primer caso, destaca la ausencia de un cuerpo normativo único que regule el sistema de nombramiento de los ministros de Corte Suprema, Cortes de Apelaciones e incluso, de los Jueces de Letras, enfatizando la conveniencia de avanzar en la dirección de un cuerpo integrado, con énfasis en la transparencia y en normas que permitan evitar la discrecionalidad.

En el segundo caso, dentro de las normas sobre delimitación de la función jurisdiccional, alude a la dimensión de eficacia de las resoluciones judiciales, con un énfasis en la reforma de la justicia civil y, particularmente, en la desjudicialización en la ejecución de dichas sentencias. La pregunta es cómo la Constitución incide o puede incidir en el diseño de los sistemas de justicia y, en particular, en los modelos orgánicos que dan sustento a los procedimientos judiciales.

Finalmente, en cuanto a los tribunales contencioso-administrativos —norma de la Constitución de 1925 que nunca fue materializada— Macarena Vargas se pregunta si acaso la nueva Constitución debiera volver a establecer la figura de los Tribunales Contenciosos Administrativos como integrantes del Poder Judicial (ella se inclina por la afirmativa).

[Ignacio Walker](#) y [Lucas Sierra](#)

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

Tribunales y la Nueva Constitución

LUCAS SIERRA

Abogado, profesor de Derecho en la U. de Chile e investigador del CEP

Buenas tardes a todas y todos. Siendo el primer día hábil después del año nuevo, voy a partir por desearles un buen año. Ojalá este 2021 nos sea leve.

Quiero agradecer las palabras de Ignacio, mi socio en este consorcio entre CEP-CIEPLAN sobre la “sala de máquinas”, es decir, sobre la parte orgánica de la Constitución.

Quiero, también, agradecer muy especialmente a Eduardo Aldunate y Macarena Vargas, dos especialistas de verdad en la judicatura, por haberse dado el trabajo de leer un texto que les envié y que acaba de ser publicado en la Revista de Estudios Judiciales N^o 6.⁶⁹ En este texto se basan las palabras que siguen.

1. INTRODUCCIÓN /

Los Tribunales de Justicia caen de lleno en la parte orgánica de la Constitución. Son uno de los tres poderes clásicos del Estado y, en Chile, la judicatura tiene una dimensión constitucional que es muy antigua.

Ya podemos encontrar antecedentes claros de esa dimensión en las Constituciones de 1822 y 1823 e, incluso, podemos advertir algunos rasgos de ella en los ensayos constitucionales anteriores. Es decir, se trata de una historia muy larga, que se debería tener a la vista en la deliberación constituyente que se nos acerca este año.

Al mismo tiempo, deberíamos considerar aquí la idea de la “página en blanco”, la cual nos va a permitir, de alguna manera, mirar con distancia crítica esa larga historia, lo al mismo tiempo nos puede liberar de algunos de los problemas que exhibe e introducir las modificaciones que voy a sugerir hacia el final de estas palabras.

Ustedes recordarán que, desde hace años, el debate constitucional en nuestro país ha estado marcado por cuestiones de forma, es decir, por cómo hacer la reforma que modificara la Constitución vigente, antes que por contenidos de fondo. Desde fines de 2019, el problema de la forma fue resuelta por el “Acuerdo por la Paz Social y Nueva Constitución”, y por la reforma constitucional que lo materializó en diciembre de ese año. A partir de entonces hemos empezado a discutir con más intensidad las cuestiones de fondo. Sin embargo, mi sensación es

⁶⁹ Sierra, Lucas (2020), *Deliberación constituyente y judicatura: ¿“Hoja en blanco”?* en *Revista de Estudios Judiciales*. 6 (Santiago: DER Ediciones), pp. 21-50.

Insumos/Constitucionales

que, entre estas cuestiones de fondo, la judicatura todavía no parece tener un lugar muy relevante. Nos hemos concentrado en cosas como derechos, régimen político, iniciativa legislativa exclusiva de la Presidencia de la República, pueblos originarios, pero la judicatura no parece formar parte todavía de esta discusión. Debería hacerlo, pues va a ser, ineludiblemente, una materia que la Convención Constitucional deberá encarar.

Hubo dos cuestiones constitucionales de la judicatura sobre las que sí estuvimos discutiendo hasta los sucesos del viernes 18 de octubre de 2019. Una fue el mecanismo de nombramiento de juezas y jueces. Lo que gatilló esa discusión fue el fallido nombramiento a la Corte Suprema de la Ministra Dobra Lusic. De hecho, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó una “mesa de trabajo interinstitucional” para proponer reformas en esta materia, en especial para el nombramiento a los cargos superiores.⁷⁰ Esta es una dimensión muy importante de la regulación constitucional y sobre ella también voy a volver hacia el final.

La segunda cuestión sobre la que debatíamos se originó en los primeros días de octubre de 2019. Fue conocida como el “choque de trenes” entre la Corte Suprema, especialmente su Tercera Sala, y el Tribunal Constitucional. Esto se debió a que la Tercera Sala declaró — porque tampoco fue que falló propiamente tal— que las resoluciones del Tribunal Constitucional podían ser revisadas vía acción de protección por la judicatura ordinaria. Esto generó gran interés y discusión, pero con las barricadas a partir del 18 de octubre de 2019 la discusión se hizo humo. Sin duda va a volver, pues ella revela el problema de diseño institucional que trajo consigo la reforma constitucional de 2005, por la cual trasladó el recurso de inaplicabilidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional dejando, sin embargo, la acción cautelar de protección en la judicatura ordinaria.⁷¹

Los Tribunales de Justicia, entonces, van a ser una materia que necesariamente va a estar en la Convención Constitucional y ya empezarán, espero, a surgir las propuestas. De hecho, la propia Corte Suprema, el 23 de diciembre recién pasado, dictó una resolución en la que resume las conclusiones de su Jornada de Reflexión 2020, proponiendo algunos criterios y principios para próxima deliberación constituyente.⁷²

Ahora bien, como sabemos, en el contexto de los tres poderes clásicos del Estado, la judicatura es un poder raro: no es un poder mayoritario, es un poder contramayoritario. Este carácter subyace en la distinción entre democracia y Estado de Derecho. Una democracia es al mismo tiempo un Estado de Derecho cuando hay tribunales funcionando

⁷⁰ Disponible en <<http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>>. Yo fui parte de esta “Mesa” y suscribí su informe.

⁷¹ Para un análisis de esta sentencia de la Corte Suprema, puede verse: Sierra, Lucas (2020) “Una sentencia reveladora: Laxitud, diseño y choque de trenes”, en *Sentencias Destacadas 2019. Una Mirada desde las Políticas Públicas* (Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo), pp. 21-31.

⁷² Estos fueron los siguientes cuatro: jurisdicción y sistema de justicia, estructura orgánica y gobierno judicial, rol de la Corte Suprema y garantías y derechos humanos. Disponible en: <https://www.slideshare.net/DireccindeEstudiosde/conclusiones-jornadas-de-reflexion-de-la-corte-suprema-ao-2020-241960393>

Insumos/Constitucionales

en forma. Pero esto implica que las y los jueces no están sujetos al voto ciudadano, es decir, pueden permanecer en sus cargos mientras dure su propia voluntad y buen comportamiento. Esto constituye una gran diferencia con los otros cargos públicos, que deben renovarse al cabo de cada ciclo político. Los jueces están excluidos del ciclo político. Lo anterior viene desde muy antiguo. Ya la Constitución de 1823, en su artículo 166, decía: *“Los Ministros de la Corte de Apelaciones son vitalicios, si no desmerecen o resultan censurados”*.

Así, entonces, para que la democracia, que es un mecanismo de generación y regeneración de poder político, sea también un Estado de Derecho debe haber Tribunales de Justicia que adjudican, no que distribuyan ni redistribuyan, pues, como se ha dicho, están fuera del ciclo político.

El hecho de que la judicatura refleje una tensión entre lo mayoritario y lo contramayoritario no solo es relevante desde el punto de vista de las facultades que se le asignan a los Tribunales de Justicia, sino que, también, desde el punto de vista de la forma en que se organizan internamente. En ese sentido, yo me inclino por algunas ideas más ilustradas de la codificación, en el sentido de tratar que los Tribunales de Justicia sean lo más parecido posible a un *poder nulo*, una institución en que el poder esté distribuido entre todos los jueces y juezas, y que se manifieste en sus sentencias, antes que como una estructura jerárquica, concentrada y centralizada, con una cima que es la Corte Suprema.

La hipótesis de tras esta presentación está vinculada con la idea “página en blanco”. Mucho se ha especulado sobre esta idea. A mi juicio, lo único cierto, normativamente hablando, sobre ella está en esa disposición de la Constitución que señala que, aprobada la nueva Constitución por este plebiscito de salida en 2022, la Constitución vigente queda completamente derogada y es remplazada por esa nueva Constitución. Aunque esa nueva Constitución tenga una sola palabra o contemple un solo artículo, la Constitución vigente va a quedar remplazada por esta nueva Constitución y, por lo mismo, su texto no va a operar como regla de defecto, como ha sido la tónica hasta hoy. Ésta es la única interpretación jurídica de la “página en blanco”. En ningún caso significa un mandato a pensar desde el vacío, eso es imposible, más imposible es aún deliberar desde el vacío y de manera ahistórica. Por tanto, no es un mandato de desconocer o ignorar nuestra historia constitucional, que, en materia de la judicatura, ya se ha dicho, es larga y enjundiosa.

Pero, al mismo tiempo, el hecho de que la Constitución vigente no opere como regla de defecto de alguna manera nos libera de esa historia, abriendo la oportunidad de introducir algunas modificaciones.

A la hora de pensar en esas modificaciones, propongo cuatro criterios.

Uno es la función, es decir, lo que hacen los Tribunales. Otro es la organización, que se refiere a cómo se diseña su arquitectura orgánica, y que en Chile se ha venido centralizando y corporativizando a lo largo de los decenios. El tercero es el estatuto de los jueces que comprende, entre otras cosas, su responsabilidad, inmunidad, etc. Y el cuarto tiene que ver con el conjunto de acciones judiciales o recursos que la Constitución consagra directamente

y no a través de la ley, como es el caso general. Vamos con estos criterios en el mismo orden para repasar la historia y, después, las propuestas de mejora.

2. HISTORIA /

2.1. Función. Al respecto, el Art. 76º inciso primero de la Constitución actual señala: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.”

Esta redacción viene más o menos a la letra de la Constitución de 1833, o sea, hay cerca de ciento noventa años en esta norma.⁷³

Por su parte, la Constitución de 1980 agregó a este artículo 76º, en su inciso segundo, el principio de inexcusabilidad: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.”

Además, agregó —y esto se atribuye a la experiencia de las relaciones entre el gobierno y los tribunales durante la Unidad Popular—, los siguientes incisos tercero y cuarto: “Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. // La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.”

2.2. Organización. La organización también es muy antigua, ya se ven antecedentes de ella en la Constitución de 1822. La de 1823 estableció la Corte Suprema como la primera magistratura judicial del Estado y, agregaba en su Art 148º lo siguiente: “Tiene la Suprema Corte la superintendencia directiva, correccional, económica y moral ministerial, sobre los tribunales y juzgados de la Nación. Tiene también la de la policía criminal conforme al reglamento que se formará sobre estas atribuciones.” Éste es el antecedente directo del artículo 82º de la actual Constitución.

⁷³ Artículo 108º de la Constitución Política de 1833: “La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece esclusivamente a los Tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos.”

Insumos/Constitucionales

Hemos tenido tradicionalmente estos tres niveles en la organización judicial: Juzgados de Letras en primera instancia, Cortes de Apelaciones en segunda instancia y, en la cima, la Corte Suprema que, en general, no opera como instancia.

En cuanto al mecanismo de nombramientos, éste viene calcado de la Constitución de 1925, salvo la modificación de fines de 1997 para los nombramientos a la Corte Suprema: ratificación del Senado y apertura a un número de personas “externas” a la carrera judicial. Sin embargo, la historia constitucional más larga muestra variaciones en esta materia. Bajo la Constitución de 1823, los Ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones eran elegidos por las asambleas electorales de la época. Los jueces de primera instancia eran designados por el Director Supremo —equivalente al Presidente de la República— a propuesta en terna de la Corte Suprema.

Bajo la Constitución de 1828, el mecanismo de nombramientos judiciales también era distinto. Los Ministros de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso en pleno. Los jueces de letras eran elegidos a partir de una terna que proponían las asambleas provinciales al Presidente de la República (qué interesante hubiera sido un mecanismo como éste para la elección de los gobernadores regionales en el proceso en curso de descentralización). Sólo los miembros de las Cortes de Apelación eran nombrados en una forma parecida a la de hoy: el Presidente de la República a partir de una terna confeccionada por la Corte Suprema.

Bajo la Constitución de 1833 se introdujo un nuevo mecanismo de nombramientos. La Corte Suprema proponía listas con nombres para los distintos niveles de la judicatura al Consejo de Estado. Cuando se producía una vacante, este Consejo proponía de entre estos nombres, algunos para que el Presidente de la República decidiera.⁷⁴ De este modo, intervenían tres instituciones: la judicatura, el Consejo de Estado —que ya no existe—, y el Presidente de la República.

Desde la Constitución de 1925, con la centralización enorme que ancló en La Moneda, solamente interviene el Poder Judicial y el Presidente de la República, salvo el caso excepcional ya mencionado de los Ministros de la Corte Suprema, en el que a partir de 1997 interviene también el Senado.

Por otra parte, hoy la Corte Suprema también participa en la conformación de otros órganos públicos. Por ejemplo, su Presidente está en el orden de subrogación de la Presidencia de la República, la misma Corte hace la quina para que el Gobierno elija al Fiscal Nacional del Ministerio Público, con acuerdo del Senado, y puede remover a ese Fiscal Nacional. También puede remover a los Consejeros del Servicio Electoral, debe informar para la remoción por el Presidente de la República del Fiscal Nacional Económico, y nombra a los Ministros del

⁷⁴ Artículo 104 de la Constitución de 1833 “Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 2º. Presentar al Presidente de la República en las vacantes de jueces letrados de primera instancia, i miembros de los Tribunales superiores de justicia, los individuos que juzgue más idóneos, previas las propuestas del tribunal superior que designe la lei, i en la forma que ella ordene”.

Insumos/Constitucionales

Tribunal Calificador de Elecciones. Por otro lado, el Presidente de la Corte Suprema integra al COSENA, un órgano que, espero, tenga fecha de vencimiento en la nueva Constitución. A propósito del proceso constituyente, cinco ministros de la Corte Suprema elegidos por ella podrán resolver las controversias sobre reglas de procedimientos de la Convención Constitucional. Finalmente, la Corte Suprema elige tres ministros para el Tribunal Constitucional. En el diseño original del Tribunal Constitucional de 1970, la Corte Suprema también elegía, pero a dos.

2.3. Estatuto de los jueces. El artículo 79° inciso primero de la actual Constitución dice: “Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones.” También detrás de este artículo hay una larga historia.

Los jueces tienen la responsabilidad política que puede hacerse efectiva por medio de las acusaciones constitucionales. Tienen responsabilidad civil, administrativa y penal. Como contracara, tienen fuero, pues los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, los fiscales y los jueces letrados no pueden ser aprehendidos sin orden previa de un tribunal competente, salvo en el caso de crimen o simple delito flagrante y solo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal competente.

También hay una suerte de supervigilancia del Gobierno sobre la conducta ministerial de las y los jueces. Así, el Presidente de la República puede requerir a la Corte Suprema para que declare el mal comportamiento de un juez y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar su remoción por la mayoría del total de sus componentes. Asimismo, podrá poner en conocimiento del Ministerio Público, en el caso de que haya antecedentes de delito. Hay, de nuevo, mucha historia tras esto. De hecho, un famoso artículo de Andrés Bello sobre la independencia del Poder Judicial publicado en 1837, en la cual Bello afirma que los jueces son, básicamente, “delegados del Poder Ejecutivo”, pues también ejecutan las leyes.⁷⁵

2.4. Acciones. La Constitución establece la dimensión cautelar de la judicatura, mediante las acciones de protección y amparo. El amparo, sabemos, se encuentra en los orígenes del constitucionalismo. También establece una acción por privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena, que es de competencia de la Corte Suprema, una acción para el desafuero de Diputados, Senadores y de los futuros gobernadores regionales, y una acción para reclamar por una expropiación. De igual modo, hay una acción para obtener indemnización en caso de haber sido procesada o condenada una persona por una sentencia injustificadamente errónea o arbitraria. Y, además, una apelación en contra de las decisiones en materias de ética profesional que adopten los tribunales especiales en esta materia (que todavía no se crean) o los colegios profesionales.

