

Análisis comparativo entre la Constitución vigente y el proyecto de reforma constitucional de Michelle Bachelet

Serie Minutas N° 155-19, 29-11-2019

por Víctor Soto Martínez

Resumen

Esta minuta se refiere a los principales cambios introducidos a la actual Constitución por la propuesta de reforma constitucional presentada por el gobierno de Michelle Bachelet (Boletín N° 11.617-07). Para ello, se revisan las principales modificaciones introducidas en cada capítulo de la Constitución y se aventuran conclusiones generales sobre dicha propuesta.

Disclaimer: Este trabajo ha sido elaborado a solicitud de parlamentarios del Congreso Nacional, bajo sus orientaciones y particulares requerimientos. Por consiguiente, sus contenidos están delimitados por los plazos de entrega que se establezcan y por los parámetros de análisis acordados. No es un documento académico y se enmarca en criterios de neutralidad e imparcialidad política.

TABLA DE CONTENIDOS

Antecedentes	3
1. Bases de la institucionalidad.....	3
2. Nacionalidad y ciudadanía	3
3. De los derechos fundamentales, garantías y deberes constitucionales	4
4. Gobierno.....	5
5. Congreso Nacional	6
6. La jurisdicción	7
7. Ministerio Público	7
8. Tribunal Constitucional	7
9. Servicio Electoral y justicia electoral	8
10. Contraloría General de la República	8
11. Fuerzas armadas, de orden y seguridad pública	8
12. Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)	8
13. Banco Central	8
14. Gobierno y Administración Interior del Estado.....	8
15. Reforma constitucional	8
Conclusiones.....	9

Antecedentes

En el marco de las actuales movilizaciones que se están produciendo en el país, distintas fuerzas políticas suscribieron un acuerdo para llamar a un plebiscito sobre la necesidad de cambiar la actual Constitución Política que nos rige y sobre el eventual mecanismo constituyente. En otras palabras, se ha dado inicio a lo que podríamos entender como un “proceso constituyente” inédito en la historia nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la idea de cambiar completamente la Constitución, ha estado presente desde hace varios años. La propuesta más avanzada en ese sentido fue realizada por el gobierno de Michelle Bachelet, que no sólo generó un proceso de debate constitucional a través de cabildos ciudadanos, que luego fue recogido en un informe¹, sino que, además, ingresó al Congreso su propia propuesta de nueva Constitución². A pesar de que no hubo mayor tramitación de esta iniciativa legislativa, es importante analizar las ideas que allí se propusieron, precisamente con el fin de alimentar el debate sobre la nueva Constitución.

Para ello, esta minuta se referirá a los principales cambios introducidos por dicha propuesta en cada capítulo de la Constitución y aventurará una conclusión general sobre ella.

1. Bases de la institucionalidad

El principal cambio consiste en la definición de la república de Chile como un “Estado de Derecho democrático y social” (art. 2). El aspecto más innovador consiste en el adjetivo “social”, que puede ser entendido como un principio político que deberá orientar en adelante la acción del Estado. Esto se ve complementado por los cambios introducidos al capítulo sobre derechos y garantías.

Otro cambio importante es el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas (art. 4), un antiguo reclamo de los ciudadanos pertenecientes a estos pueblos, que además se refleja en la definición de una cuota de representación parlamentaria (art. 5).

2. Nacionalidad y ciudadanía

Sin duda aquí hay una reestructuración importante. Así, se consideran hipótesis de obtención de nacionalidad que en la actual Constitución no se establecen. Pero lo más importante es la ampliación del concepto de ciudadanía, eliminándose la exclusión de

¹ Véase: Consejo de Ciudadanos Observadores del Proceso Constituyente, Informe final sobre el proceso de participación y diálogos constitucionales a que convocó el Gobierno de Chile durante 2016. Véase: <https://www.unaconstitucionparachile.cl/Informe-Final-CCO-16-de-enero-de-2017.pdf>

² Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República (Boletín N° 11.617-07). Ingresado el 6 de marzo de 2018 al Senado.

quienes se encuentren condenados a pena aflictiva. Esto implica, a su vez, una ampliación considerable del derecho a sufragio, ya que las personas privadas de libertad podrían votar en las elecciones periódicas.

Por otra parte, en el artículo 15 se introduce una modificación pequeña pero sustantiva: la posibilidad de disponer el llamado a un plebiscito por ley orgánica constitucional.

3. De los derechos fundamentales, garantías y deberes constitucionales

Es otro capítulo con cambios profundos. En primer lugar, se establece una garantía general de protección de los derechos fundamentales por parte del Estado (art. 19, inc. 1º). Esto tiene su correlato en el artículo 20, que modifica la actual acción de protección, que actualmente excluye a los derechos sociales. La nueva acción de protección, por el contrario, abarcará a todos los derechos, incluidos los derechos sociales.

