

## ENMIENDAS A CORTE CONSTITUCIONAL

- **CARACTERÍSTICAS DE LAS REFORMAS.**

El anteproyecto contiene 6 artículos que delinean la nueva estructura institucional, funcional y organizativa de la Corte Constitucional introduciendo significativos cambios al Tribunal Constitucional vigente.

Esas novedades importan:

1. Un nuevo organismo continuador del vigente Tribunal Constitucional (38ª transitoria).
2. Una reformulación de sus integrantes de 10 a 9 a objeto de resolver el tema del voto dirimente.
3. Un nuevo procedimiento de selección de Ministros, bajo una modalidad secuenciada de intervención de los tres poderes del Estado con la configuración de una quina por la Corte Suprema, un binomio por el Presidente de la República y el designado.
4. Nuevas competencias: controles formales durante la tramitación de leyes, función consultiva, control preventivo de forma y contiendas de competencia territorial, junto a una continuidad relativa de las otras competencias vigentes.
5. Nueva asignación de conocimiento de atribuciones al incrementarse los asuntos que define una Sala.
6. Nuevos efectos al introducir una modulación de la inconstitucionalidad de la ley otorgándole un plazo de 90 días al Congreso Nacional para subsanar el vicio declarado.

No vamos a describir la continuidad pero se fortalece la noción de ser una Corte dedicada a la tramitación de las inaplicabilidades y sin competencias en materia de garantías de derechos. Asimismo, se reduce la dimensión de un órgano fuerte de control de constitucionalidad introduciéndole mecanismos de deliberación ex post del Congreso a una inconstitucionalidad de la ley.

- **PROBLEMAS PLANTEADOS.**

**El alto precio de la eliminación del control preventivo y obligatorio.** Al cambiar el cuestionado control preventivo de proyectos de ley (sea facultativo y obligatorio) se propusieron mecanismos compensatorios de esa eliminación (control de vicios intralegislativos, de iniciativa exclusiva del Presidente y función consultiva). Estos instrumentos incrementan los problemas **porque introduce a la Corte Constitucional en todo el procedimiento de formación de la ley sin límite alguno** escalando institucionalmente conflictos interpretativos de ley o puramente reglamentarios fuera del Congreso.

El anteproyecto contiene mecanismos que evitan un uso abusivo de estos controles en la relación al quórum exigente para aprobarlos [2/3 de sus miembros en el literal a) del art. 169]. Sin embargo, al diferenciar quórum con mayorías simples para declarar la inconstitucionalidad contribuye a facilitar mecanismos de amplia litigación constitucional de asuntos políticos, legales y reglamentarios de formación de la ley en el Congreso Nacional [literal b9 y c) del art. 169].

En cuanto a las propuestas aparecen los siguientes elementos complejos en ese vínculo.

1. **Control indefinible de vicios.** El control de la Corte de un proyecto de ley se extiende, según el art. 169 a), a:

“las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)”.

No se trata de infracciones a **procedimientos constitucionales** (quórum de leyes institucionales, ausencia de informe de organismos técnicos en la Ley de Presupuestos en el art. 82.4 u oír a la Corte Suprema y otro organismos autónomos judiciales del artículo 156.4). Aquí se extiende a la multiplicidad de **conflictos legales o reglamentarios** de formación de la ley al aludir a **conflictos “en la ley institucional del Congreso Nacional”**. Adicionalmente, no se pone en el escenario completamente plausible de **vicios subsanables interna corporis**. El recurso a la Corte es de **ultima ratio** y debería ser descartado para resolver conflictos sencillos como ausencia de informes u otros y además no se condice con el efecto de este control que es declarar la “inconstitucionalidad” de las disposiciones (art. 170.2 del anteproyecto).

Adicionalmente, la noción de **infracciones (...) de competencia** es la puerta de entrada a vicios materiales y no formales. Puede llevar a cuestionar si existe poder de innovar normativamente atribuyéndole competencias a un órgano, sobre todo, si no se considera en la Constitución la creación de tribunales contencioso- administrativos (ej. Caso de Ley de Sernac).

#### **PROPUESTA 1: Eliminar el control de vicios legales y de competencia.**

Para modificar en el artículo 169 a) la expresión: “las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)” por **“las cuestiones por infracciones insubsanables de procedimiento establecidas en la Constitución”**.

## **2. El vicio por iniciativa exclusiva del Presidente de la República.**

Una de las manifestaciones de la **indefinición de los vicios competenciales** es que aparentemente uno de ellos (los asuntos sobre los cuáles se puede promover una iniciativa de ley) no tenía cabida dentro del numeral anterior.

El art. 169 b) dispone como atribución de la Corte Constitucional el:

“b) Resolver si una determinada moción o indicación a un proyecto de ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La cuestión podrá ser planteada por una tercera parte de los diputados o senadores en ejercicio.”

Dos problemas resultan evidentes. Uno procesal, ¿por qué no puede plantear la defensa de su iniciativa el Presidente de la República? Lo que deriva en el segundo problema que es político. Las mociones que alcanzan una iniciativa exclusiva del Presidente es una práctica parlamentaria en busca de apoyo. En los hechos, es **politizar la Corte a favor del Presidente sin que éste intervenga**.

### **PROPUESTA 2: Eliminar el control de vicio de competencia.**

Para **suprimir el literal b) del artículo 169**.

3. **Función consultiva.** Se trata de establecer una función que indaga sobre “las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional”, según lo propone el **art. 169 c)**. Es una **mala idea por tres razones**. Primero, porque **debilita el sentido de garantizar la supremacía constitucional**. Carece de poder vinculante su interpretación. Segundo, porque se **presta para manipulaciones durante la tramitación de la ley** (consultas varias) y posteriormente para **inhabilitar posiciones de magistrados**. Tercero, porque la evidencia en derecho comparado es mínima.

No obstante, sí hay una cuestión diferente con los tratados internacionales que merece ser analizado aparte.

### **PROPUESTA 3: Eliminar la función consultiva de la Corte Constitucional.**

Para **suprimir el literal c) del artículo 169**.

4. **Control preventivo y obligatorio de tratados internacionales.** Se trata de un asunto donde sí corresponde realizar un control preventivo porque se trata de cuestiones sin posible solución posterior, debido al cumplimiento de buena fe y al principio de responsabilidad internacional. Recordar que sus disposiciones sólo podrán ser

derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

A diferencia de los vicios de un proyecto de ley que tiene herramientas institucionales internas, en el caso de los tratados internacionales se está frente a una fuente de derecho con lógicas diferenciadas, con lo cual hay que enfatizar en el mejor de las incorporaciones al derecho interno.

#### **PROPUESTA 4: Agregar el control preventivo de los tratados internacionales.**

**Para agregar el siguiente precepto:**

“Ejercer el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado internacional antes de su ratificación por el Congreso Nacional”.

5. **Inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos.** Si uno de los objetivos del anteproyecto es fortalecer a los partidos políticos no parece razonable someter el examen de los “objetivos, actos o conductas” que “no respeten los principios básicos del régimen democrático”, y de “aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella”, queden entregado a una sala de la Corte Constitucional. La democracia no es un asunto de menor cuantía constitucional.

#### **PROPUESTA 5: Someter el control de inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos al pleno de la Corte Constitucional.**

En el art. 168.2 para **sustituir** después del literal h) la expresión: “y k)” por “**,k) y n)**”.

6. **Modulación de efectos y plazos de saneamiento de inconstitucionalidad de la ley.** Una de las buenas decisiones del anteproyecto es establecer una modalidad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes bajo un formato dialógico con el Congreso Nacional. Las declaraciones unilaterales de inconstitucionalidad vuelven fuertes a la Corte Constitucional pero no necesariamente efectivas (Ej. Caso de tabla de factores de Ley de Isapres y casi 13 años sin resolverse). Lo relevante es resolver la inconstitucionalidad y para ello se le otorga un **plazo muy reducido de 90 días bajo la norma de suspensión del efecto derogatorio** y si no hay solución en el Congreso Nacional se publica la sentencia y se deroga el precepto.

Parece razonable ampliar ese plazo porque en los ordenamientos constitucionales que tienen esta modulación de efectos el plazo es significativamente mayor (5 años en el caso de Canadá) y porque el debate central es si se clausura completamente o no la atribución de los Congresos de dictar leyes similares a aquellas que ya fueron declaradas inconstitucionales. Por lo mismo, parece razonable ampliar el plazo hasta un año.

**PROPUESTA 6: Ampliar plazo de saneamiento de la inconstitucionalidad de la ley.**

En el artículo 170.5 para reemplazar la expresión “**noventa días**” por “**un año**”.

**MINUTA SOBRE EL REQUERIMIENTO CONTRA EL DS 12 CIENCIAS  
COMISIÓN SOBRE LA DESINFORMACIÓN**

**I.- RESUMEN DEL REQUERIMIENTO.**

- 1. INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL:** Vulneración formal por afectar tres reservas legales: a) abusos (19.12.1), b) estatuto de la libertad de información y opinión (19.12) y límites de dd. ff. (19.26).
- 2. ACTO OBJETO DEL REQUERIMIENTO:** El DS 12/2023 del Ministerio de Ciencias que “Crea la Comisión Asesora Ministerial del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, denominada “Comisión asesora contra la desinformación”.
- 3. ARGUMENTACIÓN CENTRAL:** Infracción competencial de ley por esta es una materia que debió ser regulada por ley. ¿Por qué ley? ¿Dónde está la competencia?

**3.1.- Porque la desinformación es un abuso contra la libertad de información y es la ley la que debe regular esos abusos.** (“La Constitución asegura a todas las personas (...): 12º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, **sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley**, la que deberá ser de quórum calificado.)