⁷⁵ Bello, Andrés (1982): “Independencia del Poder Judicial”, en *Obras completas de Andrés Bello*, XVIII, 2ª edición (Caracas, Fundación La Casa de Bello).

Ahora bien, ¿Cómo se pueden caracterizar estos 200 años de regulación Constitucional y la práctica institucional que a su amparo se ha desarrollado? Sintéticamente, como un proceso de centralización tanto en el Gobierno como en la Corte Suprema, y de creciente corporativización bajo esta última. Ha sido también un proceso inflacionario, con un creciente detalle por parte de la regulación constitucional, un detalle excesivo. Por esto, lo que probablemente se debería hacer en la próxima deliberación constituyente es discernir cuáles son las cuestiones más fundamentales para su consagración constitucional, y dejar el resto a la regulación legislativa. Haciendo esto, también se seguiría esa antigua tradición de remitirse a la ley para la configuración de los tribunales. Corresponde ahora referirse a algunas propuestas de mejora.

3. PROPUESTAS /

3.1. Función. Hay toda una discusión sobre la posibilidad de que la Constitución vigente permitiría distinguir entre una función jurisdiccional y una función judicial. Es decir, podría haber órganos que ejercen jurisdicción, pero sin ser propiamente tribunales. Ésta es una cuestión que debería aclararse en la nueva Constitución. Pienso que deberíamos tener una definición de jurisdicción que esté más vinculada a la idea de tribunal, porque no se trata solamente de una función, sino que, además, de una arquitectura institucional que garantice la imparcialidad que el ejercicio de esa función exige. En algún minuto se llegó a decir que las Direcciones Regionales de Impuestos Internos ejercían jurisdicción. Esto parece haber sido un exceso, tratándose de un órgano así de vinculado a la Administración y al Gobierno. El nuevo texto constitucional no debería dar pie siquiera a una interpretación de esa naturaleza.

3.2. Organización. Me detendré en el mecanismo de nombramientos. La nueva Constitución es una oportunidad para introducir una mejora en esta materia. La propia Corte Suprema viene dando señales en este sentido y el Gobierno con esa “mesa interinstitucional” referida más arriba. Con todo, pienso que los nombramientos deberían ser tarea de un comité cuyos miembros no sean permanentes, con representantes del poder político, y también de la judicatura. En este mismo contexto, también debería reducirse la idea de carrera judicial, porque esta idea permite crear esta imagen centralizada vertical ascendente de la judicatura, que refuerza el poder de la Corte Suprema en la cima. Esto implica, además, que dicha Corte deba dedicarse a una enorme cantidad de funciones no jurisdiccionales, lo que hace más difícil que se dedique a su principal e imprescindible tarea: ser un tribunal de casación, es decir, a uniformar la interpretación de la ley.⁷⁶ El nuevo mecanismo de nombramientos debería satisfacer tres criterios: legitimidad, o sea, debería participar uno o más órganos que tengan representación democrática, profesionalismo, es decir, que sea capaz de distinguir y hacer prevalecer el mérito, e independencia en sus dos dimensiones:

⁷⁶ Al respecto, puede verse Sierra, Lucas (2019) “Volver a Chillán”, en *Jornadas de Reflexión de la Corte Suprema — Punta Arenas — 2019* (Santiago: Dirección de Estudios de la Corte Suprema, Chile), pp. 107-123.

Insumos/Constitucionales

externa (frente a otras autoridades, poderes e intereses) e internas (al interior de la propia organización judicial).⁷⁷

Y un par de palabras sobre otras dimensiones del gobierno judicial. En lo referido a la administración, se podrían aprovechar órganos que ya existen para entregarles esa labor, con alguna participación de la Corte Suprema, como la Corporación Administrativa del Poder Judicial, con alguna participación de la Corte Suprema, pero separado de ella. Esta misma Corte así lo ha venido expresando desde, al menos, 2014.⁷⁸ Esto, y lo que viene, implicará una reforma de la idea de “Superintendencia” que desde antiguo se le otorga a la Corte Suprema.

3.3. Estatuto de los jueces. Debería pensarse en una Corte de Justicia de la Magistratura para hacer efectiva la responsabilidad por la conducta ministerial de juezas y jueces. Esto, además, contribuiría a un objetivo que subyace en esta presentación: sacar las funciones no estrictamente jurisdiccionales de la competencia de la Corte Suprema.

3.4. Acciones. En esta materia habría que hacer una tarea de “poda” para, de nuevo, concentrar a la Corte Suprema en su tarea de casación. Asimismo (y ésta es una materia que también está relacionada con la organización), valdría la pena cumplir de una vez por todas la centenaria promesa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta es la oportunidad de hacerlo y sería un gran avance en materias de diseño institucional. Porque ordenaría las relaciones entre la judicatura ordinaria y la constitucional, radicándose en esta última la tutela de los derechos constitucionales. No tengo muy claro cómo podría ser la primera instancia de esto, pero sí creo que debería ser en una estructura dependiente del Tribunal Constitucional, a fin de concentrar la jurisdicción constitucional en un órgano (obviamente, este Tribunal Constitucional también debería ser objeto de reformas, en especial su competencia preventiva, pero ésta es otra discusión).

El tener una jurisdicción contencioso-administrativa en forma, permitiría depurar y concentrar la función cautelar en el Tribunal Constitucional, evitando lo que sucede en la

⁷⁷ Al respecto, Mac-Clure, Lucas (2019) “Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación”, en *Debates de Política Pública* Nº 32, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190523/20190523170012/dpp_032_lmacclure_mayo2019.pdf.

⁷⁸ Hace muy poco, en sus Jornadas 2020 más arriba citadas, la Corte Suprema volvió sobre el punto así: “El actual diseño normativo concentra en los propios magistrados su ejercicio, con diferentes niveles de atribuciones según el grado jerárquico en que se encuentren desarrollando sus labores. Frente a este esquema, reconocida es la alternativa de la separación de las funciones jurisdiccionales de las que no lo son. En esa línea, el pronunciamiento emitido por la Corte Suprema en las Jornadas de Reflexión celebradas en Chillán el año 2014 sobre la necesidad de esta separación, mantiene su vigencia en el nuevo contexto de discusión constitucional. Sobre dicha materia se advierten diversas alternativas en la conformación del órgano que podría estar a cargo de este tipo de funciones, que se asocian a los ámbitos de: (i) Formación y Capacitación; (ii) Carrera (nombramientos, permutas y traslados) y Evaluación del Desempeño; (iii) Responsabilidad Disciplinaria, y (iv) Administración y Gestión de los Recursos (...)”, en: <https://www.slideshare.net/DireccindeEstudiosde/conclusiones-jornadas-de-reflexion-de-la-corte-suprema-ao-2020-241960393>

Insumos/Constitucionales

práctica: que por vía de protección se revisan conflictos de legalidad, conflictos que deberían ser competencia de esa jurisdicción contencioso-administrativa.

En fin. Pienso que la “página en blanco” como mecanismo de reemplazo constitucional nos puede ayudar en esta importante y delicada tarea de reforma, para mirar con cuidado la muy larga historia de la regulación constitucional de la judicatura y, al mismo tiempo, tomar distancia de ella para introducirle algunas necesarias mejoras.

Aquí quedo, muchas gracias.

COMENTARIOS

EDUARDO ALDUNATE

Abogado, profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Muchas gracias, Ignacio, y muchas gracias por la invitación que me hizo llegar Lucas para comentar el texto. Yo me voy a referir a algunas cosas que están en el texto pero que no necesariamente aparecieron en la exposición.

A ver, lo primero que quisiera destacar es lo sugerente del nombre de la contribución de Lucas y por qué digo esto, porque claro, cuando se habla de “hoja en blanco”, y lo destacó muy bien Lucas, cuál es la función de esto. Bueno, está la idea de que, en realidad, qué es lo que sucede si no llegamos a acuerdo; o sea, ahí hay una discusión en la que no voy a entrar, pero yo quisiera destacar que la idea de “hoja en blanco” apunta a esta idea de lo que puede estar o no estar escrito en la Constitución.

El primer punto que yo quisiera destacar aquí es la inercia poderosa que tiene la institucionalidad judicial en Chile, y que se contrapone justamente a esta ausencia relativa en temas de discusión constitucional, que ya lo mencionaba Lucas.

El esquema que tenemos está en la Constitución de 1823. Lo que se suele olvidar es que la Constitución de 1823, cuando se dejó “insubsistente” en el año 1825, que es la palabra que usa el decreto; y a reglón seguido, dejó vigente de esa Constitución, entre otras cosas, lo relativo al orden judicial. Lo anterior explica que las Constituciones de 1828 y 1833 se hayan descargado un poco⁷⁹, porque en el fondo, ya había un marco que, entre otras cosas, es el que introduce la idea de superintendencia.

Entonces aquí hay una inercia muy importante, y que yo diría que tiene que ver, en una parte trascendental, con aquello que no está escrito en la Constitución, y que incluso a veces lo percibimos como una inercia o como una profundización de un modelo en todo este tiempo. Entonces, yo quisiera destacar que el hecho de que Lucas trate el tema, y lo trate con ocasión de la “hoja en blanco”, también debiese resaltar, en quienes queremos entender este proceso de reforma total de la Constitución, debiese provocar al menos en nosotros una reflexión sobre esta otra dimensión, de lo que no está escrito.

⁷⁹ En este mismo sentido, Bernardino Bravo señala que las “*Disposiciones legales o constitucionales de 1824, 1828 y 1833 cuidaron de evitar que la Judicatura corriera la misma suerte que las constituciones escritas, que hasta entonces se sucedían rápidamente unas a otras. La colocaron por encima de esos textos. Así transcurrieron cuatro décadas. A esas alturas, cuando en 1875 llegó la hora de dictar la ley orgánica de tribunales ya no se pensó en substituir la regulación de la Judicatura, sino en perfeccionarla. De esta suerte, la regulación que databa de 1823, fue transformada en permanente*”. BRAVO LIRA, Bernardino, *La Corte Suprema de Chile 1823-2003, cuatro caras en 180 años*, en *Revista Chilena de Derecho*. 30, (Santiago, 2003), 3, p. 537. (Nota del editor)

Insumos/Constitucionales

En segundo lugar, hay algunos aspectos que plantea Lucas, y que a mí me parecen relevantes, que están en la evolución constitucional. Por ejemplo, en lo que se refiere al estatuto de los jueces, en la idea del traspaso de la función disciplinaria a un órgano distinto a la Corte Suprema. Esto último me parece vital sacarlo de la Corte Suprema, ya que ahí hay un aspecto central que plantea una serie de problemas de independencia interna.

Ahora, lo complejo es que se mantenga la idea de disciplina, de función disciplinaria. Quizás uno debiese preguntarse en la discusión constitucional si en realidad no debemos eliminar la idea de función disciplinaria sobre los jueces, y remitirnos solamente al estándar de buen comportamiento; pero qué es lo que nosotros queremos de los jueces como buen comportamiento; y que la falta de buen comportamiento sea solamente declarada a nivel de proceso, y de ahí, la garantía de inamovilidad, que no es a través de una gestión administrativa, sino que el hecho de que la falta al buen comportamiento tenga que ser declarada en juicio.

Lo anterior por qué lo digo, porque esto se vincula a la idea de nombramiento de jueces. Yo comparto lo que dice el profesor Sierra respecto de los criterios que hay que cumplir, pero la pregunta que no se suele hacer es qué es lo que queremos al elegir los jueces. Aquí normalmente hablamos del procedimiento, pero no de qué es lo que queremos elegir. Y ahí yo creo que justamente la idea del estándar de comportamiento judicial es lo que debiésemos de alguna manera solucionar. Una discusión permanente en la Academia Judicial era: “mire, hay que nombrar juez o jueza a la persona que tenga mejor nota”. Yo no sé, va a depender del currículum de la Academia, pero yo no sé si un buen estudiante es necesariamente un buen juez; o si una persona de 27 años está en condiciones de ser un buen juez. Hay que pensar que la lógica de permanencia hasta los 75 años de carrera judicial, o de permanencia del juez en su cargo, tienen que ver con el hecho de que en el pasado normalmente uno ingresaba a ser juez después de haber ejercido algunos años la profesión, y esa es una cosa que no se toma en cuenta en la Constitución. La Constitución actual, en su artículo 78 inciso 1º, dispone que la ley señalará “el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letras”, pero hoy en día la ley no exige ninguno, sólo exige título. Aquí podemos ir mostrando cómo la letra de la Constitución ha ido siendo sobrepasada por la práctica y la tradición.

Entonces, la pregunta clave para el sistema o diseño de nombramiento de los jueces es qué es lo que se busca, y ahí yo diría claro, no tiene que ser democrático, pero si tiene que ser plural. Pero entonces uno podría cuestionarse si un único órgano es el llamado a hacer un nombramiento, o uno pudiera buscar otras fórmulas. Lo dejó simplemente planteado.

Tercero, me llamó la atención la propuesta, incluso con la reserva que hace presente el profesor Sierra, de esto de volver a los tribunales con poder nulo. Esto, cuando lo plantea Montesquieu, lo hace porque en el fondo hay dos cuestiones fundamentales de esta idea del poder en cierto modo nulo, no se dice nulo, sino “en cierto modo nulo”. ¿Qué es lo que le interesaba a Montesquieu? Que los tribunales no pudieran decidir sobre la aplicación de la ley y que no tuvieran agenda política. Ese es el tema de fondo.

Insumos/Constitucionales

Ahora, mientras mantengamos el recurso de inaplicabilidad en el Tribunal Constitucional, y aun cuando sea bajo la ilusión del caso concreto, bueno, tenemos un órgano judicial que puede decidir si aplica o no aplica la ley y eso, claramente, yo creo que si Montesquieu lo viera diría "no, eso es justamente lo que hacían los parlamentos franceses", que eran como las Cortes de Apelaciones de hoy, y que decían: "mire, llegó la ley, la acatamos, pero no la aplicamos". Aquí vemos un control por parte de la aristocracia y, precisamente, ahí está el tema de la objeción de legitimidad democrática al Tribunal Constitucional.

Y, por otra parte, la idea de neutralización de las facultades políticas se me hace difícilmente conciliable con la propuesta del profesor Sierra del *certiorari*. Ello porque el *certiorari*, en el fondo, implica que la Corte Suprema, aun cuando sea en el limitado ámbito de la casación, puede desarrollar una agenda política. Y esto porque la agenda política, entre otras cosas, consiste en poder decidir sobre los recursos del derecho: "mire, a usted en su causa la voy a conocer y en su otra causa no", y voy a poner un ejemplo a propósito de lo que dice Macarena, ¿Qué pasaría si una Corte Suprema el día de mañana solo elige causas, o solo da el *certiorari*, a causa de grandes empresas, y no da el *certiorari* a la persona que tiene un problema específico en una causa? Bueno, ahí quedaría claro el rol político.

Entonces ahí, quizás, se podría discutir un poco esta contraposición entre poder nulo y mantención del Tribunal Constitucional como órgano de la judicatura. El cambio de nombre me parece muy interesante discutirlo, porque implica algo. Esto es algo bien interesante porque, hasta el comentario de Huneus a finales del siglo XIX, el Poder Judicial se entendió como el poder de cada tribunal, y es recién con la Constitución del 1925 que la idea del Poder Judicial se torna más jerárquica, justamente con la introducción, en la Constitución del 1925, de la facultad de la Corte Suprema de remover administrativamente a los jueces. Es interesante esa sincronía que habría que revisar, creo yo.

Luego está la idea de evitar el "choque de trenes" con la separación del recurso de protección de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Yo quisiera decir dos cosas, quizás me aparto del comentario, y aprovecho de meter una baza, perdón profesor Sierra, por lo que llamaríamos cotidianamente una "cuchufleta", pero este tema es muy interesante, es como no ceder a la tentación, que es casi imposible no ceder.