Asimismo, se introducen diversas modificaciones a casi todos los derechos ya establecidos. Por ejemplo, respecto del derecho a la vida (art. 19, N° 1) se elimina la protección a la "vida del que está por nacer", que fue esgrimida por mucho tiempo para justificar la penalización absoluta del aborto, y se elimina la posibilidad de reponer la pena de muerte a través de una ley de quórum calificado. Se puede apreciar otro cambio interesante en el derecho de igualdad ante la ley (art. 19, N° 4), donde se replican las llamadas "categorías sospechosas"³ establecidas en la llamada Ley Zamudio. Asimismo, se reformula el actual derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos, aclarando que dicha igual protección jurídica es frente a la investigación y enjuiciamiento del Estado (art. 19, N° 6), e incorporando dentro de este marco un nuevo derecho fundamental: *el derecho de acceso a la justicia*. En cuanto al respeto y protección a la vida privada, el proyecto incorpora también la protección de los datos personales (art. 19, N° 7).

Por otro lado, se introducen importantes cambios en los derechos sociales. Así, se incorporan garantías para reforzar el derecho a la salud (art. 19, N° 13) y a la educación (art. 19, N° 14), añadiéndose a este último el aseguramiento de la gratuidad de la educación superior. Además, se reemplaza la libertad de trabajo por el derecho al trabajo y a la protección jurídica de su ejercicio (art. 19, N° 23), incorporando la igualdad salarial entre hombres y mujeres, y se incorpora en el derecho a la seguridad social la libertad de elegir un sistema de pensiones estatal (art. 19, N° 25).

Finalmente, se añaden los siguientes derechos nuevos:

i) *Derecho a la personalidad* (art. 19, N° 2): se trata de un derecho general a la libertad, tal como se ha consagrado en otras constituciones, como la alemana o la colombiana.

³ Es decir, aquellas características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos, y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación arbitraria. Véase: DÍAZ DE VALDÉS, José. "Las categorías sospechosas en el derecho chileno", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 50.

ii) *Derecho de los niños, niñas y adolescentes al respeto de su integridad y desarrollo moral, físico, psíquico y sexual, y a ser tratados de acuerdo a su grado de madurez y autonomía progresiva en los asuntos que les afecten* (art. 19, N° 3): se trata de una antigua deuda del Estado de Chile respecto de sus niños, niñas y adolescentes, en línea con la Convención sobre Derechos del Niño y su desarrollo en instrumentos internacionales.

iii) *Igualdad de hombres y mujeres ante la ley* (art. 19, N° 5): se le da a esta igualdad un carácter autónomo (actualmente se encuentra subsumido en el derecho a la igualdad ante la ley), asignando al Estado la obligación de adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para eliminar toda discriminación que la afecte.

iv) *El derecho a vivir en una vivienda dotada de las condiciones materiales y del acceso a los servicios básicos* (art. 19, N° 12): se trata de un nuevo derecho social que es consistente con el principio del Estado social establecido en el artículo 2.

v) *El derecho de las personas a informarse libremente y al acceso a la información disponible de los órganos públicos* (art. 19, N° 17): explicita el derecho a la información pública que actualmente se desprende del art. 8° (principio de publicidad).

vi) *El derecho a la participación en los asuntos públicos, directamente, en las asociaciones o a través de sus representantes en conformidad al ordenamiento jurídico* (art. 19, N° 18): es un derecho que actualmente se desprende del art. 1 (participar con igualdad de condiciones en la vida social) y de la ley N° 20.500. Con esto se aclara cualquier duda y se eleva la importancia de las leyes que aseguran la participación ciudadana en la gestión pública.

vii) *Los derechos culturales y lingüísticos de los pueblos indígenas y el derecho a su patrimonio cultural, material e inmaterial de conformidad a la ley* (art. 19, N° 32): este derecho es coherente con la inclusión de los pueblos indígenas en las bases de la institucionalidad. Pero además presenta una importante innovación, porque se trata de la primera vez que se incorpora un *derecho colectivo* en la Constitución.

A lo anterior hay que añadir una importante modificación: se elimina el artículo que impedía que los dirigentes sociales pudieran optar a cargos directivos en los partidos políticos.

4. Gobierno

Como comentario preliminar, hay que indicar lo que *no* hace la reforma en comento: no modifica el sistema presidencialista. Por tanto, las modificaciones introducidas son a aspectos específicos de lo que se ha venido a calificar como "hiper presidencialismo" chileno. Estas modificaciones se presentan, principalmente, en el capítulo V, sobre el Congreso Nacional. En cuanto a la figura misma del Presidente y sus Ministros, no se evidencian muchos cambios significativos, sin perjuicio de lo cual podríamos destacar algunos.