**3.2.- Porque del ejercicio de los 5 mandatos de reservas legales del 19.12 ninguno se ha ejercido sobre la desinformación.** En cambio, la Comisión Asesora es solo un supuesto porque detrás de sus funciones consultivas se generará un efecto inhibitorio o disuasivo de la libre expresión de ideas ya que el objeto central es calificar “la veracidad o falsedad de cierta información”.

**3.3.- Por la reserva legal para regular, limitar o complementar los derechos (“las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autorice”:** art. 19 Nº 26 CPR)

**3.4.- Derecho comparado:** estas comisiones en otros países han sido cuestionadas.

- 4. OBJETIVO DEL REQUERIMIENTO:** Lograr la declaración de inconstitucionalidad de todo el DS 12/2023.

**II.- ESTRUCTURA DEL DS Nº 12/2023.**

**OBJETIVO:** Es una Comisión “de carácter temporal, la que tendrá una composición académica y de profesionales, cuyo objeto será asesorar al Ministro o Ministra de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y al Ministro o Ministra

Secretario(a) General de Gobierno, en adelante "Segegob", en los aspectos que permitan analizar el fenómeno global de la desinformación y su manifestación a nivel local en Chile."

**MATERIAS:** "a) Impacto de la desinformación en la calidad de la democracia. b) Educación y desinformación: alfabetización digital. c) Desinformación en plataformas digitales. d) Buenas prácticas internacionales/experiencia comparada. e) Políticas públicas y desinformación."

#### **FUNCIONES:**

"a) **Recomendar** a los Ministros o Ministras de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y Secretaría General de Gobierno, **las medidas y/o elementos que contribuyan al desarrollo de la política pública sobre la base del análisis** de los distintos conocimientos asociados a la relación entre la desinformación y el debilitamiento de la democracia.

b) **Asesorar técnicamente** la participación del Ministerio Secretaría General de Gobierno en el **Hub de Desinformación de la OCDE y en las instancias internacionales relevantes para la temática de la desinformación y su impacto en la democracia**. Sin perjuicio de las atribuciones que le corresponda ejercer al Ministerio de Relaciones Exteriores.

c) **Elaborar informes de actividades que contengan las propuestas o conclusiones** que surjan en el marco de su funcionamiento, **proponer recomendaciones y resolver consultas sobre las temáticas señaladas, previamente formuladas por parte de Segegob y/o del Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.**

**"Las funciones antes señaladas son de naturaleza consultiva y en ningún caso pueden importar el desarrollo de acciones de carácter ejecutivo por parte de la Comisión Asesora."**

**INTEGRACIÓN:** 9 miembros desde Ues 5 y desde sociedad civil 4, nombrados bajo el siguiente procedimiento: "La designación de los integrantes se realizará mediante los actos administrativos respectivos, correspondiendo a la Ministra o Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación designar los nueve integrantes, previa consulta a la Ministra o Ministro Secretaria(o) General de Gobierno."

**ESTATUTO:** Los y las integrantes de la Comisión ejercerán sus funciones ad-honorem y su desempeño no implicará la creación de un cargo público. Durarán en sus cargos un año, pudiendo ser designados(as) por nuevos períodos de manera sucesiva.

**TAREAS:** La Comisión deberá evacuar los siguientes informes de actividades, a efectos de ser remitidos a la presidenta o presidente de la Comisión, en las fechas que a continuación se indican:

a) Informe I. 28 de agosto de 2023. **Sobre el estado del arte a nivel local y/o global sobre el fenómeno de la desinformación, experiencia local (cómo funciona en Chile) y comparada.**

b) Informe II. 27 de noviembre de 2023. **Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales.**

### III.- PARALELO ARGUMENTATIVO A FAVOR Y EN CONTRA.

#### ASUNTO 1: ADMISIBILIDAD DEL REQUERIMIENTO.

**ADMISIBLE:** Dos razones. Primero, si bien se puede declarar la inadmisibilidad cuando se funda en vicios de ilegalidad (art. 111.3 de la LOCTC) lo cierto es que este caso se orienta a un vicio de examen constitucional. Segundo, parece poco conveniente forzar en un caso como a éste sin examen alguno que se declare inadmisibile. Puede ser una declaración muy contraproducente. **Admisible.**

#### ASUNTO 2: VICIO FORMAL DE COMPETENCIA. MATERIA DE LEY.

Articula un aparente vicio formal pero le resulta insostenible mantener el argumento. Un vicio formal es de naturaleza sencilla: ¿tuvo informe previo? ¿cumplió el plazo? ¿alcanza la moción el mínimo requerido? O ¿cumplió con el quórum de aprobación?

En este caso debe responder **¿por qué es materia de ley?** Y se olvida de variados asuntos. El central que es el motivo del requerimiento: **¿por qué no se puede crear una Comisión asesora mediante un decreto supremo?**

No solo está la evidencia de múltiples comisiones asesoras mediante la misma vía, sino el modo en que está hecha **la referencia al artículo 32 Nº 6 de la Constitución** evidencia un examen de constitucionalidad completamente desequilibrado y no ponderado.

Los argumentos para sostener su tesis deben ir dirigidos a desvirtuar la reglamentación de una Comisión mediante decreto supremo y toma la decisión contraria: explicar el **principio de reserva legal.**

El propósito es indicarnos que se trata de una **reserva absoluta y calificada por quórum.**

Bajo la tesis dominante de este requerimiento variados Decretos no podrían haber nacido a la vida del derecho porque su objetivo era **establecer una verdad mediante una**



**comisión administrativa.**<sup>1</sup> Toda la actividad administrativa que ha permitido establecer la verdad en materia de violaciones a los derechos humanos en Chile se han sostenido en este tipo de Comisiones.

En esta materia, el mismo requerimiento nos cita la Comisión de Relatoría de la Libertad de Expresión del CIDH que nos indica

**“Si de antemano se impone la necesidad de informar únicamente la verdad, precisamente se niega la posibilidad de efectuar el debate necesario para conseguirla.** Paradójicamente, esta doctrina que considera que únicamente la verdad debe ser informada, al mismo tiempo elimina o dificulta el debate de ideas y opiniones que conducen a la búsqueda de la verdad”.

Justamente, los tribunales de justicia definieron una “verdad procesal” que era la “única verdad posible para el régimen militar” en materia de los “supuestos detenidos, etc. Etc.”. Esa verdad oficial impedía la posibilidad de conseguir la auténtica verdad de las violaciones.

Hay que tener una **pausa reflexiva sobre los argumentos.** Esta tesis hubiera vulnerado toda la indagación de la verdad de las violaciones a los derechos humanos por el solo hecho de buscar una verdad, “pese a la verdad procesal”.

En consecuencia, **no es vicio formal porque exige una compleja argumentación. Es un vicio de vulneración sustancial de la libertad de expresión.**

### **ASUNTO 3: SUPERA LA RESERVA LEGAL REGLAMENTARIA DE EJECUCIÓN.**

El requerimiento argumenta que el DS 12/2023 de Ciencias **no es parte del desarrollo de las competencias del propio Ministerio ni del Ministerio Secretaría General de Gobierno.** Y por lo mismo sostiene, que **no podría crearse ninguno de ellos que tenga por objeto un estudio de “la desinformación”.** Y cierra con la tesis administrativista que indica que “las comisiones asesoras del Poder Ejecutivo, la función asesora del consejo consultivo se ordena a las potestades del órgano que asesora, de modo tal que **no podría pronunciarse sobre aspectos ajenos a su competencia.**”

Sin embargo, el DS menciona dos argumentos legales de las competencias de los Ministerios respectivos a partir de los cuales se puede “ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, **sin perjuicio de la facultad de**

---

<sup>1</sup> DS 355 de 1990 del Ministerio de Justicia: Art. 1º: “Créase una Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación que tendrá como objeto contribuir al **esclarecimiento global de la verdad** sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años, (...).

dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;" (art. 32 N° 6 de la CPR).

- a) Una de las **funciones del Ministerio Secretaría General de Gobierno** es "identificar las **necesidades globales y específicas de comunicación** de las diferentes instancias gubernamentales y proponer a éstas las estrategias adecuadas para satisfacerlas;" (art. 2 literal f) de la Ley 19.032)
- b) Y dentro de las atribuciones del **Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación** establece que dicha Secretaría de Estado es la encargada de asesorar y colaborar con el Presidente o Presidenta de la República en el **diseño, formulación, coordinación, implementación y evaluación de las políticas, planes y programas destinados a fomentar y fortalecer la ciencia**, la tecnología y la innovación derivada de la investigación científico-tecnológica con el **propósito de contribuir al desarrollo, incrementando el patrimonio cultural, educativo, social y económico del país y** sus regiones, y propendiendo al bien común, al fortalecimiento de la identidad nacional y regional y a la sustentabilidad del medio ambiente (artículo 3° de la ley N° 21.105).

Cuestionar la naturaleza del alcance de ejecución de estas normas, respecto de la Comisión, es introducirnos directamente en un **conflicto de legalidad o en cuestiones de mérito respecto de la decisión misma, pero no de su fundamento legal**.

#### **ASUNTO 4: LA FUNCIÓN EJECUTIVA DE LA COMISIÓN.**

El requerimiento soslaya permanentemente que se trata de una Comisión ejecutiva aunque parezca asesora. Se apoya en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría para sostener lo evidente: **"que las comisiones asesoras no pueden ejercer potestades públicas**, pues ello corresponde exclusivamente a los órganos administrativos creados por la ley, conforme a lo dispuesto por los artículos 7° y 65, inciso 4°, numeral 2° de la Constitución".