En primer lugar, creo que, si uno mantiene a la Corte Suprema en casación, y voy a pensar en la configuración actual de la Corte Suprema, y particularmente de la Tercera Sala, pensando en cosas que pueden pasar y que no es fantasía, yo dudo mucho que se elimine la posibilidad de un "choque de trenes". ¿Por qué pienso esto? Porque nosotros sabemos que si la Corte Suprema o la Tercera Sala quiere —al resolver sobre una cuestión de casación—, van a asumir un rol, digámoslo en términos positivos, sofisticado, de prestidigitador. Y va a incorporar referencias a la Constitución o al control de convencionalidad en su estándar de control, y va a decir qué es lo que es la ley o no es la ley "bien interpretada" en un caso concreto, pero a propósito de su propia lectura de la Constitución o de las reglas de la Convención Americana. Por lo tanto, claro, no se va a producir quizás un "choque de trenes" competencialmente, pero muy probablemente que la Corte Suprema diga "mire esta

Insumos/Constitucionales

persona tiene derecho a tal cosa” en una casación, y a lo mejor el Tribunal Constitucional conociendo el recurso de protección diga que no.

O sea, no es un “choque de trenes” como muy bien recordaba el profesor Lucas Sierra, no en términos de disputa competencial, pero en disputa de fondo va a permanecer igual. Por tanto, la casación no va a ser tal, más aún si mantenemos la inaplicabilidad. ¿Por qué? porque si hay inaplicabilidad obviamente que se puede interponer en la casación y ahí habría que solucionar ese nudo.

Y lo segundo en este punto, y que me atrevería a poner a discusión, o a pedir la opinión del profesor Sierra, es si queremos mantener el recurso de protección en nuestra futura Constitución. ¿Por qué? Porque, aunque se diga que es el equivalente al *habeas corpus*, en realidad no lo es. Y cuando uno ve cómo funciona en la práctica, ve que la dupla recurso de protección e inaplicabilidad están desarmando el orden judicial, e incluso, me atrevería a decir que el sistema de fuentes. Hay que recordar que en nuestra Constitución el recurso de protección no es un proceso, porque en rigor tiene una estructura cautelar que corresponde casi a una gestión administrativa, ya que no hay trabazón de la *litis*. Y, por lo mismo, no se resuelve sobre la base de un probatorio que vincule al ejercicio de la jurisdicción. Entonces, creo yo, que ameritaría darle una vuelta al recurso de protección.

Destaco, y ya se pronunció Macarena sobre esto, y yo solo voy a agregar un punto en la propuesta, me parece importante la incorporación de los tribunales administrativos, casi yo diría como un mandato, y no en la normativa permanente, sino en la normativa transitoria con un plazo: “mire usted, regúlelo, regúlelo en un año”. No sé qué sanción podríamos ponerle, porque reincorporarlo así no más sería caer en el esquema del artículo 87° de la Constitución de 1925, que ya sabemos que como mandato constitucional no produjo mucho, entonces yo buscaría una fórmula.

¿Por qué digo lo anterior? Porque si hay alguna proyección de que el proyecto de una nueva Constitución incluya más derechos sociales, creo que, bajo cualquier respecto, esos derechos sociales van a tener que estar disciplinados por tribunales administrativos, no por una jurisdicción común, no por recurso de protección, no por el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, yo creo que la idea de tribunales administrativos es vital.

Agrego un tema que no está en el artículo, pero que a mí me resuena por mi propia experiencia profesional en los últimos años, como una pregunta clave y yo no sé si pudiera tener alguna solución en la Constitución, porque no sé si el derecho puede asegurar esto. Creo que quizás habría que revisar el estándar de notable abandono de deberes como estándar de acusación constitucional. O habría que revisar en general el régimen de responsabilidad constitucional de los jueces. Lo anterior es porque la gran pregunta constitucional de fondo que a mí me nace es qué pasa cuando los miembros de los tribunales en general —y aquí no solamente digo la Corte Suprema, me ha tocado verlo en muchos órdenes— entienden en su *ethos* de ejercicio judicial que la ley no los vincula, que no los vincula la letra de la Constitución ni de la ley, y que, frente a determinados principios que le pueden parecer muy razonables, ya sea entre un mandato constitucional o un mandato legal, ellos optan por principios. Yo creo que eso es una evolución en la que cabría detenerse

Insumos/Constitucionales

y como digo, con algún escepticismo, si podemos encontrar ahí algún remedio a nivel de propuesta constitucional. Pero, en resumen, y esto me preocupa, es que se está viendo cada vez más, y obviamente que se nota más cuando se ve en la Corte Suprema, pero se está viendo cada vez más en la judicatura. No quiero generalizar, no estoy diciendo por lejos que constituya la mayoría, pero los casos que hay creo que ameritan la reflexión.

Muchas gracias moderador y al profesor Sierra por la contribución.

MACARENA VARGAS

Abogada, profesora y Directora del Departamento de Derecho Procesal, Universidad Diego Portales

Muy buenas tardes a todos y a todas.

En primer lugar, quiero agradecer al CEP y a CIEPLAN, y en particular, al profesor Lucas Sierra por la invitación que me ha hecho para participar en este seminario y comentar su trabajo sobre deliberación constituyente, tribunales de justicia y la “hoja en blanco”.

Se trata sobre un interesante trabajo que pone sobre la mesa muchos temas que son imprescindibles para el debate que tendremos en los próximos dos años de cara al proceso constituyente. Teniendo este documento como base, quisiera compartir con ustedes algunas reflexiones sobre tres temas muy específicos que me surgen de su lectura. Me referiré al sistema de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema; a la facultad de los tribunales de justicia de hacer ejecutar lo juzgado y, por último, a los tribunales contenciosos administrativos. Después de cada reflexión, voy a plantear algunas preguntas para que podamos conversar en la etapa final de este seminario.

La primera reflexión se refiere al sistema de nombramiento de los ministros de la Corte Suprema, el cual —tal como ha dicho el profesor Sierra— encuentra sus fundamentos en la Constitución de 1925. A ello hay que agregar las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1997 que, entre otros cambios, integra al Senado en la designación de los ministros de Corte Suprema, aumentando el número de ministros de 17 a 21 y crea la figura de los ministros externos.

El nombramiento de los ministros de la Corte Suprema es un tema que, me parece, se encuentra en el corazón del debate sobre gobierno judicial, debate que hemos venido teniendo desde hace ya varios años y que sin duda formará parte de la discusión que se dará a propósito de la redacción de la nueva constitución.

Considero que este tema debe ser analizado por varias razones. Aquí voy a plantear algunas que me parecen clave para el trabajo que viene por delante.

Una primera razón por la que hay que abordar este tema es la ausencia de un cuerpo normativo único que regule el sistema de nombramiento de los ministros de Corte Suprema, Cortes de Apelaciones e incluso, de los Jueces de Letras. Poner en práctica el sistema actualmente vigente exige relacionar y conectar un conjunto de normas que van desde la Constitución Política hasta numerosos auto acordados —que regulan aspectos muy específicos—, pasando por el Código Orgánico de Tribunales y reglamento del Senado.

Lucas McClure, en un excelente trabajo sobre este tópico, define este sistema como un complejo entramado normativo, y allí describe todas las normas que se deben conjugar para llegar al nombramiento de un ministro, en este caso, de la Corte Suprema⁸⁰.

⁸⁰ Mac-Clure, Lucas, *Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación*, en *Debates de Políticas Públicas*, Centro de Estudios Públicos.

Insumos/Constitucionales

Una segunda razón para analizar el sistema de nombramientos dice relación con una norma específica del Código Orgánico de Tribunales, que otorga a los ministros de la Corte Suprema —encargados de confeccionar la quina de candidatos— un margen de discrecionalidad que, sin una debida transparencia y regulación, podría dar paso a cierta arbitrariedad. Me refiero al artículo 281° del Código Orgánico de Tribunales, el cual establece que si los postulantes se encuentran en la misma categoría y tienen igualdad en sus calificaciones, habrá que considerar la última calificación y su antigüedad, y luego cierra esa norma con la expresión “entre otros antecedentes”.⁸¹ El punto es que no sabemos cuáles son esos “otros antecedentes”, ni como se ponderan o si se les exige a los postulantes acompañarlos en alguna etapa del proceso.

Una tercera razón se refiere al criterio de antigüedad que este sistema contempla. Ello se encuentra regulado en el inciso cuarto del artículo 78° de la Constitución, norma que encuentra su origen en la Constitución de 1925. Sin embargo, tal como consigna un trabajo que están elaborando alumnos y alumnas del Semillero de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Diego Portales, no hay registro en las actas oficiales acerca de las razones por las cuales los constituyentes de la época incorporaron la regla de la antigüedad.⁸² Intuyo que se buscaba premiar la trayectoria de aquellos ministros de las Cortes de Apelaciones que llevaban más tiempo en el Poder Judicial y así asegurarles una posibilidad de ascenso al tribunal superior.⁸³

Pero, además de la falta de fundamentos de esta regla, la realidad nos muestra que en la práctica carece de toda relevancia. En los últimos 10 años ninguno de los candidatos, que por este criterio han formado parte alguna quina para ser ministro de la Corte Suprema, ha sido elegido como tal.

Me pregunto entonces si la nueva Constitución debiera abordar este tema en específico. En este punto hay que dilucidar dos aspectos. En primer lugar, si el texto constitucional es el llamado a regular los criterios de selección de los ministros de Corte Suprema y, en segundo lugar, sea que ello se defina así o sea materia de ley, si parece razonable mantener el criterio de antigüedad, incluir otros y cuáles debieran ser ellos. En el evento de incorporar nuevos criterios, me parece que el género debiera ser considerado entre los primeros, pero también

32 (2019). Disponible en: <https://www.cepchile.cl/cep/debates-de-politica-publica/debates-de-politica-publica-2019/nombramientos-de-ministros-de-las-cortes-de-apelaciones-y-de-la-corte>

⁸¹ Artículo 281 parte final del inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales señala que “A igualdad de lista calificatoria, preferirán los oponentes por orden de su categoría y, a igualdad en ésta, deberá considerarse el puntaje de la última calificación y la antigüedad en el cargo, entre sus otros antecedentes”.

⁸² Bernet, Sofía, Fuentealba, Nicolás, Godoy, Patricia, Ibáñez, Javier, Navarro, María Consuelo, Navia, Fernanda, Nordio, Lucas, Pizarro, Benjamín, Rodríguez, Yasna y Valdebenito, Luna. Semillero de Derecho Procesal UDP. *La pertinencia del criterio de antigüedad para el procedimiento de designación de Ministros de Corte. Recomendaciones para una nueva constitución*. Documento en proceso de elaboración.

⁸³ La interpretación del referido inciso del artículo 78° no ha estado exenta de debates. Se ha planteado la discusión sobre si la integración por este criterio corresponde exclusivamente a los ministros de Cortes de Apelaciones o a los funcionarios que también integran la segunda categoría del escalafón.

Insumos/Constitucionales

podríamos pensar en agregar la pertenencia a un pueblo indígena, la orientación sexual o la religión, entre otros.

La segunda reflexión apunta a la facultad de los tribunales de “hacer ejecutar lo juzgado”, contenida en el artículo 76° de la Constitución. Esta facultad —junto con conocer y resolver las causas civiles y criminales— forma parte de la fórmula constitucional que ha permitido a buena parte de la doctrina nacional delimitar la función jurisdiccional.

“Hacer ejecutar lo juzgado” alude a la dimensión de eficacia de las resoluciones judiciales. Lo que se busca es asegurar al vencedor de un pleito que la sentencia que ha sido favorable a sus intereses pueda ser efectivamente cumplida. Esta facultad, tal como lo señala el profesor Sierra, se integra recién en la Constitución de 1980, y como tal, no encuentra antecedentes en el texto de 1925 ni en los anteriores. Su incorporación obedece a razones de orden político, más que a fundamentos técnicos o jurídicos, a raíz, como sabemos, de hechos ocurridos durante el Gobierno del ex Presidente Salvador Allende.

La formulación que hoy tiene la Constitución en su artículo 76° es la piedra de tope para hacer cualquier modificación en la fase de ejecución de las resoluciones judiciales, en la línea de entregarle a otros órganos o agentes de ejecución algunas de las gestiones propias de estos procedimientos.

Lo anterior se vio nítidamente en la discusión del proyecto reforma a la justicia civil presentado el año 2012 durante el primer mandato del Presidente Sebastián Piñera. Este proyecto planteaba, precisamente, la desjudicialización de la ejecución. En su momento se dieron varios argumentos para oponerse a esta idea, entre los cuales destacaron aquellos amparados en la norma constitucional, los que sumados a la ausencia de un modelo orgánico que se hiciera cargo de la ejecución, provocó que la desjudicialización no prosperara en el marco de la discusión parlamentaria. Tanto es así que fue el propio Ejecutivo quien retiró la propuesta en el año 2014.

¿Por qué traigo a colación la reforma a la justicia civil? ¿Qué tiene que ver con la discusión constituyente? Lo hago para ilustrar cómo la Constitución incide o puede incidir en el diseño de los sistemas de justicia y, en particular, en el diseño de modelos orgánicos que dan sustento a los procedimientos judiciales.

Sé que se trata de un tema muy específico, y que probablemente algunos pensarán que se escapa del marco de un debate constituyente, pero me parece que ha sido subvalorado el impacto que tiene la fase de ejecución de las resoluciones judiciales en la protección de los derechos de las personas. Un ejemplo palmario de esto lo hemos visto en los últimos meses a propósito del retiro del 10% de las AFP y el pago de las pensiones de alimentos. Todos y todas sabemos lo que ha pasado en esta área. Estamos frente a un problema gravísimo de cumplimiento de resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de justicia en el marco de un procedimiento judicial o de acuerdos producto de una conciliación o una mediación, y que afecta a un grupo muy relevante de la población y, especialmente, vulnerable.

Me pregunto entonces si no debemos pensar en fórmulas constitucionales y de interpretación de la Constitución —que es una cuestión que se va construyendo— para que, en vez de constreñir los mecanismos de cumplimiento, las normas constitucionales

Insumos/Constitucionales

permitan avanzar hacia sistemas de ejecución más profesionalizados y eficientes, pero que, al mismo tiempo, permitan equilibrar los derechos de las partes, en este caso, de los deudores y acreedores que están en juego.

¿Debiera la nueva Constitución reevaluar la forma en que se define la función jurisdiccional?
¿Debiéramos volver a la redacción de la Constitución de 1925 donde solo regulaba la facultad de “conocer y resolver” las causas civiles y criminales?

La tercera reflexión que quisiera compartir con ustedes dice relación con lo contencioso administrativo. La Constitución del 1925 dispuso en su artículo 87° la creación de los Tribunales Administrativos como órganos con competencia “(...) para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas (...)”. Sin embargo, como sabemos, esa norma nunca fue implementada. Años más tarde, la Constitución de 1980 mantuvo la misma idea, cuya redacción original de su artículo 38° se refirió expresamente a los Tribunales Contenciosos Administrativos.⁸⁴ Sin embargo, esta norma tampoco fue implementada. Por último, con la reforma Constitucional del año 1989 se modifica el artículo 38, suprimiéndose la referencia de los Tribunales Contenciosos Administrativos, siendo remplazada por la expresión de “los tribunales que determine la ley”.

Con esta última reforma se abandona la idea de contar con una justicia especial en lo administrativo y se abre la posibilidad a la creación de una justicia especializada a través de los comúnmente llamados Tribunales Administrativos. Ejemplos de ellos son el Tribunal de Contratación Pública, los Tribunales Ambientales y los Tribunales Tributarios y Aduaneros, por mencionar algunos.

Estos tribunales especializados tienen un carácter sectorial, pues conocen de ciertos tipos de asuntos. Se encuentran fuera del Poder Judicial, pero la mayoría de ellos están sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Están conformados por jueces temporales, algunos de los cuales son nombrados por el Presidente de la República⁸⁵, cuestión que da pie para una discusión muy interesante y que desde hace varios años ha venido planteado el profesor Andrés Bordalí, a propósito de la independencia judicial e imparcialidad de los jueces.⁸⁶

⁸⁴ Específicamente disponía en su inciso 2º que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determina la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

⁸⁵ Ferrada, J.C., *Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*, en Arancibia Mattar y otros. (coord.), Litigación Pública, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

⁸⁶ Bordalí, Andrés. (2006). *La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos*. Revista chilena de derecho, 33(1), 17-36. Bordalí, Andrés. (2008). *La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno*. Revista de derecho (Valparaíso), (30), 185-219.