En primer lugar, en el artículo 24, se sube la edad para ser Presidente a 40 años (actualmente el requisito es de 35 años). Sin embargo, no queda clara la razón para ello. Por otra parte, aumenta el período presidencial a seis años sin reelección.

En segundo lugar, se incorpora una nueva atribución presidencial para solicitar la destitución de diputados o senadores (art. 31, N° 14). Se trata de una medida problemática, por cuanto puede implicar una intrusión indebida en otro poder del Estado (vulnerando, así, la separación de poderes en un contexto donde ya existe un desequilibrio a favor del Poder Ejecutivo).

Finalmente, en las bases generales de la Administración del Estado (art. 38), se constitucionaliza la responsabilidad por falta de servicio (que hasta ahora es un concepto elaborado por la doctrina nacional e incorporado por gran parte de la jurisprudencia).

5. Congreso Nacional

Primero, se establece un límite a la reelección, señalándose que los parlamentarios podrán ser reelegidos en sus cargos hasta por dos veces (art. 51). Además, se elimina la designación de vacantes de diputados y senadores por parte del partido político (volviéndose al sistema de elecciones complementarias de la Constitución de 1925). Esto puede ser visto como una medida democratizadora, ya que deja en manos del electorado la definición del reemplazante.

En el artículo 52, 2), c), que establece las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, se incorporan nuevos órganos acusables constitucionalmente: miembros del Tribunal Constitucional, el Fiscal Nacional, el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, el Presidente del Banco Central y el Presidente del Servicio Electoral. También permite acusar al Director General y prefectos generales y prefectos inspectores de las fuerzas de orden.

En cuanto a las atribuciones del Senado, se incorpora un cambio interesante. Cada vez que la Constitución establece que el nombramiento de un alto directivo de un órgano autónomo se lleve a cabo con acuerdo del Senado, se añade la obligación de dicho candidato de realizar una exposición frente a dicha Cámara. Esto permite transparentar el proceso de nombramiento.

Otra modificación sustantiva es que se elimina la incompatibilidad entre el cargo de dirigente gremial o vecinal y el cargo de parlamentario, con lo que se vuelve también a la redacción de la Constitución de 1925 (art. 57).

También debemos destacar -lo que podríamos denominar- la intención democratizadora del proyecto de reforma, ya que se introducen mecanismos de democracia participativa. Así, en cuanto a la formación de la ley, se incorpora la iniciativa popular de ley (art. 66, inc. 2°), permitiendo que un 5% de los ciudadanos puedan presentar iniciativas de ley en el Congreso. Con todo, habría que analizar si este porcentaje no es excesivamente alto (tal vez podría considerarse un número determinado de firmas, como en el caso de la formación de partidos políticos). Por otra parte, cabe destacar que se introduce el derecho de toda persona a participar en el debate legislativo (art. 69, inciso final), con acuerdo de la Cámara respectiva, lo que refuerza la necesidad de ensanchar la participación ciudadana en todos los ámbitos del Estado.

Otro cambio importante en este ámbito es la reducción de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente (art. 66). En particular, se eliminan los actuales numerales 5° y 6°, referidos a la negociación colectiva y la seguridad social, respectivamente. Con esto se le da más "juego" al Congreso en estas materias.

Finalmente, la gran modificación de este capítulo es la modificación de los quórum. Se elimina la categoría de ley de quórum calificado (mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio) y reduce el quórum de las leyes orgánicas constitucionales (art. 67). Así, las leyes orgánicas constitucionales pasan a tener un quórum de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio y el resto de las leyes pasan a ser de mayoría simple. Si a esto sumamos que el artículo 130 referido a la reforma constitucional establece un quórum único de modificación de la carta fundamental de 3/5 (eliminando los 2/3 que actualmente se requieren para ciertas materias), vemos que hay un avance decidido en la eliminación de lo que algunos autores han denominado "cerrojos constitucionales"⁴.

6. La jurisdicción

Se pasa de una definición orgánica –el Poder Judicial– a una definición funcional, la jurisdicción, lo cual tiene mayor coherencia desde el punto de vista jurídico. Con todo, el capítulo no incluye modificaciones muy profundas. El cambio más sustantivo es la regulación vía ley orgánica constitucional de aquellas materias que los tribunales superiores de justicia podrán regular mediante auto acordados (art. 78, inc. 1°, reforzado por el art. 83, inc. 1°).

7. Ministerio Público

Aquí se introducen modificaciones menores. Lo más relevante es que se establecen resguardos para que el Ministerio Público respete derechos fundamentales (art. 84, inc. 1°) y se le entrega constitucionalmente la facultad de impartir órdenes a las fuerzas de orden y seguridad (art. 84, inc. 3°).