**Y su convicción de que esta Comisión no ejerce funciones ejecutivas las transforma en una medición de efectos o consecuencias.** "¿producirán efecto esas **"conclusiones"** que serían solo recomendaciones? ¿Afectarán el ejercicio de las libertades de opinión e información o son inocuas, intrascendentes, irrelevantes? Este es un juicio constitucional que, como se verá, no admite dudas: **esas "conclusiones" oficiales impactan en el ejercicio de la libertad de opinión e información y la amenazan, pues pueden entorpecer, tanto dentro como fuera de la Administración del Estado, su libre despliegue.**"

Como vemos, reconoce que no tiene funciones ejecutivas y lo dice variadas veces a lo largo del requerimiento pero lo reformula mediante la lógica de los **efectos y consecuencias**.

**¿Cuál es el efecto de una recomendación? Primero, partiendo por lo que significa recomendar** (Aconsejar algo a alguien para bien suyo.), no se ve cómo pueda alterar, imponer, subordinar, impactar, inhibir o provocar actos de quién solicitó esa recomendación. Estas se toman o se dejan. La libertad de quién lo solicitó permanece incólume. Y, segundo, lo único que importa es si normativamente la **Comisión contiene dentro de sus atribuciones una innovación que altera el ordenamiento**. Innovar, cambiar una realidad es lo propio de una ley. Esta Comisión no tiene efecto ninguno en ese plano.

**Hay que simplemente recordar sus tareas: dos informes**

a) Informe I. 28 de agosto de 2023. **Sobre el estado del arte a nivel local y/o global sobre el fenómeno de la desinformación, experiencia local (cómo funciona en Chile) y comparada.**

b) Informe II. 27 de noviembre de 2023. **Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales.**

**No existe desarmonía entre las leyes invocadas y la potestad reglamentaria ejecutada y esa es la señal central de la innovación.** No resulta posible examinar este requerimiento sin entrar en un análisis del fondo de lo planteado. Si el requerimiento mismo no puede sostener la evidencia de ser un vicio formal es porque **la única forma de consolidar un supuesto vicio de inconstitucional es recurriendo a una interpretación sobre sus efectos y consecuencias a la propia libertad de información.**

Ello obliga a **responder en ese plano.**

## **ASUNTO 5: LA DESINFORMACIÓN COMO REGULACIÓN INHIBIDORA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.**

Entrar al fondo supone definir cuál es el vicio que le imputa el requerimiento a la Comisión y para ello **hay variadas estrategias confundidas todas en el texto.**

**Primera hipótesis, la desinformación interviene en la calificación de las opiniones como verdaderas o falsas.**

**Segunda hipótesis, la desinformación es un medio indirecto de violación de la libertad de expresión como un régimen de censura previa.**

**Tercera hipótesis, la desinformación está en la base de la configuración de un delito.**

**Cuarta hipótesis, la desinformación es un abuso de la libertad de expresión y hay que sancionarla como tal.**

Todas estas hipótesis están presentes a la vez en el requerimiento sin advertir que la desinformación en las **dos primeras operaría ex ante o durante la opinión o información** afectando su esencia diría el requerimiento

“La infracción al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión al convocar a una Comisión, al amparo del poder político, **cuyas funciones suponen calificar la veracidad o falsedad de ciertas opiniones o ideas**, determinado el ejercicio abusivo de la libertad de expresión. Lo anterior produce razonablemente un potencial efecto inhibitor en la libre circulación de ideas, **infringiendo la prohibición de censura previa que prescribe el artículo 19 N°12 de la CPR**, y menoscabando el derecho a recibir información garantizado en dicha norma.” (fs. 59 del requerimiento).

Y las otras dos hipótesis (delito o abuso), son una **consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión y operan ex post, bajo el régimen de hacerse responsables de las mismas una vez emitidas.**

**En consecuencia, la ausencia de rigor en el tratamiento de esta materia sorprende. La regulación de la desinformación tendría el don de la ubicuidad, obra ex ante y ex post a la vez, sería censura, baremo de la verdad, abuso y delito, todo al mismo tiempo.**

**Analicemos por separado.**

#### **ASUNTO 6: LA DESINFORMACIÓN COMO CENSURA.**

Si el conflicto es un vicio de reserva legal de la libertad de información habría que especificar cómo se produce. Lo primero, es verlo como censura siguiendo una de las hipótesis del requirente.

¿La Comisión como una modalidad de censura previa.? Basta escribirlo y coordinarlo con sus atribuciones para indicar que nada de eso es posible. Pero en la construcción de imágenes es “El Gran Hermano” y “1984” operando juntos. Pero no hay una modalidad de esa naturaleza y carece de sentido sobre abundar en explicaciones que no se corresponde con un control normativo.

#### **ASUNTO 7: LA DESINFORMACIÓN COMO MEDIO INDIRECTO DE VULNERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.**

La otra hipótesis ex ante es que la sola definición de la desinformación implicaría una afectación a de la libertad de información, primero a los funcionarios públicos bajo dependencia jerárquica, y después se extiende a la sociedad.

Quizás no hemos hecho una distinción central que el texto del requerimiento tampoco realiza. Los dos reportes de la Comisión son: 1) sobre el estado de la cuestión de la desinformación en Chile y en derecho comparado. Y 2) **Entrega de lineamientos y/o recomendaciones para la alfabetización digital y regulación de plataformas digitales.**

El primer texto es un libro o informe del estado del arte sobre este fenómeno. No se ve en principio, en nombre de la libertad de expresión el Estado directamente no pueda publicar ese mismo libro. En este caso, **sería un caso curioso donde el requerimiento de los senadores impondría una censura previa de un libro.**

El segundo informe, **no tiene por destinatario a los medios de comunicaciones ni la industria directa o indirecta de la información.** Su enfoque es ciudadano y está centrado en la **alfabetización digital y las plataformas digitales**, lo que se orienta a un ámbito más cercano a las **redes sociales y a los mecanismos naturales de desarrollo de la desinformación.**

**Es que eso es el fenómeno que ha llevado a muchos a tener una preocupación pública sobre la desinformación son los efectos de las redes sociales, su manipulación, las plataformas tecnológicas y los mecanismos que permiten estrechar el pluralismo y radicalizar las democracias.**

Aquí es donde el avance tecnológico importa por la masificación de su uso. Esto es un fenómeno real, donde antes de verificar siquiera sus consecuencias hay que identificar cuál es el alcance del fenómeno por el bien de la propia democracia. **(HERNANDO MASDEU, Javier (2022), “Partidos políticos y desinformación. ¿Pueden los gobiernos defender la verdad?”, Visual Review)** y donde sigue resonando la pregunta de algunos articulistas **(BORN, Kelly (2021), “Can Digital Disinformation Be Disarmed?”, Project-Syndicate).**

Normativamente, el requerimiento ni por asomo nos verifica cómo una Comisión sin potestad ejecutiva alguna, que le otorga herramientas a los Ministerios con competencias en la materia, precisa recomendaciones sobre las cuales la Comisión no tiene ninguna aptitud vinculante. Y, por otra parte, ¿puede el Estado permanecer inerte frente a riesgos que se le planteen desde las plataformas digitales sin que pueda estudiar el fenómeno?

## **ASUNTO 8: LA DESINFORMACIÓN COMO DELITO.**

Entiendo que resulta imposible de sostener el vicio por sencillas razones.

**Estudiar la desinformación no es “regular la libertad de información”, ni establecer un límite de la misma considerado como “delito”. Toda la referencia hecha por el requerimiento al caso del “delito de negacionismo” (STC 9529) olvida la doble tipicidad legal: la propia del delito (art. 19 N° 3 inc. 8° y 9°) y aquella que es cualificada por la propia Constitución en los delitos por los cuales se debe responder en el ejercicio de la**

información, el que exige una ley de quórum calificado (art. 19 N° 12 inc. 1º). Eso es **legalidad total** y nada hay en el DS que conduzca a la imposición de una sanción penal.

Y como eso es conocido por el requirente, busca desordenar, implicar al TC con sus precedentes y seleccionar lo que le sirve sin rigor alguno. No hay vulneración posible en este caso como “delito”. Cuestión distinta es el examen del “abuso”.

#### **ASUNTO 9: LA DESINFORMACIÓN COMO “ABUSO”.**

La última hipótesis sería entender que la Desinformación es un abuso. Tomando una definición de la Unión Europea como “información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para inducir a error deliberadamente a la población y que puede causar un perjuicio público” (Hernando, 2022), parece claro que el fenómeno colinda con los riesgos en el establecimiento de límites normativos.

Parece claro que la imposición de delitos configura una disciplina propia sometida a una fuerte relación con el principio de legalidad que parece difícil sortear. Sin embargo, qué pasa si se considera como un “abuso”, esto es, como aquel ámbito no penal que impone limitaciones a las libertades de opinión e información.

Como lo sostiene el requerimiento: el DS sería inconstitucional porque permitiría “juzgar el medio por el cual el Presidente creó una comisión y un procedimiento **destinado a crear estándares o parámetros de abusos de este derecho**”.

Lo anterior, si bien nos remite nuevamente a las competencias de la Comisión parece interesante la afirmación hecha por el requerimiento que podemos transformar en pregunta: **¿ el documento de recomendaciones de la Comisión puede crear estándares o parámetros de abuso de estas libertades ?**

La respuesta no tiene una certeza total. **Podemos que responder que no y el alcance del documento estaría referido a su específico ámbito: el de las plataformas digitales**, lo que obligaría a un examen de variados derechos, ya no de información sino que derechos digitales. Esa cuestión podría remitirnos al art- 19 N° 4 de la Constitución.

Y también se puede responder **que sí. Y el texto desarrollar estándares o criterios normativos que tienen un potencial efecto sobre derechos.**

Pero aún así no sería inconstitucional por las siguientes razones.

- a) Porque no cualquier regulación es abuso, sino que es aquella conducente a un régimen no penal de responsabilidad (civil, pecuniario, administrativo, etc.) Y ninguna de estas cuestiones las puede normar la Comisión.