Insumos/Constitucionales

Algunos han sostenidos, además, que se trata de una jurisdicción contenciosa de “alfombra roja” y aquí cito al profesor Juan Carlos Ferrada, pues otorgan importantes privilegios a quienes litigan ante estos tribunales.⁸⁷

Me parece que una judicatura con las características que aquí brevemente he mencionado pugna con el derecho de acceso a la justicia que todas y todos tenemos. Si bien esta justicia especializada ha permitido dar mayor agilidad y eficiencia a la resolución de este tipo de conflictos, tal como dice el profesor Ezio Costa, en este tipo de justicia administrativa no todos ganan.⁸⁸ Ello sucede porque, como se trata de tribunales que conocen asuntos de alta complejidad, en algunos casos se requiere de pruebas muy técnicas que suponen un alto costo para las partes, como por ejemplo lo que sucede con los peritajes en materia ambiental.

Por otro lado, estos tribunales aplican procedimientos especiales y todos ellos son distintos. Si uno los estudia, se va dando cuenta que algunos comparten ciertos elementos, pero otros son muy diversos y, por lo tanto, como se trata de procedimientos especiales, se requiere de profesionales muy especializados que los conozcan en detalle. Ello supone, por ende, un alto costo para los usuarios que deseen iniciar un proceso judicial ante uno de estos tribunales por concepto de honorarios de abogados y abogadas. En otras palabras, estos tribunales no están pensados para litigantes comunes y corrientes, sino que para un cierto grupo de litigantes, mayoritariamente instituciones y empresas.

Me pregunto entonces si acaso la nueva Constitución debiera volver a establecer la figura de los Tribunales Contenciosos Administrativos como integrantes del Poder Judicial. Si la respuesta es afirmativa —yo soy de esa tesis—, deberíamos pensar cómo hacemos el tránsito desde los tribunales administrativos especiales que existen hoy en día hacia esta nueva judicatura de lo contencioso administrativo.

Cierro con una idea más. Quisiera hacerme cargo de una afirmación que hizo el profesor Sierra en su presentación y que dice relación con la escasa figuración que estos temas tienen dentro del debate constituyente. Uno se pregunta por qué no hay más interés en discutir sobre los tribunales de justicia la judicatura, el Poder Judicial, etc. Muchas razones podrían explicar este fenómeno, pero más allá de su contenido, debiéramos romper con esa lógica y convencer a la opinión pública y, especialmente, a los convencionales sobre la centralidad que tienen los tribunales de justicia en la protección de los derechos de las personas y la necesidad de abordar este tópico con la seriedad y profundidad que se merece. Quienes trabajamos en el mundo del derecho tenemos entre manos un enorme desafío en este ámbito.

Con eso termino. Muchas gracias a todos y todas por su atención.

⁸⁷ Ferrada, J.C. (2011) *Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno*, en Arancibia MATTAR y otros. (coord.), *Litigación Pública*, Thomson Reuters, Santiago, 2011.

⁸⁸ COSTA, Ezio. (2019). *Los Tribunales Administrativos especiales en Chile*. *Revista De Derecho* (Valdivia), 27(1).

SECCIÓN 4

Recursos Naturales /

Mayo 2021

Desarrollo productivo, recursos naturales y medio ambiente en la Nueva Constitución

EDUARDO BITRAN

COMENTARIOS

VIVIANNE BLANLOT

EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

Transcripción del seminario “Desarrollo productivo, recursos naturales y medio ambiente en la nueva Constitución”, realizado el 29 de marzo de 2021. El video de este seminario puede verse aquí:
<https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/seminario-desarrollo-productivo-recursos-naturales-y-medio-ambiente-en>

PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

Desarrollo productivo, recursos naturales y medio ambiente en la nueva Constitución

Teniendo como marco la cuestión conocida como la "trampa de los países de Ingreso Medio", Eduardo Bitran se pregunta por el rol que juegan las políticas de desarrollo productivo, innovación y transformación productiva digital sostenible, y la forma en que la nueva Constitución e institucionalidad pública puede abordar todo aquello (partiendo de la base de que la mayoría de los temas tienen que ver con lo legislativo, lo administrativo y las políticas públicas).

Analiza las nuevas tendencias en torno a la "Aceleración Digital Sostenible", teniendo como base las disrupciones globales (como la pandemia) en torno a las cadenas de suministro, las restricciones a la movilidad y la gestión de distancia física (que han generado una aceleración exponencial de la transformación digital), la resiliencia entendida como un factor estratégico clave, que lleva a repensar las cadenas de valor, la diversificación de las fuentes energéticas (con un énfasis en las posibilidades del hidrógeno verde), el cambio climático y los objetivos sobre reducción de emisiones, y las nuevas tendencias que impactan transversalmente a todos los sectores productivos.

Enseguida se hace cargo de la realidad de Chile como país de Ingreso Medio, incluido el tema de la "productividad total de factores" (PTF), que desde mediados de la década pasada está en terreno negativo, preguntándose por los factores que explican la caída en el ritmo de crecimiento en el periodo 2005-2017: "En mi opinión ocurrió algo esperable dado nuestra estructura exportadora: hay límites al crecimiento cuando una economía pequeña y abierta basa su crecimiento en recursos naturales y ambientales, sin generar dinámicas de innovación endógenas que permitan aprovechar ventajas de recursos para generar encadenamientos virtuosos que sofisticuen la economía". Frente a ello plantea la necesidad de generar un círculo virtuoso entre formación de capital humano, igualdad de acceso a la educación, desarrollo de competencias y sofisticación productiva, de tal manera de generar demanda por empleo de calidad y, en definitiva, mejorar la distribución primaria del ingreso. El énfasis en la innovación es lo que permite superar las trampas de un país de Ingreso Medio como Chile, con un foco en la "transformación digital sostenible". La verdadera "revolución tecnológica" que se ha producido en Chile en las energías renovables, especialmente la solar y eólica, y las posibilidades en torno al hidrógeno verde, nos hacen ser optimistas sobre el futuro.

Hay que preguntarse por el rol que le corresponde a la Constitución en facilitar o incluso permitir que el Estado pueda impulsar una estrategia de Desarrollo Productivo, con instrumentos y políticas que permitan proactivamente establecer propósitos y metas, movilizar a diferentes actores de la sociedad, resolver las fallas de coordinación y generar el círculo virtuoso entre sofisticación productiva y formación de capital humano.

Vivianne Blanlot, por su parte, se pregunta ¿Cómo se aborda el medio ambiente en la actual Constitución? ¿Debe considerarse el tema medio ambiental como uno constitucional? ¿Cuáles serían los objetivos? ¿Cuál es el foco y la dimensión? ¿Cuáles serían los derechos y cuáles los deberes?

La Constitución de 1980 se relacionaba con la contaminación atmosférica, del suelo, y del agua. Esa era la problemática de aquel entonces. Lo que buscaba era instaurar el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y le asignaba al Estado el deber de velar para que ese derecho no fuera afectado. Pues bien, esas circunstancias han cambiado. Vivimos en un mundo, en un siglo, en que se enfrentan amenazas por deterioro del medio ambiente, amenazas al bienestar, al desarrollo sostenido y a la seguridad y salud de los habitantes del planeta. Los desafíos que vemos actualmente son: la transformación tecnológica y el consiguiente proceso de adaptación; el cambio climático; la necesidad de innovar continuamente; y la presión por una economía limpia, presión que viene principalmente por los mercados internacionales, pero también, y de manera creciente, por parte de la ciudadanía chilena. Todo eso genera nuevas oportunidades para el desarrollo, las que deben ser abordadas por el sector público y el privado en un esquema de colaboración. El énfasis está dado por los desafíos medio ambientales, debiendo considerarse el derecho al use y goce de la naturaleza, el deber de preservar los recursos de la naturaleza, y el deber de hacer un uso sostenible y eficiente de la naturaleza y los recursos que la componen.

Finalmente, Eugenio García-Huidobro, asumiendo que vivimos un “momento constitucional” (Ackerman), enfatiza los temas de recursos hídricos, medio ambiente y minería. Sin perjuicio de las diferencias, pasa revista a las propuestas de los distintos actores políticos y constata una gran cantidad de coincidencias. Advierte sobre la necesidad de no sucumbir a la tentación de constitucionalizarlo todo en materia medioambiental y de recursos naturales. En muchas de ellas hay bastantes remisiones legislativas a puntos críticos de esta discusión. Existe un cierto consenso en el sentido que la Convención Constitucional debería respetar el rol que le corresponde al legislador en muchos aspectos de la discusión sobre estas materias, cuyo tecnicismo y especificidad son completamente ajenos al lenguaje constitucional. Uno de los grandes vacíos (y desafíos) en las distintas propuestas se refiere al “régimen de transición” hacia el nuevo régimen constitucional en el ámbito de los recursos hídricos, medio ambiente y minería.

Lucas Sierra e Ignacio Walker

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

Desarrollo productivo, recursos naturales y medio ambiente en la nueva Constitución

EDUARDO BITRAN

Ingeniero civil industrial, Universidad de Chile; Ph.D. en economía, Universidad de Boston, Estados Unidos y académico de la Universidad Adolfo Ibáñez

Buenas tardes a todos y todas. Muchas gracias, Ignacio, encantado también de compartir con Vivianne y Eugenio.

Respecto al temario para tratar el tema de Desarrollo Productivo, Crecimiento e Innovación, en el contexto actual, es fundamental abordar las nuevas tendencias globales. "La Aceleración Digital Sostenible" aparece como un factor determinante de los mercados del mañana como los llama el WEF.

Luego trato de preguntarme sobre si Chile —tal como lo ha planteado Alejandro Foxley desde CIEPLAN— ha caído en la "trampa de los países de ingreso medio". En qué medida el desarrollo de Chile en los últimos quince años nos muestra un estancamiento que deja de manifiesto una insuficiente sofisticación y diversificación productiva.

Para salir de esta trampa qué rol juegan las "Políticas de Desarrollo Productivo, innovación y transformación productiva digital sostenible".

Y, por último, me referiré a la temática "Desarrollo productivo sostenible, nueva Constitución e Institucionalidad pública".

Esos son los temas que pretendo abordar en esta presentación.

1. NUEVAS TENDENCIAS: ACELERACIÓN DIGITAL SOSTENIBLE /

Efectivamente lo que nos ha ocurrido con la pandemia es que nos hemos enfrentado a disrupciones globales impensadas: en las cadenas de suministro, en el comercio internacional, en la propia diseminación de la pandemia que nos muestra un alto grado de interdependencia global y un mundo mucho más complejo. Los efectos en cascada de estas disrupciones, en este caso sin duda con consecuencias catastróficas, son un tema del cual se toma conciencia y alerta sobre otro gran potencial catástrofe: el cambio climático y la

urgencia de fortalecer la acción climática con un enfoque cooperativo antes de que sea demasiado tarde.

Por otro lado, las restricciones a la movilidad y la gestión de distancia física han generado una aceleración exponencial de la transformación digital. Las barreras culturales que había en las organizaciones, de alguna manera, a la fuerza, se ven removidas o bien se adopta la digitalización sin incorporarla en la estrategia organizacional. Los expertos estiman en al menos siete años el adelantamiento de la transformación digital a nivel global, lo cual nos plantea un desafío a nuestro país y nos adelanta una discusión fundamental: el futuro del trabajo, el desajuste entre las competencias de la fuerza de trabajo activa y las necesidades del trabajo del futuro.

La resiliencia aparece como un factor estratégico clave, que lleva a repensar las cadenas de valor. Los países –me ha tocado a propósito de la discusión del hidrógeno verde– ya no piensan en tener una sola fuente de abastecimiento, aunque sea la más barata, sino en la diversificación de sus fuentes, ya que la resiliencia pasa a ser un valor estratégico clave. En reunión de preparación del *Latin American Economic Outlook* de la OCDE, se vio el caso de Costa Rica, donde la diversificación productiva lo transformó en el país al que menos impactó la pandemia, a pesar de la importancia del turismo en sus exportaciones. Entonces, diversificación y resiliencia son temas que están vinculados.

Por último, en esta percepción de interdependencia sistémica mucho mayor, es que se revitaliza la acción climática. Este es el *round* preliminar, lo que viene podría ser mucho más grave y por ello es necesario abordarlo. Ha habido una gran discusión sobre la naturaleza de la recuperación post pandemia, dudas sobre si los estímulos iban a ser tradicionales, capital y carbono intensivo, como lo fue en la crisis *subprime*, o iba a haber un nuevo enfoque más resiliente. Y lo que ocurre es que la Unión Europea renueva su compromiso con el *Green Deal* (que tiene como objetivo central la neutralidad en carbono para 2050), los planes de inversión se están estructurando de modo que la resiliencia y la acción climática tengan rol fundamental. Los europeos anuncian un cargo en frontera a productos importados (*cross border tax*) para el año 2023, lo cual genera una inmediata reacción de Estados Unidos. Un acuerdo del año 2019 entre la Unión Europea y Japón⁸⁹ incorpora por primera vez, en el artículo 16, un mecanismo para eliminar el *dumping* ambiental global –carbono, básicamente–, y eso va a tener un impacto en el comercio futuro. Estados Unidos se reincorpora al acuerdo de París con metas ambiciosas de reducción de emisiones. Incluso China anuncia “carbono-neutralidad”, aunque un poco distante, al 2060. Y esos son factores a tomar en cuenta para nuestros sectores exportadores que son parte de cadenas de valor global.

Pero el empuje más grande no viene desde los Estados, desde los Gobiernos, sino que está ocurriendo desde el mundo privado. Éste fue un tema central en la reunión del WEF en Davos 2021 (*The Great Reset*) y lo que impulsa un grupo de 200 CEOs de empresas en Estados Unidos (*Business Round Table*, 2019) cuando abandonando la noción de la

⁸⁹ EU and Japan Economic Partnership Agreement (2019) Chapter 16: Trade and sustainable development.

primacía de los accionistas plantean que, para maximizar la rentabilidad en el largo plazo, las empresas tienen que tener un enfoque de múltiples *stakeholders*.

El sector financiero hoy día es el principal impulsor de una agenda sostenible para las empresas. El anuncio de *BlackRock* de exigir programas de descarbonización, con un fondo de 7 mil millones de activos, es una señal a tener en cuenta.

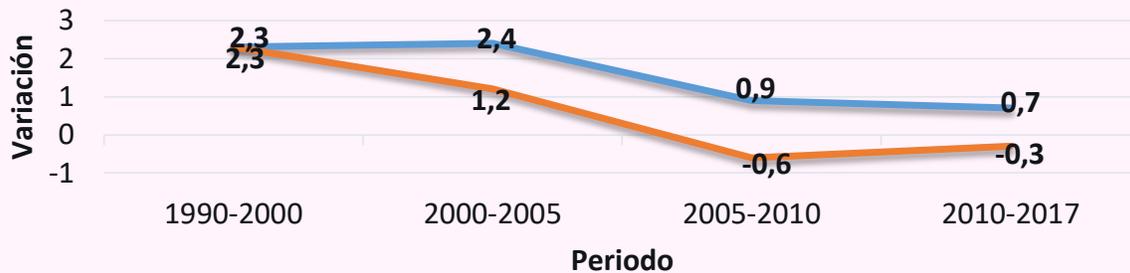
En conclusión, el entorno global nos trae nuevas tendencias que impactan transversalmente a todos los sectores productivos y que deben ser considerada en las políticas de desarrollo productivo. Por una parte, la aceleración de la transformación digital, amenazando la posición de los incumbentes, el empleo y la competitividad de las compañías y de los países; también deja de manifiesto el desajuste de competencias laborales; por otro lado, una revalorización desde el mundo corporativo, y público global, del desafío de enfrentar el cambio climático, la sostenibilidad y aumentar la resiliencia de los negocios y nuestra sociedad.

2. CHILE: TRAMPA DE LOS PAÍSES DE INGRESO MEDIO /

¿Qué pasa con Chile? ¿Trampa de los países de ingreso medio? Sabemos que el crecimiento de la productividad total de factores (PTF), desde mediados de la década pasada, está en terreno negativo. Si excluimos la minería, tenemos un crecimiento modesto de alrededor de 0,8% (ver figura 1). Con ese crecimiento de PTF es imposible converger al PIB per cápita de los países desarrollados. Pero la productividad en realidad es el residuo de una ecuación que trata de explicar los factores de crecimiento. ¿Qué ocurrió con nuestro crecimiento de largo plazo? En esto los economistas no tienen acuerdo.