8. Tribunal Constitucional

Este capítulo presenta modificaciones importantes. En primer lugar, se cambia todo el mecanismo de designación. Se establece un mecanismo único donde participan todos los poderes del Estado: la Corte Suprema define terna a partir de un concurso público, el Presidente propone un candidato de dicha terna a cada una de las Cámaras, para que lo aprueben por 2/3 de sus miembros en ejercicio (art. 93, inc. 2°).

En segundo lugar, se modifican sus atribuciones. Así, si bien se mantiene el control preventivo (art. 94, N° 1), la reforma eleva el quórum para declarar un proyecto de ley como inconstitucional, obligando a que exista un consenso amplio (4/5 de sus integrantes). Así, se genera automáticamente una suerte de "deferencia" hacia el órgano democrático. Por otra parte, se elimina otro tipo de control preventivo, que era la resolución de conflictos sobre constitucionalidad de un proyecto de ley durante su

⁴ Por todos: ATRIA, Fernando. *La constitución tramposa*, LOM, Santiago, 2013, p. 44 y ss.

tramitación (actual art. 93, N° 3). Finalmente, se le otorga la atribución, como ya se adelantó, de resolver la nueva acción de protección establecida en el artículo 20.

9. Servicio Electoral y justicia electoral

No hay modificaciones sustantivas.

10. Contraloría General de la República

No hay modificaciones sustantivas.

11. Fuerzas armadas, de orden y seguridad pública

No hay modificaciones sustantivas.

12. Consejo de Seguridad Nacional (COSENA)

Se incorpora a la Policía de Investigaciones –lo cual es extraño, considerando que su objeto es la seguridad nacional y no el control del orden público- y limita los temas a los cuales pueden referirse sus miembros.

13. Banco Central

No hay modificaciones sustantivas.

14. Gobierno y Administración Interior del Estado

No hay modificaciones sustantivas.

15. Reforma constitucional

Como se adelantó, se eliminan quórums de 2/3 para reforma, unificándolos en 3/5. Asimismo, se eliminan ciertas trabas para el llamado a plebiscito, de forma coherente con la modificación del artículo 15, que amplía la hipótesis del plebiscito.

Finalmente, se incorpora un nuevo artículo que establece la posibilidad de convocar a una Convención Constitucional para elaborar una nueva Constitución por 2/3 de diputados y senadores en ejercicio, con plebiscito ratificatorio y voto obligatorio.

Conclusión

El cambio más importante introducido por este proyecto de reforma constitucional es la configuración de un **Estado de Derecho democrático y social**. En particular, es necesario destacar este último adjetivo, que no sólo se articula como nuevo principio fundacional del Estado, sino que se materializa i) en la ampliación de los actuales derechos sociales consagrados por la Carta Fundamental; ii) en la incorporación de nuevos derechos, como el derecho a la vivienda; y iii) la construcción de una verdadera garantía de los derechos fundamentales: una nueva acción de protección que abarca a todos los derechos consagrados en el artículo 19, sin las excepciones que existen en la actual Constitución.

Asimismo, debemos destacar la **inclusión de los pueblos indígenas** en el marco de la soberanía nacional. Obviamente, es una inclusión que no va a satisfacer a quienes promueven la configuración de un Estado plurinacional o con autonomías al estilo español, pero al menos implica i) un reconocimiento a dichos pueblos y ii) puede significar eventuales modificaciones más radicales, sobre todo a partir de la incorporación de los derechos culturales de dichos pueblos, es decir, de sus derechos colectivos.

Un tercer elemento destacable es la **eliminación de los llamados "cerrojos constitucionales"**. En particular, se modifica todo el sistema de quórums, estableciéndose un sistema mucho más coherente y en línea con la experiencia comparada, y se disminuyen las atribuciones del Tribunal Constitucional respecto del control preventivo de los proyectos de ley, estableciéndose un equilibrio con la debida "deferencia" hacia el órgano legislativo y las instituciones democráticas.

En línea con lo anterior, destaca -lo que podríamos denominar como- un **principio democratizador** en la nueva Carta Fundamental. En particular, a través de la consagración del plebiscito como una herramienta más usual para la toma de decisiones y la adición de la iniciativa popular de ley. Asimismo, destaca el establecimiento de una nueva forma de modificación constitucional: la Convención Constitucional, cuando así lo decidan 2/3 de los diputados y senadores en ejercicio.

Ahora bien, respecto del régimen de gobierno, se debe señalar que no se aprecian modificaciones sustantivas. Así, el viejo modelo hiper presidencialista no es modificado, sin perjuicio de lo cual se introducen ciertas atenuaciones, que permitirán un **mayor desarrollo de las funciones parlamentarias**. Con esto probablemente se haya buscado generar un mayor equilibrio entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, pero manteniendo la preponderancia del primero.

En definitiva, se trata de un proyecto de reforma interesante, que podría servir de insumo para la actual discusión constituyente.