- b) Segundo, porque si se estableciera ese listado es indudable que la dimensión normativa de las mismas exigiría reserva de ley.
- c) Porque, por último, no es vinculante y porque no entra en la dimensión sustantiva de señalar qué es verdad y qué no lo es.

#### **IV.- SÍNTESIS: EL REQUERIMIENTO DEBE RECHAZARSE Y EL DS ES CONSTITUCIONAL.**

En un ejercicio puramente sintético corresponde lo siguiente:

1. El requerimiento debe declararse admisible y no pedir su inadmisibilidad como conflicto de legalidad.
2. El requerimiento cree que va por vicio formal pero rápidamente recurre a una argumentación sustantiva.
3. El DS 12/2023 está sostenido técnicamente en las leyes 19.032 y 21.105 y amparado en la ejecución de las normas 2º f) y 3º, respectivamente.
4. La Comisión es un órgano asesor, consultivo y sin potestades ejecutivas. Su relación con las leyes que desarrolla son de armonía y sin innovación.
5. El requerimiento entra al fondo intentando demostrar la inconstitucionalidad con retazos inconexos de argumentos aludiendo al potencial inhibitor de la libertad de expresión producida por la Comisión. La regulación de la desinformación tendría el don de la ubicuidad, obra ex ante y ex post a la vez, sería censura, baremo de la verdad, abuso y delito, todo al mismo tiempo.
6. La desinformación en el ámbito de la Comisión no tiene por competencia construir un régimen de censura previa.
7. La desinformación como medio indirecto de violación de las libertades no se corresponde las atribuciones, el mandato y las tareas de la Comisión asociadas a dos informes en torno a las plataformas digitales y derechos digitales, sin referirse a los medios de comunicación social.
8. La desinformación no es un delito ni la Comisión propone uno.
9. La desinformación como abuso podría llevar a desarrollar estándares que tuvieran un potencial efecto regulador del abuso pero todo ello es un mandato que debe ser completado por la ley.

## NOMBRAMIENTOS DEL SENADO DE DIVERSAS AUTORIDADES EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

### I. CARACTERÍSTICAS DE LOS NOMBRAMIENTOS EN EL SENADO.

El Senado tiene una significativa centralidad en el régimen de nombramientos de diversas autoridades constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico. El anteproyecto constitucional reformula algunos de esos nombramientos según se explica en el cuadro.

Organismo	C. vigente	Anteproyecto
Ministros de la Corte Suprema	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Fiscal Nacional del Ministerio Público	Decidido por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Decidido por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Ministros del Tribunal Constitucional/Corte Constitucional	<b>4 de 10</b> propuestos dos por ella misma y dos por la Cámara de Diputados, designados por las 2/3 del Senado.	Elige los <b>9 miembros</b> mediante el mismo procedimiento. Construcción de <b>quinas por la Corte Suprema</b> , selección de un <b>binomio por el Presidente de la República</b> y elección de <b>uno por el Senado</b> . <b>Norma por desacuerdo:</b> “Si por <b>segunda vez</b> ningún candidato reúne el quorum en el Senado, la Corte Suprema procederá a realizar un <b>sorteo entre los cuatro candidatos que hayan sido propuestos en binomios</b> por el Presidente de la República.
Consejo Directivo del Servicio Electoral	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.



	aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros.	
Contralor	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Consejo del Banco Central	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros, <b>según LOC BC.</b>	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Otros organismos judiciales		<b>Organismo de nombramientos judiciales. 2 miembros de 7 designados por el Senado mediante concurso público.</b>

## II. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS DESIGNACIONES.

Las cuestiones centrales que definen una designación en el Congreso, Parlamento o Asamblea legislativa tiene que ver con:

- 1. Requisitos:** El conjunto de elementos a veces está revestido de **requisitos objetivos** (edad, años de título, títulos específicos, etc.) y en otros matizada por requisitos **ponderables** (certificaciones, comprobaciones, etc.) o **evaluación subjetiva** (carrera destacada, trayectoria, trascendencia, etc.)

Requisitos	Ejemplos
Objetivos	<p><b>Austria:</b> No pueden ser miembros del TC, los que en los 5 años anteriores hayan ejercido los cargos de miembros del Gobierno Federal, de un Gobierno de un Land, parlamentario nacional o ante el Parlamento Europeo, o integrantes de éstos (art. 147.4 CA).</p> <p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Mayores de 35 y menores de 65 años (Art. 101 CBr).</p> <p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023.</b> 15 años de título de abogado (art. 167)</p> <p><b>Italia: TC.</b> Se elegirán entre los magistrados incluidos los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los catedráticos universitarios y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional (art. 135 CI).</p>

	<p><b>Lituania: TC.</b> Con título universitario de Derecho y que hayan estado al menos 10 años ejerciendo la abogacía o en tareas de investigación o enseñanza según su cualificación como juristas (art. 103 CL).</p> <p><b>Portugal: TC.</b> Se elegirán entre los jueces de los restantes tribunales (6) y 4 entre juristas. (art. 222 CP)</p> <p><b>República Checa:</b> Formación universitaria en materias legales y haya ejercido una profesión legal por un mínimo de 10 años (art. 82 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca: CC.</b> No menor de 40 años, licenciado en derecho con 15 años de experiencia en el ejercicio legal (art. 134 CRE).</p> <p><b>Serbia. TC.</b> Al menos con 40 años (art. 172 CS).</p>
Ponderables	<p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023. “Reconocida y comprobada</b> competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones”. (art. 167)</p>
Subjetivos	<p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Notable saber jurídico y reputación intachable. (Art. 101 CBr)</p> <p><b>Lituania: TC.</b> Impecable reputación (art. 103 CL).</p> <p><b>República Checa:</b> Tener una conducta intachable (art. 84 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca:</b> Buena reputación y cuya vida anterior y cualidades morales sean una garantía de que desempeñará correctamente la función de juez de la Corte Constitucional (art. 134 CRE).</p> <p><b>Serbia. TC.</b> Entre abogados prominentes (art. 172 CS)</p>

## 2. Quórum:

El quórum de aprobación es central en un nombramiento y puede haber muy diferenciados. Solo adoptaremos los quórum de aquellos escogidos por el respectivo Congreso.

Quórum	País y órgano.
Mayoría simple	<p><b>Alemania</b> (Una mitad la nombra la Cámara baja y la otra la Cámara de las Regiones).</p> <p><b>Colombia</b> (Senado)</p> <p><b>Italia</b> (Parlamento en sesión conjunta).</p> <p><b>Lituania.</b> (Parlamento unicameral).</p> <p><b>Portugal</b> (Asamblea de la República, unicameral).</p> <p><b>República Checa</b> (Senado)</p>

	<b>República Eslovaca</b> (Consejo Nacional de la República Eslovaca-unicameral) <b>Serbia</b> (Asamblea Nacional-unicameral)
Mayoría absoluta	<b>Brasil</b> (Senado federal).
3/5	<b>Chile</b> (Senado en el anteproyecto) <b>España:</b> propuestas separadas del Senado y del Congreso de los Diputados.
2/3	<b>Chile</b> (C.80) <b>Uruguay</b> (asamblea general)

### 3. Procedimiento:

En un procedimiento normalmente está identificada quién tiene la iniciativa para proponer un nombramiento (proposición), los elementos particulares del procedimiento (especificidad) y la forma en que se adopta la decisión (decisión).

<b>Proposición</b>	<b>Especificidad</b>	<b>Decisión</b>
<b>Alemania:</b> no hay referencia constitucional.	<b>Alemania:</b> no pueden pertenecer al Bundesrat ni al Bundestag, ni al gobierno federal o de Land.	<b>Alemania:</b> Por mitades cada cámara.
<b>Austria:</b> 8 los recomienda el Gobierno Federal y los 6 restantes el Consejo Nacional.	<b>Austria:</b> 3 deben provenir fuera de Viena.	<b>Austria:</b> Todos los nombra el Presidente Federal.
<b>Brasil:</b> El Senado por mayoría absoluta.		<b>Brasil:</b> El Presidente de la República previa proposición del Senado.
<b>Colombia:</b> Proponen ternas el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.	No pueden ser elegidos los que el año anterior se hayan desempeñado como Ministro de Despacho o Magistrados de la Corte Suprema o del Consejo de Estado.	Por el Senado.
<b>España:</b> 4 a proposición del Congreso de los diputados y 4 a propuesta del Senado por los 3/5; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del		Nombra el rey los doce.

Consejo General del Poder Judicial.		
<b>Francia:</b> Tres por la Asamblea, tres por el Presidente del Senado y 3 por el Presidente de la República.	El Presidente de la República no podrá proceder a un nombramiento cuando la suma de votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones permanentes escogidas.	Los del Congreso se deciden mediante el mecanismo de aprobación por comisiones permanentes de acuerdo a lo indicado.
<b>Portugal:</b> Por nombramiento o cooptación.	La cooptación es entre jueces.	La Asamblea de la República.
<b>República Eslovaca:</b> El Consejo Nacional propone el doble de número de candidatos por puesto.	Se vota en público después de audiencia a los postulantes	Los nombra el Presidente de la República.

#### 4. Desacuerdo:

Frente al desacuerdo en el régimen de nombramientos se han impuesto en muchas experiencias constitucionales largos bloqueos de éstos que han llegado hasta más allá de los 5 años. En algunos casos las modalidades de solución son variadas:

- Utilización del procedimiento de **excedencia (España, Perú, etc.)**. Lo anterior, implica que en ausencia de nombramiento permanece por un período extraordinario y hasta completar la vacante el que la hubiera dejado.

- Otra modalidad es la **Comisión externa de juristas de las Escuelas de Derecho (Alemania)**. Se trata de una Comisión del más alto nivel que propone nombres de trayectoria que superen el impasse.
- La modalidad sugerida por el anteproyecto constitucional es el **sorteo** pero entre postulantes que ya fueron rechazados por el Senado o no obtuvieron la mayoría requerida.