La visión que algunos sostenemos es que Chile tuvo un periodo de muy rápido crecimiento basado en recursos naturales desde fines de los ochenta hasta principios de los 2000, donde pudimos diversificar nuestras exportaciones, incorporar tecnología e innovación interesantes. En ese proceso de crecimiento acelerado, las exportaciones que no son cobre aumentaron durante casi 15 años al 12% anual, pero luego se estancó. En efecto, las exportaciones totales en volumen crecen solo al 1% anual y las no cobre a menos del 2%, a partir del año 2005. Entonces la pregunta es: ¿Qué nos pasó? ¿Cambiaron tanto las instituciones? ¿Subió el riesgo país desde el 2005 de manera brutal? ¿O se explica por la reducción de la productividad del capital que implica el proceso de convergencia? La verdad es que ni el proceso de acumulación de capital, ni cambios institucionales y políticos pueden explicar la caída en el ritmo de crecimiento en el periodo considerado (2005-2017). ¿Entonces qué ocurrió?

Figura 1



Comisión Nacional de Productividad (2018).

En mi opinión ocurrió algo esperable dado nuestra estructura exportadora: hay límites al crecimiento cuando una economía pequeña y abierta basa su crecimiento en recursos naturales y ambientales, sin generar dinámicas de innovación endógenas que permitan aprovechar ventajas de recursos para generar encadenamientos virtuosos que sofisticuen la economía, más aún cuando la institucionalidad reguladora no fue capaz de resolver la tragedia de los comunes que afectó la sostenibilidad de recursos renovables e hídricos. El carro que tiró el crecimiento de Chile en los noventa fue la exportación de estos sectores, eso generó las dinámicas y las demandas derivadas e impactos de ingreso y empleo que permitieron que creyéramos al 7% anual por un periodo prolongado. Ya comentamos que la convergencia por aumento del stock de capital no explica la declinación de crecimiento del PIB potencial a niveles algo superiores a 2%. Chile, con esta dinámica de crecimiento simplemente no converge a ser un país desarrollado.

¿Por qué no hemos hecho una inflexión a un crecimiento más sofisticado y sustentable que sea menos dependiente de los límites de recursos naturales, restricciones ambientales y conflictos con comunidades?

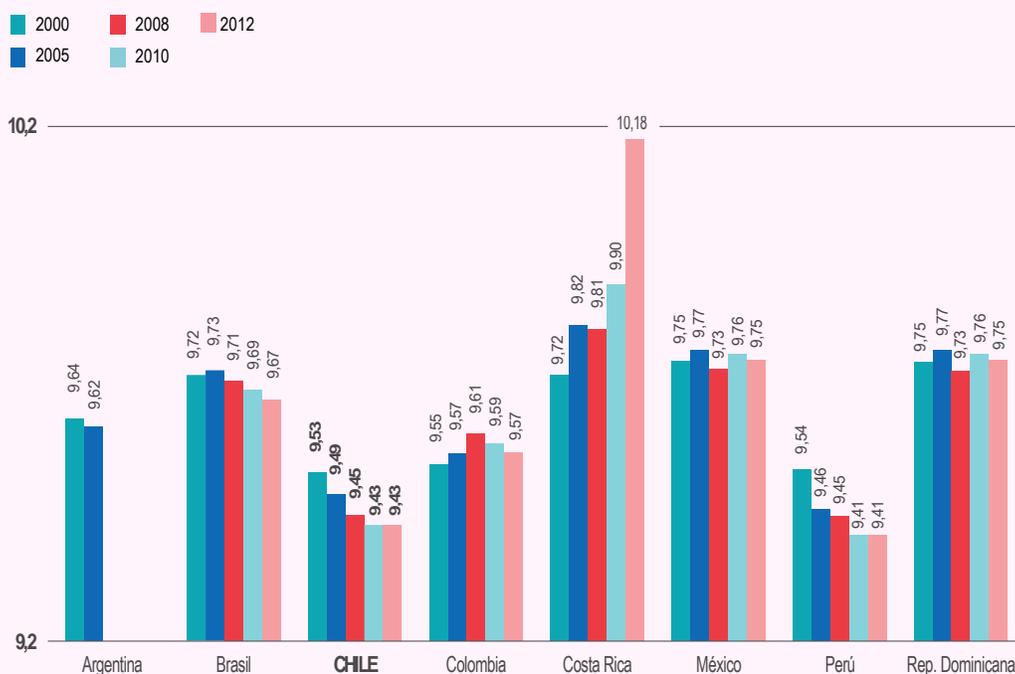
Respecto a los límites de recursos es bastante obvio el deterioro. En la minería de cobre, pasar de la extracción de óxidos superficiales a minería profunda de sulfuros complejos con calcopirita, con mayores requerimientos de agua requiere una transformación significativa. Las relaciones con las comunidades, el tema de los recursos pesqueros, la sobreexplotación de los recursos hídricos en todas las cuencas –probablemente al norte de la VI Región– la sobre carga de la columna de agua en la salmonicultura sus consecuencias sanitarias, son todos ejemplos de crisis de sostenibilidad de las actividades que crecieron exponencialmente en los noventa. Por otra parte, según los estudios disponibles, Chile es uno de los países que más se ha visto afectado en temas de adaptación al cambio climático. La productividad del suelo se afecta por el cambio climático –por la mayor sequía– y el desarrollo forestal se mueve hacia el sur, pero entra en conflicto con la zona mapuche.

Sin duda tenemos insuficiencia en la institucionalidad ambiental, el sistema de evaluación de impacto ambiental debe contar con mejores mecanismos de coordinación en el ámbito público, esquemas de participación temprana e incorporación de evaluación ambiental estratégica en el caso de sistemas complejos. A pesar del relativo acuerdo a nivel técnico y las comisiones que han propuesto reformas, seguimos estancados en esta materia. Esto afecta tanto la productividad de la inversión como la sustentabilidad ambiental. Se trata de tener un sistema que aborda los desafíos ambientales fundamentales y genera al mismo tiempo capital social y mayor certeza a los inversionistas. En este tema debiéramos aprender de otros países, como Suiza, que estableció mecanismos de coordinación y participación previa que permitieron lograr el desarrollo de complejos proyectos con altos estándares ambientales e involucramiento activo de la comunidad.

En cuanto al desarrollo productivo, la sofisticación de nuestras actividades exportadoras es baja y viene cayendo, fenómeno que se acentuó durante el súper ciclo de los *commodities* (ver figura 2).

Figura 2

ÍNDICE EXPY: Índice de Sofisticación de las Exportaciones. En puntos.



Fuente: Banco Mundial.

De alguna manera uno piensa que el súper ciclo nos aletargó, se generó una sensación de bienestar que no era sostenible. Chile tuvo un periodo extraordinario de diversificación exportadora, pero después no fue capaz de generar una dinámica de innovación y sofisticación productiva a partir de esos mismos sectores. Hay una falta de coherencia

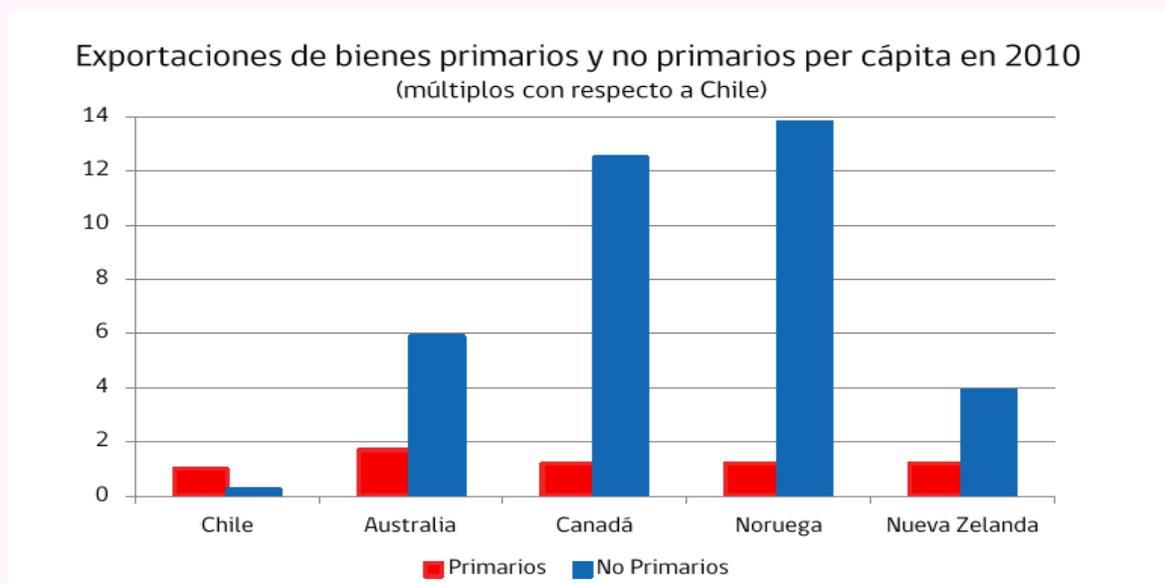
temporal de las políticas, inconsistencia dinámica en el ámbito del desarrollo productivo y falta de modernización del Estado para una transformación sostenible.

La evidencia empírica muestra que la sofisticación productiva de los países (medido por el índice de complejidad exportadora) estaría correlacionada positivamente con la distribución del ingreso, aunque esto no implica causalidad necesariamente. Chile aparece en este estudio con baja sofisticación económica relativa y peor distribución del ingreso que la correspondiente a su ingreso per cápita⁹⁰. Estudios de cambio estructural y productividad para América Latina muestran que al estar muy concentradas las exportaciones en enclaves de recursos naturales, estas tienen dificultades para absorber mano de obra, creando economías duales donde hay un sector de servicios y/o agrícola de baja productividad y por otro lado enclaves de alta productividad, que no emplean suficiente gente, por tanto, la distribución funcional del ingreso se ve afectada⁹¹. Chile cuenta con un enrolamiento en educación terciaria de 70%, pero con insuficiente demanda por trabajo de calidad, debido a una estructura productiva dual, lo que implica que muchos jóvenes al ingresar al mercado del trabajo no encuentran satisfacción a las expectativas que se crearon. Este desajuste podría llegar a ser uno de los factores que explica el estallido social de 2019. Es por ello que es necesario relevar las políticas de desarrollo productivo como herramienta para cambiar estas dinámicas que horadan la cohesión social. Debemos generar un círculo virtuoso entre formación de capital humano, igualdad de acceso a la educación, desarrollo de competencias y sofisticación productiva, de tal manera de generar demanda por empleo de calidad y, en definitiva, mejorar la distribución primaria del ingreso. Pero generar este círculo virtuoso requiere de innovación y Chile sigue cayendo en el *Global Innovation Index*, de la posición 38 en 2011 a la 54 en 2020, alcanzándonos México y Costa Rica. Uno de los problemas serios que tenemos, y que dificulta la posibilidad de innovar, es el bajo capital social, lo que probablemente se ha exacerbado por el clima de desconfianza de los últimos años. La innovación requiere colaboración para integrarse a cadenas de valor atractivas. Y no se trata de renegar de los recursos naturales, por el contrario, aprovecharlos de manera sustentable e imitar a países que a partir de éstos fueron capaces de generar una exportación sofisticada, vinculada a los recursos naturales, por ejemplo, en Australia a la propia minería, y en otros países al sector agropecuario y acuícola (ver figura 3).

⁹⁰ D. Hartmann et al. (2017) *Linking Economic Complexity, Institutions and Income Inequality World Development*.

⁹¹ Mcmillan M. et al. *Globalization, Structural Change and Productivity Growth Nber* (2014)

Figura 3



Fuente: Ministerio de Economía 2016.

Entonces, es necesario generar una estrategia de desarrollo productivo que promueva la innovación y la sofisticación productiva, y que, considerando los factores de entorno analizados y el estallido social, enfatice obviamente el tema del empleo de calidad. Creemos que la "transformación digital sostenible" debe ser un foco fundamental para ser competitivos en la nueva normalidad y poder sofisticar nuestras exportaciones a partir de un aprovechamiento sostenible de nuestros recursos naturales y el desarrollo de servicios de exportación derivados de los encadenamientos de dichos sectores y de las nuevas oportunidades de servicios digitales globales.

3. POLÍTICAS DE DESARROLLO PRODUCTIVO: INNOVACIÓN Y TRANSFORMACIÓN PRODUCTIVA DIGITAL SOSTENIBLE /

¿Cuáles son las políticas de desarrollo productivo que pueden apoyarnos en este ámbito? Hay dos tipos de políticas: las intervenciones horizontales y verticales. Las intervenciones horizontales tratan de resolver fallas de apropiabilidad y sobre ellas existe bastante consenso. Ejemplos de intervenciones horizontales son el crédito tributario y el subsidio a la innovación empresarial o al capital humano, cuando no son dirigidos específicamente a un sector determinado. Pero el problema es que cuando se trata de transformar productivamente, de sofisticar y de avanzar en temas nuevos, las fallas de coordinación son mucho más importantes que las fallas de apropiabilidad. El estudio del BID sobre los obstáculos a la diversificación exportadora en América Latina lleva a concluir que las "dificultades para exportar tienen más que ver con falla de cooperación que de

apropiabilidad⁹²". Por lo tanto, la intervención debe ser vertical y específica para abordar las fallas de coordinación. ¿Cuáles fallas de coordinación? Son múltiples, tales como el capital humano específico, estándares, infraestructura especializada, etc. Rodríguez-Clare argumenta que las fallas de coordinación conducen a múltiples equilibrios, pudiendo la economía quedar atrapada en equilibrios de bajo desempeño de no mediar un esfuerzo cooperativo para saltar a un equilibrio de mejor desempeño (2005)⁹³.

¿Cómo abordamos lo digital? No basta con hacerlo desde un punto de vista neutral e impulsar solo la alfabetización y adopción digital de las PYMES. Es necesario abordarlo con foco sectorial, con prioridades, ya que el desafío es enorme. Especialmente en capital humano se requiere especialización vertical, y esto los privados por sí solos no lo pueden hacer. Se requieren bienes públicos y club digitales, como estándares de interoperabilidad y certificación por sector, como salud, minería y construcción. Un buen ejemplo es lo que hicimos en minería cuando armamos programas estratégicos para abordar los currículos de la formación para incorporar los temas digitales. Se hizo en colaboración con la CORFO, el Ministerio de Educación, Fundación Chile y el Consejo Minero, pero esto es fundamental en muchas otras áreas. Por lo tanto, se requiere generar una estrategia a partir de una visión compartida, que promueva alianzas de cuádruple hélice para innovar y con un rol catalizador del Estado consistente en el tiempo que aborde los desafíos de calidad y equidad en el acceso a de la infraestructura digital. Para esto, entre otras cosas, tenemos que repensar nuestro marco regulatorio en telecomunicaciones. Este un tema que sigue pendiente, pues la brecha digital es enorme y se acentuó con la pandemia.

Pero el tema que nos pone optimistas es que se produjo una revolución tecnológica impresionante en que Chile se posiciona a nivel mundial en las energías renovables, especialmente la solar. Esto abre la posibilidad de electrificar nuestros combustibles y liderar en hidrógeno verde. *The Economist*⁹⁴ destaca cómo el hidrógeno puede resolver el problema de la descarbonización de las principales industrias del mundo.

Chile, aparece con un enorme potencial en hidrógeno verde, tanto solar como eólico para abordar los desafíos de las energías renovables y como sustituto a los combustibles fósiles. Por lo tanto, aquí hay una ventaja comparativa, pero para aprovechar la oportunidad es necesario desarrollar un nuevo combustible y nuevos mercados que hoy no existen. Las fallas de coordinación que se constituyen en un obstáculo para aprovechar esta oportunidad son enormes. El aprovechamiento del hidrógeno verde requiere el desarrollo de capital humano especializado, estándares de seguridad y trazabilidad, innovación en casos de uso, infraestructura compartida y la cooperación entre los diferentes actores.

¿Cuáles son las oportunidades? Las emisiones de CO₂ se distribuyen en proporciones equivalentes entre electricidad y combustibles fósiles empleados en operación minera y en la logística externa y representan en conjunto más del 20% de las emisiones totales del país. A partir de energías renovables, que además consumen e insumen materiales producidos

⁹² Sabel C. et al. (2012) *Export Pioneers in Latin America* IDB.

⁹³ Rodríguez-Clare (2005) *Coordination Failures, Clusters and Microeconomic Interventions* IDB.

⁹⁴ The Economist Dec. 1st (2018) *Conquering Co₂: toward Cero Carbon*.

por la minería chilena, se puede avanzar rápidamente en descarbonizar el abastecimiento eléctrico, dados los compromisos de retiro de generadoras a carbón. Los combustibles fósiles se pueden sustituir por hidrógeno verde en base a energía solar. ¿Tiene sentido económico la descarbonización? El esfuerzo global de acción climática requiere de materiales verdes de acuerdo a la demanda de los mercados internacionales. Un vehículo eléctrico requiere cuatro veces más cobre que un auto a combustión interna; también litio, cobalto y tierras raras. La electrificación renovable aumenta la demanda de cobre. La construcción del futuro con certificaciones verdes no puede ser abastecida solo por chatarra reciclada, se requiere cobre verde. Aparece así Chile como un país que puede tener un rol en resolver los problemas de descarbonización del mundo, dada nuestra dotación de recursos mineros y las ventajas en energías renovables.

Pero una agenda de descarbonización en cobre no solo implica tener cobre verde, sino también generar una cadena hacia atrás de servicios con tecnología. Algunas de las oportunidades de encadenamientos son el amoniaco verde para los explosivos con el cual nos ahorramos dos millones de toneladas de CO₂; camiones CAEX con hidrógeno; bolas de acero cero emisión; baterías o celdas de combustible a hidrógeno para palas mineras; fibra forestal descarbonizada para sustituir la fibra sintética; salmonicultura sostenible encadenada con las empresas que producen los *wellboats* para hacer salmonicultura verde; podemos transformarnos en exportadores globales de amoniaco, que es el combustible para el transporte marítimo y para los fertilizantes, etc.

Podemos hacer algo extraordinario en este ámbito. Entonces el planteamiento es que debemos aprovechar nuestros recursos naturales para enfocarnos en la transformación digital sostenible. Esto nos permitirá aumentar la productividad, reducir contaminación y generar una oferta diferenciada, donde la forma de sofisticar va a ser el atributo verde de nuestras exportaciones en todo el país, integrándonos a cadenas sofisticadas –no queremos enclaves– y esto va a generar un desarrollo sostenible y un relato donde nosotros le regalamos al mundo una exportación de bienes y servicios para un planeta más sostenible que fortalece la acción climática.

Sin embargo, hay fallas de coordinación necesarias de abordar. Tenemos un déficit de capital social, y cuando hablamos de innovaciones sistémicas esto un obstáculo para avanzar. Se requiere un Estado que sea capaz de generar una visión compartida, de desarrollar bienes públicos, promover la inversión en bienes club, capital humano específico, reducción de riesgos empresariales para innovación sistémica. Tenemos un problema de inconsistencia dinámica. Es necesario fortalecer la institucionalidad y la perspectiva de más largo plazo.

4. DESARROLLO PRODUCTIVO SOSTENIBLE, NUEVA CONSTITUCIÓN E INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA /

Cabe preguntarse qué rol le corresponde a la Constitución en facilitar o incluso permitir que el Estado pueda impulsar una estrategia de Desarrollo Productivo, con instrumentos y políticas que permitan proactivamente establecer propósitos y metas, movilizar a

diferentes actores de la sociedad, resolver las fallas de coordinación y generar el círculo virtuoso entre sofisticación productiva y formación de capital humano. ¿Qué tiene que ver todo esto con la Constitución? Es una buena pregunta que intentaremos responder.

En primer lugar, ese rol que algunos creemos debe tener el Estado, que no es el de crear más empresas públicas sino un rol catalizador de procesos de innovación que son de carácter sistémico, lo cual requiere usar un conjunto amplio de instrumentos para incentivar a que el sector privado innove, invierta y se resuelvan las fallas de coordinación. Esto no es posible si nos atenemos a la visión ortodoxa del principio de subsidiariedad del Estado. Sin embargo, de acuerdo al planteamiento de diversos constitucionalistas esa visión del principio de subsidiariedad no está en la Constitución⁹⁵. Lo más cercano que tiene la Constitución a este tema es el artículo 19 número 21, sobre libertad de emprender, igualdad ante la ley, derecho de propiedad y el uso, o mal uso, del recurso de amparo económico para oponerse a algunas actividades del Estado. Por ejemplo, eso impidió en algún momento que Metro pudiera hacer negocios con su tarjeta BIP, otorgándole la plataforma de cobro a operadores privados. Obviamente eso es una sobre consideración, es un riesgo excesivo que probablemente tiene que ver, como afirma Pablo Ruiz-Tagle Vial, con leyes y con una interpretación errónea de lo que dice la Constitución.

Hay “leyes de amarre”, sin duda, como la del año 1989, que restringen el rol de CORFO, pero son leyes, no tienen rango constitucional. Es necesario modificar estas leyes. Por ejemplo, CORFO hoy día no puede participar, vía capital, en esquemas de capital de riego, ni siquiera en forma minoritaria. Esto ha llevado a diseñar esquemas que promuevan el capital de riesgo con instrumentos de deuda, que reduce precisamente lo que se quiere inducir, el incentivo a tomar riesgos. Tampoco puede participar en la creación de institutos tecnológicos que presten servicios porque se interpreta que esos servicios están violando algún principio de subsidiariedad o rol empresarial del Estado. Las universidades públicas tienen algunos problemas para hacer *spin-out* y poder transferir tecnologías. Efectivamente aquí hay algunos temas que abordar, pero no necesariamente son temas constitucionales.

Dejo el problema planteado para que los constitucionalistas lo miren, porque estas restricciones que tenemos en Chile no existen en ningún otro país de la OCDE. Estas limitan que el Estado pueda cumplir un rol catalizador de la innovación y el emprendimiento privado.

Existen en este ámbito también las fallas del Estado, riesgo de captura. No obstante, en el caso de Chile, el problema principal son las inconsistencias dinámicas y los drásticos cambios en las políticas públicas de innovación, lo cual las hace poco efectivas dado el horizonte de largo plazo que se requiere para que maduren y tengan los efectos

⁹⁵ Por indicar algunos, RUIZ-TAGLE, Pablo, *Principios constitucionales del Estado empresario en Revista de Derecho Público*, 62 (2000), pp. 48-65; ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *La desconstitucionalización de la Constitución en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXII (Valparaíso, 2001), pp. 17-36; SCHÜRMAN OPAZO, Miguel, *Orden público económico y principio de subsidiariedad, argumentos para una crítica en Derecho y Humanidades*, 12 (2006), pp. 217-229; VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo, PARDOW LORENZO, Diego, *Derribando mitos sobre el estado empresario en Revista Chilena de Derecho*, 35 (2008), 1, pp. 135-156.

sistémicos que se espera de ellas. Justamente para reducir la inconsistencia dinámica, generar evaluación independiente y rendición de cuentas se creó el Consejo Nacional de Innovación para el Desarrollo. No obstante, su dependencia del ejecutivo le ha impedido cumplir su rol. Esta entidad pública se podría estructurar como una institución con verdadera independencia del Ejecutivo y con la obligación de proponer cada cuatro años la actualización de la Estrategia Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, con la responsabilidad del ejecutivo de pronunciarse fundadamente sobre las propuestas y tener que estructurar presupuestos plurianuales para implementar los componentes de la estrategia que se decida implementar. El objetivo de esta institucionalidad es reducir el riesgo de inconsistencias dinámicas en un ámbito en que los impactos son de largo plazo y los riesgos de captura de grupo de interés son significativos. Se trata de generar mecanismos para darle coherencia temporal y aumentar el impacto de las políticas en el desarrollo sostenible del país.

En materia medio ambiental, es interesante considerar el trabajo realizado por el Centro de Derecho Ambiental de la Universidad de Chile, en que plantean aspectos mínimos que debería considerar la nueva constitución⁹⁶. Me parece interesante la propuesta de establecer principios que sirvan de orientación a la acción de los diferentes poderes del Estado e incluso a otros actores de la sociedad. De los principios planteados me parece muy importante de considerar:

a) Desarrollo sostenible: La sociedad y el Estado deben propender a un Desarrollo Sostenible, pudiendo la Constitución hacer mención a las definiciones, acuerdos y objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas⁹⁷. De esta forma se genera una orientación sobre los propósitos que debe perseguir el Estado en sus políticas, leyes y regulaciones. La Constitución es una instancia en que se genera un nuevo contrato social, el Desarrollo Sostenible en la dimensión holística que plantean los ODS son de amplia aceptación y le harán sentido a la gente.

b) Equidad inter generacional: Este es un tema que se ha abordado desde las Ciencias Sociales. Robert Solow, premio nobel de Economía, fue pionero en plantear el concepto de sustentabilidad desde la perspectiva intergeneracional en el año 1974⁹⁸; refiriéndose a los recursos naturales señalaba que cuando pensamos en las generaciones futuras debiéramos actuar como si la tasa de descuento fuera cero. La Comisión Bluntland de las Naciones Unidas en 1987 acuña el concepto de Desarrollo Sostenible, con énfasis en la equidad intergeneracional, como el "desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias

⁹⁶ Centro de Derecho Ambiental, U. de Chile, "Nueva Constitución del Siglo XXI: Un Desafío para el Derecho Ambiental" 2020.

⁹⁷ Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas logró el 2015 un compromiso de los líderes mundiales.

⁹⁸ Solow R. (1974) The Economics of Resources or the Resources of Economics. American Economic Review vol. 64.

necesidades."⁹⁹ La equidad intergeneracional es un principio fundamental respecto a recursos naturales renovables, la biodiversidad y sin duda el cambio climático, dado el carácter irreversible de sus consecuencias si no logramos las metas concordadas de límites al aumento de temperatura.

c) Progresión y no regresión: Este principio se ha planteado principalmente en los compromisos sobre cambio climático, pero también se puede extender a protección de biodiversidad y naturaleza. Por ejemplo, esto implicaría que, si el país se compromete a determinados objetivos en materia de descarbonización, que estos compromisos no queden sujetos a cambios políticos propios de la alternancia en el gobierno. Lo mismo respecto al establecimiento de reservas o parques naturales.

En relación con derechos ambientales, me parece especialmente relevante consignar los siguientes:

a) Medioambiente sano: Nuestra Constitución es un poco restrictiva cuando se establece el derecho a vivir en medioambiente libre de contaminación. La mayoría de los países hoy día establecen un concepto más comprehensivo, el derecho a vivir en un medioambiente sano, concepto que otorga más flexibilidad que el artículo 19 N°8 de nuestra actual Constitución.

b) Acceso a la información: Este principio es fundamental para que la participación de la comunidad se sostenga sobre bases objetivas e información fidedigna y que la acción del Estado y de las empresas esté sometida a una adecuada rendición de cuentas en materia ambiental.

c) Función social de la propiedad y conservación del patrimonio natural: El tema de la función social de la propiedad ya está en la Constitución. El artículo 19 N° 24 inciso 2° dispone que "*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan (...) la conservación del patrimonio natural*".

d) Medioambiente sano es una responsabilidad de los diferentes actores de la sociedad: La Constitución actual le otorga la responsabilidad al Estado, el que a través de leyes y regulaciones establece límites a la acción de otros actores de la sociedad. Sin embargo, es necesario extender que la obligación de velar por este principio recae en todos los actores de la sociedad.

e) Acceso a la justicia ambiental: Todos los agentes económicos, el Estado y los ciudadanos en la medida que sean afectados en sus derechos ambientales deben poder tener acceso a la justicia ambiental.

Es importante que la extensión de la responsabilidad de velar por un ambiente sano y el acceso amplio a la justicia no genere una situación de ambigüedad que lleve a una excesiva judicialización e incluso aprovechamiento para extorción ambiental. Al estudiar países con

⁹⁹ En 1987, la Comisión Bruntland publicó su informe, "Nuestro futuro común" Este informe definió desarrollo sostenible como "desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1987, p. 43).

requerimientos ambientales y de participación ciudadana exigentes, como Suiza¹⁰⁰, la forma de abordar los derechos ambientales de los ciudadanos establecidas en la Constitución Federal de 1999 es mediante la dictación de normas y estándares objetivos, que es responsabilidad del Estado hacer cumplir, y que los ciudadanos también puedan exigir a través de la justicia ambiental. En la medida que el Estado asume este rol con rigor técnico, se reducen los riesgos de judicialización e incertidumbre para todos los agentes de la sociedad. También es necesario consignar en la Constitución derechos de participación de la comunidad organizada y Organizaciones No Gubernamentales (ONGs), con la debida transparencia respecto a su financiamiento. Suiza es también un caso interesante de estudio en que la participación de la sociedad civil es promovida por los Cantones, pero con adecuada regulación de representatividad de ciudadanía potencialmente afectada y también de ONGs que deben cumplir requisitos de transparencia y rendición de cuentas respecto a su financiamiento.

En Chile es urgente cambiar la legislación ambiental; sin embargo, no son los aspectos constitucionales los que han sido un impedimento para ello, sino más bien la falta de acuerdo político. En particular es importante fortalecer el sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y abordar los problemas de coordinación dentro del Estado, que muchas veces desvía la atención de los aspectos ambientales fundamentales. La participación temprana también debe ser incorporada en nuestro sistema de evaluación, ya que permite enriquecer y mejorar los proyectos desde la perspectiva de sostenibilidad en una etapa en que el costo de realizar modificaciones es menor¹⁰¹. Pero este no es un tema constitucional sino legal regulatorio en que existen proyectos de ley ingresados al Congreso que están pendientes de aprobación.

En materia de recursos hídricos, evidentemente hay que consagrar en la Constitución al agua y recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. En la Constitución se debe establecer que el Estado debe procurar el acceso al agua potable y al saneamiento a la población. Obviamente esto establece algunas restricciones al dominio y corresponde a la ley definir el régimen para los usos privativos que se conceden a los particulares.

El tema más relevante hoy no es de carácter constitucional. A pesar de que contamos con marco un legal que concede derechos de propiedad transferibles sobre los derechos de aprovechamiento del agua, tenemos una situación de sobreexplotación en todas las cuencas al norte de la VI Región. En algunas cuencas se han otorgado derechos sobre 20 veces la disponibilidad de las recargas naturales. Es el caso de la cuenca del Copiapó. La tragedia de los comunes afecta seriamente nuestros acuíferos. Los cambios constitucionales propuestos

¹⁰⁰ La embajada suiza organizó el año 2013 una misión empresarial, de ONG, académica y política para estudiar el sistema de regulación ambiental y participación ciudadana de Suiza.

¹⁰¹ Una Comisión Asesora Presidencial entregó el 2016 una propuesta de reforma que enfatiza la incorporación de esquemas de participación temprana en el proceso de EIA. El 2017 y 2018 se ingresaron proyectos de ley para modernizar el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental con los objetivos de i) Reducir el componente político en el procedimiento de calificación ambiental ii) Ampliar y mejorar los espacios de participación ciudadana iii) Permitir un mayor y equitativo acceso a la justicia ambiental y iv) Solucionar legalmente aspectos históricamente controversiales.

facilitan las reformas legales necesarias para abordar la sobreexplotación.¹⁰² Un cambio regulatorio legal (no constitucional) que debemos realizar, consiste en establecer la caducidad por no uso de los derechos de agua no utilizados. Debe haber priorización del consumo humano, dándole facultades al regulador en caso de sequías. Establecer también caudales ecológicos en áreas protegidas, lo cual es además consistente en muchos casos con mejorar la resiliencia frente a inundaciones que se acentúan con el cambio climático.

En materia de recursos mineros, la Constitución establece el dominio patrimonial del Estado sobre los recursos mineros, permitiendo, además, otorgar derechos de explotación a través de concesiones, conforme al artículo 19 número 24 incisos 6º y 7º. Dado que el Estado otorga en forma gratuita estos derechos, siendo un patrimonio público, el Estado debe tener un mecanismo de regalías que permita participar significativamente en la captación de la renta minera.