## **PROPUESTAS AL CONSEJO CONSTITUCIONAL.**

La selección de magistrados al Tribunal Constitucional supone un peso excesivo y totalizante de la Corte Suprema. No parece razonable que todos ellos provinieran del entorno de la Corte más allá de que formalmente han sido configurados sus nombramientos en concurso público.

Demasiados constitucionalistas han participado en dichos procesos sin éxito alguno viniendo todos ellos con grado de doctor de diversas universidades de Alemania, Bélgica y Estados Unidos; con publicaciones nacionales, grandes posiciones en distintas Facultades de Derecho del país.

Es bastante evidente que hay una mayoría de Ministros en la Corte que recela de los nombramientos de Ministros externos y han logrado una forma de predominio de los externos mediante la promoción de abogados integrantes.

La selección de decisiones puede compartirse de un modo minoritario en la Corte Suprema y prácticamente total en el caso del Congreso Nacional. Es probable que un régimen de nombramientos bajo criterios de preselección por comisiones especializadas, con el auxilio de los Decanos de las Facultades de Derecho o los Departamentos de Derecho Público, con listas de inscripción con tiempo, escrutinio público en el Congreso y audiencias programadas permitan revestir de transparencia estos procesos.

El fraccionamiento del Congreso o de una de sus cámaras es una cuestión compleja a la hora de aprobar nombramientos. Una mezcla de régimen de excedencia y sorteos puede ser una opción.

## **OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL EN LA RELACIÓN CONGRESO NACIONAL Y CORTE CONSTITUCIONAL**

**Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo<sup>1</sup>**

### **I. SENTIDO GENERAL DEL DOCUMENTO.**

La Comisión Experta entregó el 5 de junio pasado un anteproyecto constitucional cumpliendo con el itinerario trazado en la Ley de reforma constitucional N° 21.533.

Su trabajo no solo derivó en la disposición de un texto completo, sino que sus metodologías de trabajo apuntaron a un muy correcto ejercicio metodológico de propuestas comunes de amplio consenso. Ello deriva en renuncios de todos en pos de una Constitución que abarque el conjunto de proyectos que pugnan por gobernar democráticamente el Estado, representando una sociedad pluralista y diversa.

Fue elaborado en 85 días en un clima de respeto y búsqueda de acuerdos con un sentido nacional. Asimismo, se guiaron por las bases constitucionales, cumpliendo sus propósitos generales, aun cuando haya discusiones abiertas en materia de pueblos indígenas y derechos de los niños, entre otras cuestiones.

Los amplios y sólidos acuerdos implicaron renuncias para todos los sectores involucrados, aun cuando las renuncias de la derecha pueden ser meramente aparentes porque el CC de mayoría republicana puede subsidiar esas omisiones. Las renuncias de centroizquierda no hay cómo recuperarlas, las de la centroderecha todas y por lo mismo el peso político de respetar el anteproyecto reside en ese sector.

No obstante, la Constitución no es solo un acuerdo político sino que, sobre todo, una norma superior que debe tener el sentido jurídico más preciso posible habida cuenta de las características de ambigüedad, apertura y vaguedad<sup>2</sup> que deben tener necesariamente sus reglas para contener la evolución futura<sup>3</sup> y mandar sin necesidad de continuas revisiones.

---

<sup>1</sup> Vicepresidente del Senado e integrante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

<sup>2</sup> FERRERES COMELLAS, Víctor (1997), Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

<sup>3</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter (1991), Democracia y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

El estándar de reformas constitucionales es la verificación de un proceso paulatino de adaptación a la evolución normativa, pero también de una creciente pérdida de eficacia de la norma superior, como es el caso de la Constitución vigente después de sus casi 70 leyes de reforma constitucional. Por lo mismo, parece central examinar el contenido *ex ante* para no lamentar conflictos *ex post*, durante su vigencia si es que es aprobado por la ciudadanía en el plebiscito de diciembre de 2023.

Este texto se centrará en un par de asuntos. Uno general, sobre la evaluación global del texto. Y otro más específico apuntando a la relación entre el Congreso Nacional y la Corte Constitucional en el proceso de formación de la ley que es el supuesto regular del funcionamiento democrático.

## **II. MIRADA GLOBAL AL ANTEPROYECTO.**

Si bien la matriz del anteproyecto es la Constitución vigente, su texto tiene mayor amplitud ideológica y permite gobernabilidad de diverso signo democrático sin limitaciones al actual sistema de partidos. Asimismo, propicia mucho reenvío al legislador, en una perspectiva de dilatar el conflicto al Congreso.

El anteproyecto tiene deficiencias normativas que provienen de la necesidad del acuerdo mismo como de un déficit de reflexión.

Supera la Constitución de 1980 doblemente. Primero, respecto de la original a no dudar después de las 68 reformas constitucionales posteriores. En segundo lugar, porque la Constitución vigente manifiesta deficiencias en su poder normativo, su legitimidad y la lealtad con la cual se están comportando los principales poderes con su norma. En los hechos se actúa frente a una Constitución moribunda. El caso devolución de excedentes de las Isapres es la radiografía total de esas debilidades.

La evolución del texto para pasar del anteproyecto al proyecto supone un ejercicio de enormes equilibrios.

El texto es medianamente claro e intermedio en longitud. En lo general, el texto es apreciable en cuanto se ciñe a técnicas reconocibles jurídicamente porque se apoya estructuralmente en la Constitución de 1980. No tiene un diseño en el vacío.

En lo jurídico, la estructura de las novedades permite apuntar a un liderazgo compartido entre el Congreso Nacional y la Comisión Experta en el desarrollo de nuevos

contenidos constitucionales: Estado Democrático y Social de Derecho, reconocimiento de pueblos indígenas, derechos sociales nuevos, derechos de niños, niñas y adolescentes e interés superior de éstos, medio ambiente como capítulo incluyendo cláusula sobre cambio climático.

Es apreciable a lo largo del texto la inclusión de cláusulas dormidas que empujan a una mayor justicia social. El capítulo de principios así como los deberes ciudadanos son pródigos en el reconocimiento de **principios sociales de organización**. Entre ellos los siguientes: la **cláusula de Estado Social**; la cláusula de **igualdad sustantiva** reconocida como la remoción de obstáculos reales para avanzar en igualdad; el principio de **solidaridad**; el **deber de contribuir** y el desarrollo progresivo de los derechos sociales hasta el máximo de los recursos posibles.

El Estado Social de Derecho como pilar de cambio social. Es claro que el principio de Estado Social participa a lo largo del texto como fundamento estructural del nuevo anteproyecto y tiene todos los componentes del Estado moderno. Principios sociales; derechos sociales que ejecutar; un ámbito de instituciones públicas y privadas que lo ejecutan; un principio que lo gobierna y un mandato político al Congreso Nacional para su cumplimiento. Asimismo, perfectamente compatible con el desarrollo económico, la creación de empresas y la inversión extranjera (aunque no está referida en el anteproyecto). Lo central será siempre la estructura de organización y procedimiento que permite la ejecución efectiva de derechos sociales y económicas.

Hay derechos sociales nuevos: auténticamente hay 4 nuevos derechos (vivienda adecuada; derecho al agua y al saneamiento; derechos de los consumidores y derecho a un trato estatal digno). Asimismo, se perfeccionan los derechos sociales especialmente los laborales con la inclusión del derecho al trabajo decente; la igualdad salarial entre hombres y mujeres o el derecho de huelga para funcionarios públicos.

Perfecciona el modelo económico al exigir una auténtica libre competencia y robustecer el mandato de garantía de los consumidores.

Introduce mecanismos de participación semidirecta. La propuesta innova como las iniciativas popular de norma (4% padrón) e iniciativa popular de derogación (3% del padrón para presentarla y 7% para que se tramite). Asimismo, incorpora experiencias de derecho comparado con la introducción de los foros deliberativos.



Aborda la judicialización de los derechos sociales, aunque con una fórmula insuficiente. Busca métodos innovadores en introducir restricciones a la judicialización de derechos sociales, cuyos efectos producen inequidades sociales enormes. Más allá de su eficacia, realiza un intento serio de hacer distinciones sustentables en el tiempo entre derechos sociales prestacionales y derechos sociales liberales.

Hay un avance inorgánico e imperfecto, pero instalación de nuevos propósitos en el ámbito ambiental. Es muy apreciable el acuerdo de mínimos.

En cuanto a las dudas, cabe indicar en materia de principios, que hay una convivencia que puede generar regresión con la activación de algunas cláusulas que pueden derivar a un retorno de la subsidiariedad. No obstante, estimo que se trata de una cuestión más de medios que de debate sobre fines. Es posible y necesario convivir con estrategias finalistas que permitan la gobernabilidad de todos los sectores democráticos del país

En materia de derechos reduciré mi opinión por un tema que indico hacia el final de este apartado. Solamente constatar que se advierte la insuficiencia de una idea central de libertad por la no consagración del libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal. Un avance, pero menor al esperado se asoma en las perspectivas de género. Si bien se avanzó en igualdad salarial entre hombres y mujeres por el mismo trabajo y en un principio de paridad de entrada con una regla que asegura mínimos de participación, los progresos que se esperaban pueden ser menores.