Extraer el 100% de la renta minera no es factible como algunos plantean, porque hay asimetrías de información: si uno se excede se termina la inversión, y hay requerimientos de inversión e innovación en el sector. Por otro lado, Chile compite con otras comarcas. Por lo tanto, este tema debe ser revisado con calma, no al fragor de las campañas electorales, con el debido estudio comparativo internacional y dentro del marco del Estado de Derecho. Si no hay iniciativa del Congreso para esta materia, simplemente no debe ser un proyecto de ley sin patrocinio del Ejecutivo. También se deben revisar los derechos de exploración, existe subinversión en exploración minera de acuerdo con los estudios comparativos. En este ámbito se debe legislar para evitar el uso especulativo de estos derechos o con fines de bloqueo de competidores.

Es necesario –y esto es controversial– revisar los recursos minerales que se definen como no concesionables. No se entiende, por ejemplo, por qué el litio no sea concesionable. Hoy día tenemos varios salares que, con una adecuada regalía, se podría concesionar y lograr desarrollos interesantes. Por lo tanto, creo necesario adecuar esas normativas al siglo XXI. Uno espera que el sector privado invierta y comparta en forma significativa las rentas con la sociedad, para atraer capital y tecnología, necesitamos más inversión con una mayor participación del Estado en la renta minera, tema que es materia de ley.

Finalmente, en temas horizontales o transversales, me parece que es necesario revisar la institucionalidad pública en varias áreas. Por una parte, los organismos fiscalizadores y reguladores del Estado, por ejemplo, las Superintendencias y la Fiscalía Nacional Económica las transformaría en entidades dirigidas por cuerpos colegiados y con autonomía como el Banco Central, con *checks and balances*, con las atribuciones que tendrían los ministerios sectoriales.

Siendo el tema hídrico fundamental para el desarrollo productivo y la calidad de vida en Chile, me parece interesante transformar el Ministerio de Obras Públicas en el Ministerio de Recursos Hídricos y transferir todos los servicios vinculados al Transporte, como

¹⁰² La Constitución actual y la ley obligan a un ajuste proporcional en los derechos asignados, aunque no estén siendo usados y se hayan comprado con fines especulativos. Tampoco es posible priorizar los derechos para consumo humano, salvo situaciones de sequía.

vialidad, puertos y aeropuertos, al Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, con un mandato legal claro de enfocarse en la calidad del servicio y promoción de la competencia en los servicios de transporte. De hecho, así está estructurado el Estado en la mayoría de los países OCDE. Los Ministerios de Transporte en general tienen la tuición sobre los servicios de infraestructura de transporte.

En conclusión, los mayores desafíos para un desarrollo sostenible de los sectores de recursos naturales son, por una parte, de carácter legal- regulatorio y tributario, y por otra, generar políticas de desarrollo productivo que incentiven su sofisticación y la innovación con encadenamientos productivos virtuosos.

Respecto a la nueva Constitución hemos planteado que en materia de Desarrollo Productivo se deben establecer mecanismos para reducir la inconsistencia dinámica de las políticas públicas, dándole al Consejo Nacional de Innovación independencia con la obligación de proponer y actualizar cada 4 años la Estrategia Nacional en Ciencia, Tecnología e Innovación. Respecto al medioambiente se recogen propuestas de establecer principios que orienten el rol del Estado para avanzar hacia un desarrollo sostenible. Derechos a un medioambiente sano, acceso a información, y la justicia ambiental. Además de establecer en la Constitución que el agua es un bien nacional de uso público y los derechos de acceso de la población al agua potable y el saneamiento.

BIBLIOGRAFÍA /

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2001). "La desconstitucionalización de la Constitución" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXII, pp. 17-36.
- Centro de Derecho Ambiental, U. de Chile (2020). "Nueva Constitución del Siglo XXI: Un Desafío para el Derecho Ambiental".
- HARTMANN, D. (2017). "Linking Economic Complexity, Institutions and Income Inequality". *World Development*.
- MCMILLAN, M. (2014). "Globalization, Structural Change and Productivity Growth" Nber.
- SABEL, C. (2012). "Export Pioneers in Latin America" IDB.
- Rodríguez-Clare (2005). "Coordination Failures, Clusters and Microeconomic Interventions" IDB.
- RUIZ-TAGLE, P. (2000). "Principios constitucionales del Estado empresario en *Revista de Derecho Público*", 62, pp. 48-65.
- SCHÜRMAN OPAZO, Miguel (2006) "Orden público económico y principio de subsidiaridad, argumentos para una crítica en *Derecho y Humanidades*", 12 pp. 217-229.
- SOLOW, R. (1974) "The Economics of Resources or the Resources of Economics". *American Economic Review* vol. 64.
- The Economist Dec. 1st 2018. Conquering Co2: toward Cero Carbon.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo y PARDOW LORENZO, Diego (2008). "Derribando mitos sobre el estado empresario" en *Revista Chilena de Derecho*, 35, 1, pp. 135-156.

COMENTARIOS

VIVANNE BLANDOT

Economista, Pontificia Universidad Católica; Master of Arts en economía, American University, Estados Unidos; ex Directora Ejecutiva de la Comisión Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) y ex Ministra de Estado.

A mí me invitaron a comentar la exposición de Eduardo Bitran, lo que me entusiasmó mucho, pero también quiero decir que hacer esto me tomaría algo así como unas seis horas, tema por tema, así que voy simplemente a presentar algunas reflexiones propias, tocando también algunos de los puntos que él tocó.

En “Medio ambiente y Constitución” los temas que yo suelo incluir en mi reflexión son: ¿Cómo se toca el medio ambiente en la actual Constitución? ¿Debe considerarse el tema medio ambiental como uno constitucional? ¿Cuáles serían los objetivos? ¿Cuál es el foco y la dimensión? ¿Cuáles serían los derechos y cuáles los deberes?

La Constitución actual –y en eso estoy de acuerdo con Eduardo– realmente es una Constitución que, en cuanto al aspecto medioambiental, tiene su causa en los problemas de 1980, los cuales se relacionaban con la contaminación atmosférica, del suelo, y del agua. Por lo tanto, lo que buscaba era instaurar el derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y le daba el deber al Estado de velar para que ese derecho no sea afectado.

Siguiendo con la pregunta, yo diría que observemos primero en qué circunstancias vivimos. Vivimos en un mundo, en un siglo, en que se enfrentan amenazas por deterioro del medio ambiente, amenazas al bienestar, al desarrollo sostenido y a la seguridad y salud de los habitantes del planeta. Y quiero agregar algunos desafíos y oportunidades del desarrollo.

Los desafíos que vemos actualmente son: la transformación tecnológica, que se está dando fuertemente pero que, en algunos casos, como en Chile, no se está adaptando; la necesidad de adaptación; el cambio continuo; la necesidad de innovar continuamente; y la presión por una economía limpia, presión que viene principalmente por los mercados internacionales, pero también, y de manera creciente, por parte de la ciudadanía chilena.

¿Cuáles son las oportunidades? Una primera son las nuevas tecnologías que permiten aumentar conjuntamente la productividad y la producción limpia. Cuando uno se inserta en empresas con capacidad de adaptación esto se ve claramente en la profunda transformación que está viviendo la manera de producir, aumentando productividad y al mismo tiempo limpiando la producción. Una segunda oportunidad son las nuevas lógicas para el desarrollo de productos que están internalizándose fuertemente en empresas de distintos sectores. Una tercera son las ventajas comparativas para la energía limpia –no me voy a explayar sobre esto ya que tenemos clarísimo todas las ventajas que tenemos–. Finalmente, y a pesar del déficit –y aquí yo quiero poner una nota más de vaso medio lleno– en el pleno de las instituciones en general, en Chile estas conservan la capacidad de reacción ante cambios y

desafíos. Creo que una muestra muy cercana es que Chile, a pesar de todo, ha respondido mucho mejor, más rápida y eficientemente a los desafíos de la pandemia que la mayoría de los países en desarrollo e, incluso, que muchos países ya desarrollados.

¿Cuál es el mundo en que vivimos? Vivimos en un mundo de problemas ambientales globales, que son múltiples. No es solo la contaminación y la emisión de CO₂. Tenemos emisiones a la atmósfera con efectos locales y globales. Esto lo vivimos en Chile y lo tenemos claro. Algunos ejemplos son la contaminación y la destrucción del hábitat natural; ejemplificado por la basura junto al océano, la contaminación de los océanos; la degradación del suelo por mal uso y sequías; la contaminación en Chile del borde costero por ocupaciones ilegales; agregó que, todo lo anterior, sin saneamiento alguno, sin ningún esfuerzo y, además, sin capacidad del Estado para controlarlo. La destrucción de bosques y ecosistemas por distintas razones, una de ellas los incendios –que tienen que ver con el aumento de las temperaturas–, pero también con la depredación y la degradación de la flora y los bosques en Chile, que los hacen mucho menos resilientes a incendios.

Recordemos el gran incendio de Valparaíso del 2014. Ese incendio se dio en unas circunstancias en que el lago Peñuelas llevaba una década de déficit, probablemente acentuado por el efecto sobre la disponibilidad de agua asociado al cambio climático. El agua disponible en Peñuelas en esa época era del 27 por ciento de la capacidad total, y la circunstancia era que cuando uno entraba a analizar qué estaba pasando en las quebradas de Valparaíso, una por una, lo que se encontraba es una muestra de lo que ocurre en Chile en todas partes, consistente en una deficiente gestión del agua, lo que es un grave problema. Con esto me refiero a muchos y distintos fenómenos que yo creo vale la pena recordar.

Hay estudios que demuestran que en, zonas de alta escasez, la escorrentía representa entre el 50 por ciento y el 80 por ciento del agua que ingresa a las quebradas en invierno. Esto significa que las quebradas que están secas durante el verano son quebradas donde se desperdició el agua que se dispuso durante el invierno. Ese no es un problema de la naturaleza, sino de la gestión del agua, pero también, de la gestión urbana, porque los asentamientos humanos se están permitiendo en zonas que son de altísimo riesgo.

Por otra parte, no existen políticas de aprovechamiento del agua acordes con la geografía y el régimen ecológico chileno. Esto lo vemos cuando uno empieza a estudiar cuenca por cuenca, y uno ve que no hay ninguna acción del Estado ni de los privados que tenga la envergadura del problema. En otras palabras, sabiendo que estamos amenazados por una enorme escasez de agua en el futuro, no estamos haciendo prácticamente nada en términos de adaptarnos a la enormidad del problema. No existe racionalidad ni sostenibilidad en el otorgamiento de derechos de uso, tema en que ya se explayó bastante Eduardo y que yo estoy totalmente de acuerdo con él. Para mí son estos los elementos a tener en la cabeza al momento de redactar la Constitución, pero que no son temas que se resuelvan únicamente con redactar una nueva Constitución.

Tenemos una frecuencia mucho mayor de años de sequía, pues llevamos 12 o 14 años secos, dependiendo de cómo se evalúe. También tenemos escasez de agua potable en zonas que podrían conservar agua en los inviernos, pero que no ocurre, ello porque se trata de áreas en que el agua potable no es entregada por servicios eficientes. Por otra parte, el Estado en

muchas zonas ha abandonado prácticamente los sistemas de agua potable rural, que están destruidos en unos casos y mal operados en otros. Incluso tenemos problemas de falta de inversión en capacidad de almacenamiento de agua en las zonas urbanas. Por lo tanto, tenemos una alta cobertura, pero no seguridad de suministro.

Yo resumiría este escenario como uno en el cual se encuentra amenazada la calidad de vida, la sostenibilidad del desarrollo y, por lo tanto, la paz social. Lo anterior porque la consecuencia de no tener un desarrollo sostenido y sostenible es el impedimento de los ciudadanos a relacionarse en buena forma con la naturaleza, lo cual resulta ser una fuente de tensión dentro la sociedad. Esto es así aunque no lo queramos ver y aunque no lo hayamos analizado lo suficiente. Entonces obviamente deben instituirse responsabilidades, derechos y deberes en la Constitución, y a mi juicio, estamos en una época en que requerimos establecer como principio fundamental la responsabilidad de la nación en la preservación de la naturaleza y su uso eficiente y racional. Estoy hablando de la preservación de los ecosistemas y el uso de los recursos en forma eficiente y racional, que no es lo que hemos estado haciendo durante décadas.

Adicionalmente, ¿deben instituirse responsabilidades, derechos y deberes? ¿Cuál sería el derecho fundamental? A mi juicio sería el derecho al use y goce de la naturaleza. Porque los seres humanos necesitamos, por ejemplo, el derecho a la libertad y a ser tratados como iguales, pero también vivimos en un planeta, somos fruto y parte de la naturaleza, y cuando la destruimos estamos destruyendo lo que somos; por lo tanto, esto no puede no estar entre los principios y derechos fundamentales. Segundo, es el deber de preservar los recursos de la naturaleza, la flora, la fauna y los ecosistemas en que se sustentan. No podemos garantizar el derecho al use y goce de una naturaleza que no existe y que cada día va a estar más dañada. Y tercero, el deber de hacer un uso sostenible y eficiente de la naturaleza y los recursos que la componen.

Lo que estoy diciendo es que debemos establecer en forma de principios que nuestro desarrollo no puede sino ser pensado en armonía con la naturaleza, porque de otra manera no será sostenido y, además, debe ser eficiente, porque de otra manera no habrá desarrollo. Yo no voy a escribir la Constitución, pero creo fundamental que ésta contenga principios claros y amplios. Porque lo que va a pasar en el siglo XXI no lo podemos prever necesariamente hoy. Además, una Constitución legalista y llena de detalles limita más que expande, y dado el proceso de cambio global que estamos viviendo, debemos establecer claramente los principios.

¿Para quiénes son los derechos? Para todos los habitantes de la nación, actuales y futuros, en eso concuerdo plenamente con Eduardo en que requerimos de una equidad intergeneracional. Y los deberes, a diferencia de lo que dice la Constitución hoy día, son deberes del Estado y de todos los habitantes de la nación. Aquí hay un tema que me parece importante y se ve poco en las constituciones, y es que, si no instituimos que son todos los habitantes de la nación, no puede existir tampoco una ley que penalice a aquellos habitantes que no cumplen con el deber constitucional. Un ejemplo práctico de esto es cuando alguien quiere interponer un recurso ante la Corte Suprema por daño ambiental, interpone un

recurso de protección, pero siempre contra las instituciones del Estado, y esto es una falencia que tenemos nosotros.

Son materia de ley una cantidad enorme de aspectos que Eduardo los mencionó muy claramente, con algunos estoy de acuerdo, con otros no, lo mismo con las reformas que propone. Pero, a mi juicio, lo más importante es que se establezca en forma amplia qué es lo que es materia de ley, y las materias de ley incluyen la institucionalidad y organización del Estado para cumplir con sus deberes. ¿Cuáles deberes? De promoción, cautelares, normativos y de fiscalización, para así garantizar los derechos constitucionales. Debe haber sanciones para el Estado y para los ciudadanos ante el incumplimiento de los deberes constitucionales.

Quiero agregar algo que tiene directa relación con lo que dijo Eduardo sobre la reforma del Estado para adaptarse a los desafíos del desarrollo futuro del mundo. Él se explayó bastante en todas las capacidades que hoy no tiene el Estado y que se deben crear. Yo tengo una posición un poco divergente, quizás son matices, pero me parece importante mencionarlo.

Durante alrededor de 20 años hemos estado hablando de la reforma y modernización del Estado, pero sin lograr prácticamente nada. En algunos sectores se han hecho avances, pero muy menores al desafío que se estaba tratando de enfrentar. Yo tiendo a pensar que quizás le estamos pidiendo al Estado algo que no puede hacer; y como no podemos esperar, tengo una noción del Estado que es mucho más de colaboración con el sector privado. En el mundo es el sector privado el que está llevando las riendas y la iniciativa para la producción limpia, no los Estados. A los Estados les ha costado mucho ponerse de acuerdo a nivel internacional, y a nivel nacional al Estado también le cuesta mucho reaccionar a los cambios. Cuando estamos hablando de fenómenos extremadamente complejos se requiere un Estado que dé espacio al sector privado y que además le exija a éste los niveles de modernización necesarios para ir a una economía limpia, circular. Hay un tema de exigencias, y a mi juicio, el Estado debe concentrarse en fomentar, exigir y colaborar.

Termino con esto. A mi juicio la economía del futuro es colaborativa, en que cada uno toma roles, pero colabora para que el proyecto funcione. Y yo lo que he visto en las décadas pasadas es que el Estado chileno ha estado tratando de asumir funciones complejas, pero sin lograr resultados suficientes. Por ejemplo, todos los temas de fomento productivo. A mí me gustaría que hiciéramos una evaluación crítica y rigurosa de cuánto se ha avanzado realmente, y si ese avance ha sido significativo o no. También me gustaría que evaluáramos cuál ha sido el resultado de la educación técnica dejada en manos de instrumentos del Estado, que, tal como lo muestra Eduardo cuando habla del tipo de empleo que tenemos hoy en Chile, se demuestra que no hemos avanzado ni hemos ido con los tiempos ni con las necesidades de la economía y de las personas.

Entonces vuelvo y digo que no es necesariamente la complejización de instrumentos de fomento, ni tratar de que el Estado aprenda cada día más de tecnología, que lo debe hacer, pero con objetivos distintos. Lo que el Estado debe hacer es exigir, eso es lo importante. Y luego debe apoyar en la medida que considere que se está yendo en la dirección correcta. Ese es mi comentario más importante respecto de lo que plantea Eduardo, porque si recorremos el listado de reformas en leyes e instituciones qué habría que hacer para

Insumos/Constitucionales

ponernos al día, yo quiero decir que soy escéptica respecto a que llegemos a resultados en el plazo necesario para que tengan efectividad.

Entonces, sí creo que el Estado debe modernizarse, pero haciendo, entre todos, un análisis profundo de cuál es realmente su rol en una economía y en una sociedad que cambia rápida y constantemente. Lo que necesitamos es un Estado distinto y yo no he visto todavía a nadie que profundice en eso. Muchas gracias.

EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile, e investigador del CEP

Muchas gracias por la invitación, Ignacio y Lucas. Es un honor compartir este panel con ustedes y con dos exautoridades e importantes personajes del debate público nacional.

Mi presentación puede entenderse como una forma de transitar desde lo que se ha dicho hasta el momento hacia lo propiamente constitucional, a fin de proveer un insumo más en estas materias para nuestra discusión constitucional. En este sentido, me parece que sería útil proporcionar una revisión panorámica y muy resumida de lo que hasta la fecha se ha propuesto tanto desde la política como desde los centros de estudios aledaños a ésta.

No cabe duda de que vivimos lo que Bruce Ackerman llama un *momento constitucional*, uno de esos periodos históricos caracterizados por una movilización social extraordinaria y en los que la atención ciudadana está dedicada a los grandes asuntos públicos. Esto es importante porque justamente varios de los temas centrales que ocupan la imaginación colectiva durante este momento constitucional son aquellos que tratamos hoy día: el cuidado del medioambiente, la explotación de los recursos naturales y la administración del agua. Por ello –y como una forma de complementar lo planteado por Eduardo y Vivianne– podría ser útil discutir cómo la política chilena se está aproximando a estos temas.

Pienso que podría ser útil principalmente por dos razones. Primero, porque en este punto de la discusión constitucional ya contamos con una masa importante de ideas sobre estos temas que provienen desde la política, por lo que es importante transitar desde discusiones abstractas hacia aquellas centradas en diagnósticos y propuestas concretas. Y, en segundo lugar, porque existen importantes coincidencias en el mundo político en estos temas, sin perjuicio de los diferentes énfasis retóricos de las propuestas. Contrario a lo que podríamos creer de la lectura de los titulares de prensa y del ‘ruido de la calle’, hay importantes coincidencias tanto en materia de diagnóstico como de las propuestas constitucionales que se han planteado.

Como consideración preliminar y en la línea de lo dicho por Eduardo y Vivianne, la mayoría de las propuestas parecerían reconocer que no debemos sucumbir a la tentación de constitucionalizarlo todo en materia medioambiental y de recursos naturales. En muchas de ellas hay bastantes remisiones legislativas a puntos críticos de esta discusión, lo que podría sugerirnos que existe un cierto consenso que la Convención Constitucional debería respetar el rol que le corresponde al legislador en muchos aspectos de la discusión sobre estas materias, cuyo tecnicismo y especificidad son completamente ajenos al lenguaje constitucional.

Dicho esto, centremos nuestra revisión en tres puntos concretos de las propuestas: (1) recursos hídricos, (2) medio ambiente y (3) minería. Como adelanté, la revisión de las propuestas políticas en estos tres temas parece sugerir que, con independencia de los énfasis narrativos en que algunas incurren y de las diferencias ideológicas de sus autores, existen importantes similitudes tanto de diagnóstico como en las mismas propuestas que se formulan. Esta observación, sin embargo, tiene que estar precedida de una advertencia: prácticamente en su totalidad, las propuestas todavía son generales y evidencian vacíos

relevantes en aspectos muy importantes. Volveré sobre este último punto al final de la presentación.

1. RECURSOS HÍDRICOS /

En materia de aguas parecería existir un primer consenso general en torno al diagnóstico de su uso, en el sentido de reconocer el carácter crítico que los recursos hídricos tienen para la subsistencia humana y el buen desarrollo de los ecosistemas. Aquellas (pocas) propuestas que no explicitan esta idea, al menos guardan silencio y con distintos matices reconocen la necesidad de introducir cambios a la institucionalidad vigente.

En cuanto a las propuestas, también parecieran existir importantes coincidencias que cruzan todo el espectro político. Con distintos matices, prácticamente todas las propuestas –salvo, tal vez, por la de Libertad y Desarrollo y la del Instituto Libertad– reconocen la necesidad un derecho fundamental al acceso al agua. Sobre este punto me gustaría enfatizar la transversalidad de esta medida, porque está presente tanto en los programas de sectores social-conservadores (como por ejemplo los diputados de RN agrupados en Rechazo para Reformar), liberales clásicos (como Evópoli u Horizontal), como de izquierda (Revolución Democrática o el Partido Comunista).

En segundo lugar, la mayoría de las propuestas abogan también por la necesidad de introducir una declaración constitucional del agua como un bien nacional de uso público, en línea con lo señalado en el artículo 5º del Código de Aguas¹⁰³ y 595 del Código Civil.¹⁰⁴ Sobre este punto, es importante notar que varía la manera en que se conceptualiza esta idea o las expresiones utilizadas. Por ejemplo, la propuesta de Independientes No Neutrales utiliza la expresión ‘bienes comunes’, pero igualmente el propósito de la propuesta tiende hacia lo mismo.

Por último, hay también varios programas que reconocen la posibilidad de otorgar derechos o permisos a privados para la utilización de recursos hídricos, aunque sujetos a limitaciones legales o que no supongan propiedad para sus titulares. Por ejemplo, la propuesta de Evópoli propone que los derechos de aprovechamiento puedan ser limitados legislativamente. Por su parte, la Democracia Cristiana sugiere autorizar el otorgamiento de derechos –sean o no consultivos– que no constituyan propiedad para sus beneficiarios. Convergencia Progresista propone que se puedan otorgar derechos a los particulares siempre y cuando se reserven caudales para asegurar disponibilidad de los recursos hídricos a todas las personas. Más hacia la izquierda, Rumbo Colectivo propone copiar el sistema australiano de asignación de derechos a privados.

Sobre este tercer punto parecería existir un amplio consenso en la necesidad o en la conveniencia (dependiendo de cómo se presenta la propuesta) de establecer importantes

¹⁰³ El artículo 5º del Código de Aguas señala: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código”.

¹⁰⁴ El artículo 595 del Código Civil señala: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.”

límites a la posibilidad de utilizar recursos hídricos para actividades extractivas o económicas. Excepcionalmente, la propuesta de Libertad y Desarrollo aboga por mantener los derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de agua. En términos similares, el Instituto Libertad enfatiza la necesidad de compatibilizar el uso legítimo de los derechos de agua de sus titulares con la necesidad de consumo humano.

2. MEDIO AMBIENTE /

En esta materia ambiental, hay también muchos y muy diferentes énfasis retóricos entre las distintas propuestas. Sin embargo, muy a grandes rasgos los diagnósticos que ellas hacen presentan importantes similitudes. Prácticamente todas ellas reconocen la urgencia que supone la crisis climática y ecológica para los seres humanos, así como la necesidad de redefinir el rol que tiene el medio ambiente y la naturaleza en nuestras vidas. Por ejemplo, las propuestas del Partido Comunista o Revolución Democrática enfatizan que la próxima debe ser una constitución ecológica. En términos similares, la propuesta de Independiente No Neutrales sugiere que ella debe tener un enfoque ecológico.

Para muchas propuestas, este compromiso debe traducirse en un principio orientador de la actividad económica. Por ejemplo, la Democracia Cristiana plantea la necesidad de incluir la protección del medio ambiente como un eje de desarrollo económico de la sociedad. Por su parte, Revolución Democrática propone establecer la sustentabilidad como principio rector de la economía. Más a la izquierda, se aboga por la necesidad de enmarcar esta discusión dentro de la que se tenga sobre la transformación del modelo productivo. Al otro extremo, las propuestas que provienen desde la derecha, si bien tienen un énfasis retórico mucho menor, igualmente contienen propuestas en esta línea.

Para alcanzar estos objetivos, encontramos una heterogeneidad de propuestas concretas que se formulan desde la política. Evópoli, por ejemplo, propone crear deberes estatales y ciudadanos. Por su parte, el Partido por la Democracia enfatiza el rol fundamental que ha tenido el derecho internacional del medio ambiente en nuestra discusión y la necesidad de potenciarlo. Independientes No Neutrales sugieren incorporar al texto constitucional los principios de protección ambiental, justicia ambiental e intergeneracional y buen vivir, así como un reconocimiento explícito de la existencia de una crisis climática. Y así, hay muchos otros mecanismos utilizados para recoger en la futura constitución el diagnóstico anterior. Sin embargo, hay un elemento que se repite en muchas: establecer principios en materia medioambiental que sirvan de guía a la actuación estatal.

En relación con lo anterior, hay también propuestas que enfatizan la necesidad de instaurar una institucionalidad ambiental, sea en la forma de un marco legal que permita hacer frente a los desafíos en esta materia, o a través de la creación de instituciones burocráticas. Para seguir con el ejemplo de Independientes No Neutrales, en su propuesta se aboga por la creación de una Defensoría Pública de la Naturaleza y de agencias independientes que velen por la evaluación de proyectos y fiscalización en materia ambiental. Horizontal, por su parte, sugiere establecer una institucionalidad que permita centralizar la actual dispersión de responsabilidades ambientales.

Por último, otra similitud entre las distintas propuestas es recurrir al lenguaje de los derechos como un mecanismo de protección del medioambiente. Esto puede ser hecho por vía de reconocer un derecho de las personas al medioambiente, aunque con una protección jurídica más robusta que la que actualmente reconoce el artículo 19 número 8 de nuestra Constitución y precisando también, en el caso de algunas propuestas, la naturaleza distinta de dicho derecho a los restantes que reconoce la constitución (como enfatizan la Democracia Cristiana y Rumbo Colectivo). Otra posible alternativa que se plantea es reconocer el valor intrínseco que tiene la naturaleza con independencia del género humano y, en consecuencia, reconociéndole derechos a ella con una titularidad distintiva, en la línea de la jurisprudencia de los tribunales más progresistas a nivel comparado.¹⁰⁵ En cualquiera de los dos casos, se utiliza el lenguaje de los derechos como una forma de abordar constitucionalmente el diagnóstico que se tiene.

3. MINERÍA /

El último tema en el que me gustaría detenerme es el de la minería, el que se encuentra íntimamente ligado a los dos primeros. Y es que, si bien vuelvo a hacer presente las grandes diferencias retóricas de las distintas propuestas, a grandes rasgos muchas de ellas coinciden en un aspecto de gran trascendencia: la necesidad de repensar la manera en que se desarrolla la actividad minera y la necesidad de conciliar las demandas de esta industria con las exigencias medioambientales cada día más apremiantes.

Para ejemplificar este punto, revisemos dos posturas distintas, representativas del espectro político. Primero, Horizontal afirma que los impactos ambientales y externalidades negativas de la industria minera no se compensan con el sólo pago de impuestos, el número de empleos y el encadenamiento productivo. Al otro lado del espectro ideológico encontramos a Convergencia Progresista, que aboga por la necesidad de limitar la actividad económica y muy particularmente en materias mineras debido a exigencias medioambientales, así como que la explotación de estos recursos naturales sea realizada de manera responsable.

Cualquiera sea el énfasis hecho, en prácticamente todas las propuestas se reconoce –aunque sea implícitamente– nuestra dependencia económica a la industria minera, pero a continuación se agrega, que existe una imperiosa necesidad de conciliar esta dependencia con las premuras del cambio climático y el respeto al medio ambiente.

4. CONCLUSIONES /

Para concluir mi presentación, me gustaría ofrecer algunas reflexiones finales que sirvan de alerta para ir concretizando las propuestas que actualmente se han presentado. Y es que

¹⁰⁵ Por señalar tan sólo el ejemplo colombiano, la Corte Constitucional de dicho país reconoció el carácter de sujeto de derechos al Río Atrato, mientras que la Corte Suprema le reconoció tal calidad al Amazonas colombiano.

si bien existen importantes coincidencias que cruzan todo el espectro ideológico, también hay muchos vacíos importantes en todos los programas o propuestas constitucionales.

El primer vacío que encontramos es respecto de régimen de transición para implementar lo que se propone a nivel constitucional. Para volver al ejemplo de los recursos hídricos, existe un consenso prácticamente unánime en la clase política respecto a la necesidad de priorizar el consumo humano. Sin embargo, ello supone un importante cambio en la gestión de estos recursos. En la actualidad, cerca de un 88% del uso de las aguas consuntivas del país corresponde a actividades relacionadas con la agricultura, algo que probablemente se vería profundamente afectado de materializarse estos cambios constitucionales.

Por ello, la primera gran interrogante que surge de revisar prácticamente todas las propuestas que plantean estos grandes es cómo transitar hacia ese nuevo modelo económico que supone priorizar el medio ambiente y el uso sustentable de los recursos naturales. Es cierto que ello no necesariamente debe ser explicitado a nivel constitucional, pero este vacío no obsta a que deba tenerse claridad sobre las implicancias o consecuencias económicas que dichas propuestas tendrían para la actividad productiva del país, sobre todo considerando nuestra dependencia económica de las actividades de sectores primarios.

Hay un segundo vacío al que me gustaría referirme y que dice relación con los mecanismos de cumplimiento utilizados para asegurar la efectividad de los derechos cuya creación se propone. Recordemos un punto que he enfatizado a lo largo de toda esta presentación: el discurso de los derechos cruza transversalmente todas las propuestas y ocupa un lugar prominente en las medidas concretas que se proponen. Salvo por la propuesta de Horizontal, poco o nada se dice sobre este punto. Por mencionar tan sólo un ejemplo representativo de esta realidad, Rumbo Colectivo enfatiza la necesidad de no judicializar estas materias, pero no propone alternativa alguna.

¿Por qué esto puede ser problemático otorgarle un papel protagónico al poder judicial en estas materias? Justamente porque los tribunales carecen de la capacidad y herramientas institucionales necesarias para abordar los problemas asociados a estas temáticas en su complejidad. Al resolver las controversias que se someten a su conocimiento, los tribunales carecen de un conocimiento sistémico de todas las variables involucradas en dicha controversia y el impacto institucional que podría tener su decisión dentro del marco institucional del medio ambiente. Para utilizar lenguaje de teoría regulatoria, un juez sólo tiene un conocimiento local de las problemáticas nacionales, por lo difícilmente podrán abordar problemas multicausales. Así, será frecuente que los tribunales desarrollen 'visiones de túnel', esto es, centrarse en un aspecto de la discusión sin considerar las implicancias sistémicas que tienen sus decisiones.

Esto me lleva a una pregunta final: podemos o no compartir el diagnóstico de muchas propuestas, pero creo que debemos preguntarnos si el lenguaje de los derechos es el mecanismo o herramienta idónea para materializar el diagnóstico compartido transversalmente por la clase política.

Insumos/Constitucionales

Es difícil negar que la constitución vigente tiene una reglamentación deficitaria en materia medioambiental, pero difícilmente el empoderamiento de tribunales sin directrices claras de cómo abordar los conflictos de derechos en materia medioambiental e hídrica va a permitir una gestión global de los desafíos que suponen el cambio climático y la escasez en materia de recursos hídricos.