Hay omisiones de derechos sociales sensibles (derecho de cuidados) y amenazas sobre los vigentes (especialmente los principios que reordenan el derecho a la educación) lo que suponen estrategias activas en su instalación y defensa. De la misma manera, el riesgo de constitucionalización de las AFPs e Isapres o de traer discusiones contingentes a la Constitución volverán vulnerable el anteproyecto. Con ocasión de la reformulación de la libertad de elección en salud puede reafirmarse la institucionalidad concreta de aseguramiento vía Isapres. La otra forma es alcanzar el propósito de ratificar la propiedad de los fondos previsionales, su heredabilidad y la libertad de elección en cotizaciones. Esta dimensión cuestiona el sentido de seguridad social de este derecho porque éste asegura un conjunto de contingencias en donde hay solidaridad plena y que funcionan como, por ejemplo, en accidentes laborales o en la Ley Sanna.

Por último, en el debate sobre los derechos individuales y colectivos indígenas me abstendré de opinar habida cuenta mi participación en la Comisión Especial de Paz y Entendimiento.

### **III. EXAMEN DE LA RELACIÓN CONGRESO NACIONAL Y CORTE CONSTITUCIONAL.**

La actividad política democrática está esencialmente determinada por el modo en que se imbrican los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el anteproyecto constitucional y como una deriva más realista desde la Ley N° 21.533, el modo en que se produce ese vínculo es mediante una relación de separación de poderes (art. 154.7 de la Constitución) y bajo un forma de gobierno presidencialista (art. 4.1 del anteproyecto).

Para ello, hay un diagnóstico que profundiza en la obtención de mecanismos que garanticen gobernabilidad bajo un objetivo implícito: un “Congreso para el Presidente”. Para ello, se establecen umbrales electorales para los partidos, se incrementa la disciplina partidaria, se amplían quórum para dificultar las acusaciones constitucionales, y, sobretudo, se establece la fecha de elección general parlamentaria para la segunda vuelta presidencial produciendo un subsidio electoral a las dos posiciones mayoritarias del *ballotage*.

En tal sentido, el modo en que se produce la política en el Congreso va a estar más atenta a todos los detalles de la institucionalidad que, por evitar la excesiva fragmentación de la representación parlamentaria de las bancadas en el Congreso, puede importar un ámbito de disputa desde las minorías. Desde este punto de vista, no resulta posible tampoco construir otro implícito: “una Corte para el Presidente”.

Por lo mismo, nos centraremos en dos cuestiones: el control de constitucionalidad de vicios de legalidad en el Congreso Nacional y el régimen de nombramientos de Ministros en la Corte Constitucional.

#### **A.- El control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.**

La relación Congreso Nacional y Corte Constitucional es necesariamente conflictiva, puesto que en toda democracia constitucional la única que puede anular los mandatos de una ley es una Corte o Tribunal dotado del poder de control de constitucionalidad de las leyes. Ello ha llevado a un ardua calificación de sus alcances como “objeción contramayoritaria” y el “argumento democrático” y la justificación de esos controles de constitucionalidad.

En particular, muchos teóricos han enjuiciado esas dimensiones desde Alexander Bickel<sup>4</sup>, John Hart Ely<sup>5</sup> o Jeremy Waldron<sup>6</sup> todos con argumentos diferentes. Por tomar uno de ellos. Para Waldron el debate es radical porque importa cuestionar la propia noción de control. Es así como la existencia de una carta de derechos exige interpretaciones posteriores que se dan en el contexto de una sociedad pluralista y marcadas por el desacuerdo. Si del mismo modo que confiamos en los individuos para consagrar la dirección del Estado no se ve cómo una Corte pueda privarlos de pensar con libertad en torno a sus problemas. Incluso más los jueces adoptan sus decisiones del mismo modo que los parlamentarios (votan y configuran mayorías). Se sostiene que los jueces también deliberan, pero en realidad razonan secuenciadamente (desde el que tiene menor antigüedad de nombramiento en adelante y no se interrumpen ni se establece un diálogo). Literalmente no es un “jurado” que delibera horizontalmente por horas cada caso. Y los fallos del procedimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos están a la vista en casos como “Dred Scott” en donde convalidaron la esclavitud; en “Schenk” donde condenaron a un opositor por sus dichos y en “Korematsu” donde respaldaron un campo de concentración dentro de Estados Unidos.<sup>7</sup>

Todos los intentos de reformas constitucionales desde la introducción del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1925 en el año 1970, han considerado la perspectiva del control de constitucionalidad, sea como proyectos de ley o como leyes directamente. La Constitución de 1980 como requisito previo en la formación de determinadas leyes en el control preventivo y obligatorio, y las leyes desde las reformas del 2005. A su turno el proyecto de Constitución de 2018 de la Presidenta Michelle Bachelet, el de la Convención Constitucional de 2022 y el anteproyecto de 2023 contienen este mecanismo de control y, por lo mismo, la objeción contramayoritaria está superada pero no implica que no tenga riesgos o deba suponer un ejercicio autocontenido de los propios jueces para saber delimitar hasta dónde llega su poder.

En consecuencia, se trata de un debate sensible y en el que no he traído a colación casos nacionales habida cuenta la enorme rispidez que generan, especialmente, a partir de la consagración del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, las leyes interpretativas constitucionales y los tratados

---

<sup>4</sup> BICKEL, Alexander (1962), *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, The Bobbs-Merrill Company., United States.

<sup>5</sup> HART ELY, John (2007), *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre editores, Bogotá.

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy (2005), *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, España.

<sup>7</sup> WALDRON: 2005: XXIX.

internacionales en materias propias de leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1 de la Constitución).

Partiré con el examen de la Corte Constitucional para analizar unas dimensiones puntuales de las reformas.

El anteproyecto contiene 6 artículos que delinean la nueva estructura institucional, funcional y organizativa de la Corte Constitucional introduciendo significativos cambios al Tribunal Constitucional vigente.

Esas novedades importan:

1. Un nuevo organismo continuador del vigente Tribunal Constitucional (38ª transitoria).
2. Una reformulación de sus integrantes de 10 a 9 a objeto de resolver el tema del voto dirimente.
3. Un nuevo procedimiento de selección de Ministros, bajo una modalidad secuenciada de intervención de los tres poderes del Estado con la configuración de una quina por la Corte Suprema, un binomio por el Presidente de la República y el designado.
4. Nuevas competencias: controles formales durante la tramitación de leyes, función consultiva, control preventivo de forma y contiendas de competencia territorial, junto a una continuidad relativa de las otras competencias vigentes.
5. Nueva asignación de conocimiento de atribuciones al incrementarse los asuntos que define una Sala.
6. Nuevos efectos al introducir una modulación de la inconstitucionalidad de la ley otorgándole un plazo de 90 días al Congreso Nacional para subsanar el vicio declarado.

No vamos a describir la continuidad pero se fortalece la noción de ser una Corte dedicada a la tramitación de las inaplicabilidades y sin competencias en materia de garantías de derechos. Asimismo, se reduce la dimensión de un órgano fuerte de control de constitucionalidad introduciéndole mecanismos de deliberación ex post del Congreso a una inconstitucionalidad de la ley.

## B.- Problemas planteados.

**El alto precio de la eliminación del control preventivo y obligatorio.** Al cambiar el cuestionado control preventivo de proyectos de ley (sea facultativo y obligatorio) se propusieron mecanismos compensatorios de esa eliminación (control de vicios intralegislativos, de iniciativa exclusiva del Presidente y función consultiva). Estos instrumentos incrementan los problemas **porque introduce a la Corte Constitucional en todo el procedimiento de formación de la ley sin límite alguno** escalando institucionalmente conflictos interpretativos de ley o puramente reglamentarios fuera del Congreso.

El anteproyecto contiene mecanismos que evitan un uso abusivo de estos controles en la relación al quórum exigente para aprobarlos [2/3 de sus miembros en el literal a) del art. 169]. Sin embargo, al diferenciar quórum con mayorías simples para declarar la inconstitucionalidad contribuye a facilitar mecanismos de amplia litigación constitucional de asuntos políticos, legales y reglamentarios de formación de la ley en el Congreso Nacional [literal b9 y c) del art. 169].

En cuanto a las propuestas aparecen los siguientes elementos complejos en ese vínculo.

1. **Control indefinible de vicios.** El control de la Corte de un proyecto de ley se extiende, según el art. 169 a), a:

“las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)”.

No se trata de infracciones a **procedimientos constitucionales** (quórum de leyes institucionales, ausencia de informe de organismos técnicos en la Ley de Presupuestos en el art. 82.4 u oír a la Corte Suprema y otro organismos autónomos judiciales del artículo 156.4). Aquí se extiende a la multiplicidad de **conflictos legales o reglamentarios** de formación de la ley al aludir a **conflictos “en la ley institucional del Congreso Nacional”**. Adicionalmente, no se pone en el escenario completamente plausible de **vicios subsanables interna corporis**. El recurso a la Corte es de **ultima ratio** y debería ser descartado para resolver conflictos sencillos como ausencia de informes u otros y además no se condice con el efecto de este control que es declarar la “inconstitucionalidad” de las disposiciones (art. 170.2 del anteproyecto).

Adicionalmente, la noción de **infracciones (...) de competencia** es la puerta de entrada a vicios materiales y no formales. Puede llevar a cuestionar si existe poder de innovar normativamente atribuyéndole competencias a un órgano, sobre todo, si no se considera en la Constitución la creación de tribunales contencioso- administrativos (ej. Caso de Ley de Sernac).

#### **PROPUESTA 1: Eliminar el control de vicios legales y de competencia.**

Para modificar en el artículo 169 a) la expresión: “las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)” por **“las cuestiones por infracciones insubsanables de procedimiento establecidas en la Constitución”**.

#### **2. El vicio por iniciativa exclusiva del Presidente de la República.**

Una de las manifestaciones de la **indefinición de los vicios competenciales** es que aparentemente uno de ellos (los asuntos sobre los cuáles se puede promover una iniciativa de ley) no tenía cabida dentro del numeral anterior.

El art. 169 b) dispone como atribución de la Corte Constitucional el:

“b) Resolver si una determinada moción o indicación a un proyecto de ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La cuestión podrá ser planteada por una tercera parte de los diputados o senadores en ejercicio.”

Dos problemas resultan evidentes. Uno procesal, ¿por qué no puede plantear la defensa de su iniciativa el Presidente de la República? Lo que deriva en el segundo problema que es político. Las mociones que alcanzan una iniciativa exclusiva del Presidente es una práctica parlamentaria en busca de apoyo. En los hechos, es **politizar la Corte a favor del Presidente sin que éste intervenga**.

#### **PROPUESTA 2: Eliminar el control de vicio de competencia.**

Para **suprimir el literal b) del artículo 169**.

3. **Función consultiva.** Se trata de establecer una función que indaga sobre “las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso

Nacional”, según lo propone el **art. 169 c)**. Es una **mala idea por tres razones**. Primero, porque **debilita el sentido de garantizar la supremacía constitucional**. Carece de poder vinculante su interpretación. Segundo, porque se **presta para manipulaciones durante la tramitación de la ley** (consultas varias) y posteriormente para **inhabilitar posiciones de magistrados**. Tercero, porque la evidencia en derecho comparado es mínima.

No obstante, sí hay una cuestión diferente con los tratados internacionales que merece ser analizado aparte.

### **PROPUESTA 3: Eliminar la función consultiva de la Corte Constitucional.**

Para **suprimir el literal c) del artículo 169**.

4. **Control preventivo y obligatorio de tratados internacionales.** Se trata de un asunto donde sí corresponde realizar un control preventivo porque se trata de cuestiones sin posible solución posterior, debido al cumplimiento de buena fe y al principio de responsabilidad internacional. Recordar que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

A diferencia de los vicios de un proyecto de ley que tiene herramientas institucionales internas, en el caso de los tratados internacionales se está frente a una fuente de derecho con lógicas diferenciadas, con lo cual hay que enfatizar en el mejor de las incorporaciones al derecho interno.

### **PROPUESTA 4: Agregar el control preventivo de los tratados internacionales.**

Para **agregar el siguiente precepto**:

“Ejercer el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado internacional antes de su ratificación por el Congreso Nacional”.

5. **Inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos.** Si uno de los objetivos del anteproyecto es fortalecer a los partidos políticos no parece razonable someter el examen de los “objetivos, actos o conductas” que “no respeten los principios básicos del régimen democrático”, y de “aquellos que hagan uso de la

violencia, la propugnen o inciten a ella”, queden entregado a una sala de la Corte Constitucional. La democracia no es un asunto de menor cuantía constitucional.

**PROPUESTA 5: Someter el control de inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos al pleno de la Corte Constitucional.**

En el art. 168.2 para **sustituir** después del literal h) la expresión: “**y k)**” por “**,k) y n)**”.

**6. Modulación de efectos y plazos de saneamiento de inconstitucionalidad de la ley.**

Una de las buenas decisiones del anteproyecto es establecer una modalidad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes bajo un formato dialógico con el Congreso Nacional. Las declaraciones unilaterales de inconstitucionalidad vuelven fuertes a la Corte Constitucional pero no necesariamente efectivas (Ej. Caso de tabla de factores de Ley de Isapres y casi 13 años sin resolverse). Lo relevante es resolver la inconstitucionalidad y para ello se le otorga un **plazo muy reducido de 90 días bajo la norma de suspensión del efecto derogatorio** y si no hay solución en el Congreso Nacional se publica la sentencia y se deroga el precepto.

Parece razonable ampliar ese plazo porque en los ordenamientos constitucionales que tienen esta modulación de efectos el plazo es significativamente mayor (5 años en el caso de Canadá) y porque el debate central es si se clausura completamente o no la atribución de los Congresos de dictar leyes similares a aquellas que ya fueron declaradas inconstitucionales. Por lo mismo, parece razonable ampliar el plazo hasta un año.

**PROPUESTA 6: Ampliar plazo de saneamiento de la inconstitucionalidad de la ley.**

En el artículo 170.5 para reemplazar la expresión “**noventa días**” por “**un año**”.



## C.- NOMBRAMIENTOS DEL SENADO DE DIVERSAS AUTORIDADES EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

### 1. CARACTERÍSTICAS DE LOS NOMBRAMIENTOS EN EL SENADO.

El Senado tiene una significativa centralidad en el régimen de nombramientos de diversas autoridades constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico. El anteproyecto constitucional reformula algunos de esos nombramientos según se explica en el cuadro.

Organismo	C. vigente	Anteproyecto
Ministros de la Corte Suprema	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Fiscal Nacional del Ministerio Público	Decidido por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Decidido por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Ministros del Tribunal Constitucional/Corte Constitucional	<b>4 de 10</b> propuestos dos por ella misma y dos por la Cámara de Diputados, designados por las 2/3 del Senado.	Elige los <b>9 miembros</b> mediante el mismo procedimiento. Construcción de <b>quinas por la Corte Suprema</b> , selección de un <b>binomio por el Presidente de la República</b> y elección de <b>uno por el Senado</b> . <b>Norma por desacuerdo:</b> “Si por <b>segunda vez</b> ningún candidato reúne el quorum en el Senado, la Corte Suprema procederá a realizar un <b>sorteo entre los cuatro</b>

		<b>candidatos que hayan sido propuestos en binomios</b> por el Presidente de la República.
Consejo Directivo del Servicio Electoral	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros.	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Contralor	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Consejo del Banco Central	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros, <b>según LOC BC.</b>	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Otros organismos judiciales		<b>Organismo de nombramientos judiciales. 2 miembros de 7 designados por el Senado mediante concurso público.</b>

## 2. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS DESIGNACIONES.

Las cuestiones centrales que definen una designación en el Congreso, Parlamento o Asamblea legislativa tiene que ver con:

1. **Requisitos:** El conjunto de elementos a veces está revestido de **requisitos objetivos** (edad, años de título, títulos específicos, etc.) y en otros matizada por requisitos **ponderables** (certificaciones, comprobaciones, etc.) o **evaluación subjetiva** (carrera destacada, trayectoria, trascendencia, etc.).

Requisitos	Ejemplos
Objetivos	<p><b>Austria:</b> No pueden ser miembros del TC, los que en los 5 años anteriores hayan ejercido los cargos de miembros del Gobierno Federal, de un Gobierno de un Land, parlamentario nacional o ante el Parlamento Europeo, o integrantes de éstos (art. 147.4 CA).</p> <p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Mayores de 35 y menores de 65 años (Art. 101 CBr).</p> <p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023.</b> 15 años de título de abogado (art. 167)</p> <p><b>Italia: TC.</b> Se elegirán entre los magistrados incluidos los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los catedráticos universitarios y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional (art. 135 CI).</p> <p><b>Lituania: TC.</b> Con título universitario de Derecho y que hayan estado al menos 10 años ejerciendo la abogacía o en tareas de investigación o enseñanza según su cualificación como juristas (art. 103 CL).</p> <p><b>Portugal: TC.</b> Se elegirán entre los jueces de los restantes tribunales (6) y 4 entre juristas. (art. 222 CP)</p> <p><b>República Checa:</b> Formación universitaria en materias legales y haya ejercido una profesión legal por un mínimo de 10 años (art. 82 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca: CC.</b> No menor de 40 años, licenciado en derecho con 15 años de experiencia en el ejercicio legal (art. 134 CRE).</p> <p><b>Serbia. TC.</b> Al menos con 40 años (art. 172 CS).</p>
Ponderables	<p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023. “Reconocida y comprobada</b> competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones”. (art. 167)</p>
Subjetivos	<p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Notable saber jurídico y reputación intachable. (Art. 101 CBr)</p> <p><b>Lituania: TC.</b> Impecable reputación (art. 103 CL).</p> <p><b>República Checa:</b> Tener una conducta intachable (art. 84 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca:</b> Buena reputación y cuya vida anterior y cualidades morales sean una garantía de que desempeñará</p>

	correctamente la función de juez de la Corte Constitucional (art. 134 CRE). <b>Serbia. TC.</b> Entre abogados prominentes (art. 172 CS)
--	--

## 2. Quórum:

El quórum de aprobación es central en un nombramiento y puede haber muy diferenciados. Solo adoptaremos los quórum de aquellos escogidos por el respectivo Congreso.

Quórum	País y órgano.
Mayoría simple	<b>Alemania</b> (Una mitad la nombra la Cámara baja y la otra la Cámara de las Regiones). <b>Colombia</b> (Senado) <b>Italia</b> (Parlamento en sesión conjunta). <b>Lituania.</b> (Parlamento unicameral). <b>Portugal</b> (Asamblea de la República, unicameral). <b>República Checa</b> (Senado) <b>República Eslovaca</b> (Consejo Nacional de la República Eslovaca-unicameral) <b>Serbia</b> (Asamblea Nacional-unicameral)
Mayoría absoluta	<b>Brasil</b> (Senado federal).
3/5	<b>Chile</b> (Senado en el anteproyecto) <b>España:</b> propuestas separadas del Senado y del Congreso de los Diputados.
2/3	<b>Chile</b> (C.80) <b>Uruguay</b> (asamblea general)

## 3. Procedimiento:

En un procedimiento normalmente está identificada quién tiene la iniciativa para proponer un nombramiento (proposición), los elementos particulares del procedimiento (especificidad) y la forma en que se adopta la decisión (decisión).

Proposición	Especificidad	Decisión
<b>Alemania:</b> no hay referencia constitucional.	<b>Alemania:</b> no pueden pertenecer al Bundesrat ni	<b>Alemania:</b> Por mitades cada cámara.

	al Bundestag, ni al gobierno federal o de Land.	
<b>Austria:</b> 8 los recomienda el Gobierno Federal y los 6 restantes el Consejo Nacional.	<b>Austria:</b> 3 deben provenir fuera de Viena.	<b>Austria:</b> Todos los nombra el Presidente Federal.
<b>Brasil:</b> El Senado por mayoría absoluta.		<b>Brasil:</b> El Presidente de la República previa proposición del Senado.
<b>Colombia:</b> Proponen ternas el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.	No pueden ser elegidos los que el año anterior se hayan desempeñado como Ministro de Despacho o Magistrados de la Corte Suprema o del Consejo de Estado.	Por el Senado.
<b>España:</b> 4 a proposición del Congreso de los diputados y 4 a propuesta del Senado por los 3/5; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.		Nombra el rey los doce.
<b>Francia:</b> Tres por la Asamblea, tres por el Presidente del Senado y 3 por el Presidente de la República.	El Presidente de la República no podrá proceder a un nombramiento cuando la suma de votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones permanentes escogidas.	Los del Congreso se deciden mediante el mecanismo de aprobación por comisiones permanentes de acuerdo a lo indicado.

<b>Portugal:</b> nombramiento cooptación.	Por o	La cooptación es entre jueces.	La Asamblea de la República.
<b>República Eslovaca:</b> El Consejo Nacional propone el doble de número de candidatos por puesto.	El	Se vota en público después de audiencia a los postulantes	Los nombra el Presidente de la República.

#### 4. Desacuerdo:

Frente al desacuerdo en el régimen de nombramientos se han impuesto en muchas experiencias constitucionales largos bloqueos de éstos que han llegado hasta más allá de los 5 años. En algunos casos las modalidades de solución son variadas:

- Utilización del procedimiento de **excedencia (España, Perú, etc.)**. Lo anterior, implica que en ausencia de nombramiento permanece por un período extraordinario y hasta completar la vacante el que la hubiera dejado.
- Otra modalidad es la **Comisión externa de juristas de las Escuelas de Derecho (Alemania)**. Se trata de una Comisión del más alto nivel que propone nombres de trayectoria que superen el impasse.
- La modalidad sugerida por el anteproyecto constitucional es el **sorteo** pero entre postulantes que ya fueron rechazados por el Senado o no obtuvieron la mayoría requerida.

#### 5. PROPUESTAS AL CONSEJO CONSTITUCIONAL.

La selección de magistrados al Tribunal Constitucional supone un **peso excesivo y totalizante de la Corte Suprema**. No parece razonable que todos ellos provinieran del entorno de la Corte más allá de que formalmente han sido configurados sus nombramientos en concurso público.

Demasiados constitucionalistas han participado en dichos procesos y concursos públicos de la Corte Suprema sin éxito alguno (y sin desvirtuar el mérito de los elegidos)

proviniento todos ellos con grado de doctor de diversas universidades de Alemania, Bélgica y Estados Unidos; con publicaciones nacionales, grandes posiciones en distintas Facultades de Derecho del país.

Es bastante evidente que hay una mayoría de Ministros en la Corte que recela de los nombramientos de Ministros externos y han logrado una forma de predominio de los externos mediante la promoción de abogados integrantes. En ese contexto existe un “cultura jurídica litigante” en torno a las Cortes y que no tiene resuelto los conflictos de interés de integrar un día una sala y al otro alegar en una distinta.

La formación jurídica en Chile tiene la suficiente entidad formativa en el tiempo que ha permitido que se haya incrementando la densidad de los estudios, la profundización de la investigación y un inicio ligeramente menor de control por parte de observatorios académicos a la función judicial y a la jurisprudencia resultante.

De este modo, no resulta plausible que un “mismo tipo” de abogados alcancen funciones de privilegio por el inicio en el mismo punto de partida en concursos ante la Corte Suprema. Las evidencias demostradas en los cuadros anteriores revelan el peso decisivo de los Congresos y Asambleas parlamentarias en esas designaciones.

La propuesta es que hay que pluralizar el procedimiento de designación de los **miembros de la Corte Constitucional**.

**La selección de decisiones puede compartirse de un modo minoritario en la Corte Suprema y prácticamente total en el caso del Congreso Nacional.** Es probable que un **régimen de nombramientos bajo criterios de preselección por comisiones especializadas, con el auxilio de los Decanos de las Facultades de Derecho o los Departamentos de Derecho Público, con listas de inscripción con tiempo, escrutinio público en el Congreso y audiencias programadas permitan revestir de transparencia estos procesos.**

El fraccionamiento del Congreso o de una de sus cámaras es una cuestión compleja a la hora de aprobar nombramientos y con los altos quórum que se exigen para obtener las designaciones.

En consecuencia, hay **dos modalidades** que propician una **regla por defecto frente al desacuerdo. Por una lado, una norma que establezca un régimen de excedencia.**

**Se trata de un caso paradigmático** puesto que mediante la imposibilidad de nombrar miembros por los altos quórum se **va anulando el ejercicio de atribuciones de un órgano.**

Si un órgano constitucional autónomo es tan central dentro del proceso democrático, parece razonable considerar un **régimen de excedencia del miembro o ministro vacante que durará en el cargo hasta empalmar con el nombramiento de quién lo sucede.**

Y cuando la dilación adopta una **extensión desmesurada, el sorteo puede ser una opción por defecto.**

El recurrir inmediatamente a los sorteos revela que esos miembros solo cuentan con la confianza de la Corte y del Presidente de la República. Ahí es donde se produce el implícito de una “Corte para el Presidente”. El régimen regular será el de fracasos en el Senado y sorteos. Esto no resulta razonable como modalidad de aprecio de la voluntad democrática reflejada en la Corte.

En consecuencia, se sugiere la siguiente redacción a las propuestas número 7, 8 y 9 de este documento.

**PROPUESTA 7: En el artículo 166.2 para agregar** después de la expresión: “El proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes que el titular en ejercicio a ser reemplazado cese en el cargo.” La frase: **“Mientras no se produzca el nombramiento de reemplazo, permanecerá su titular hasta que su vacante sea completada aunque exceda el tiempo para el cual fue nombrado, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior sobre el sorteo”.**

**PROPUESTA 8: Para reemplazar el art. 166.1 por el siguiente:**

**“1. La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que serán designados de la siguiente forma:**

**Tres integrantes elegidos por la Cámara de Diputados y tres integrantes escogidos por el Senado, respectivamente, en una sola votación, por los tres quintos de los parlamentarios en ejercicio de cada una de las cámaras.**

**Tres integrantes elegidos por la Corte Suprema, previa audiencia pública y en una votación pública.**



**El proceso de selección en el Congreso Nacional y en la Corte Suprema deberá estar precedido de audiencias públicas en la que los candidatos deben realizar una exposición y responder preguntas de los parlamentarios o Ministros, respectivamente, y bajo un procedimiento de participación de la sociedad civil, que será definido por la ley.**

**Solo en caso que no se logre el quórum respectivo en cada cámara de Congreso, dentro del año siguiente a producida la vacante, se procederá al sorteo de cada uno de los miembros de la Corte Constitucional. Se realizará solo entre los postulantes que hayan obtenido las seis primeras mayorías en cada una de las cámaras en el marco de una sola votación. “**

**OBSERVACIONES AL  
ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL  
EN LA RELACIÓN CONGRESO  
NACIONAL Y CORTE  
CONSTITUCIONAL**

**Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo**

## OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL EN LA RELACIÓN CONGRESO NACIONAL Y CORTE CONSTITUCIONAL

Senador Francisco Huenchumilla Jaramillo<sup>1</sup>

### I. SENTIDO GENERAL DEL DOCUMENTO.

La Comisión Experta entregó el 5 de junio pasado un anteproyecto constitucional cumpliendo con el itinerario trazado en la Ley de reforma constitucional N° 21.533.

Su trabajo no solo derivó en la disposición de un texto completo sino que su metodología de trabajo apuntaron a un muy correcto ejercicio metodológico de propuestas comunes de amplio consenso. Ello deriva en renuncias de todos en pos de una Constitución que abarque el conjunto de proyectos que pugnan por gobernar democráticamente el Estado, representando una sociedad pluralista y diversa.

Fue elaborado en 85 días en un clima de respeto y búsqueda de acuerdos con un sentido nacional. Asimismo, se guiaron por las bases constitucionales, cumpliendo sus propósitos generales, aun cuando haya discusiones abiertas en materia de pueblos indígenas y derechos de los niños, entre otras cuestiones.

Los amplios y sólidos acuerdos implicaron renuncias para todos los sectores involucrados, aun cuando las renuncias de la derecha pueden ser meramente aparentes porque el CC de mayoría republicana puede subsidiar esas omisiones. Las renuncias de centroizquierda no hay cómo recuperarlas, las de la centroderecha todas y por lo mismo el peso político de respetar el anteproyecto reside en ese sector.

No obstante, la Constitución no es solo un acuerdo político sino que, sobre todo, una norma superior que debe tener el sentido jurídico más preciso posible habida cuenta de las características de ambigüedad, apertura y vaguedad<sup>2</sup> que deben tener necesariamente sus reglas para contener la evolución futura<sup>3</sup> y mandar sin necesidad de continuas revisiones.

---

<sup>1</sup> Vicepresidente del Senado e integrante de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

<sup>2</sup> FERRERES COMELLAS, Víctor (1997), Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

<sup>3</sup> SCHNEIDER, Hans-Peter (1991), Democracia y Constitución, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

El estándar de reformas constitucionales es la verificación de un proceso paulatino de adaptación a la evolución normativa, pero también de una creciente pérdida de eficacia de la norma superior, como es el caso de la Constitución vigente después de sus casi 70 leyes de reforma constitucional. Por lo mismo, parece central examinar el contenido *ex ante* para no lamentar conflictos *ex post*, durante su vigencia si es que es aprobado por la ciudadanía en el plebiscito de diciembre de 2023.

Este texto se centrará en un par de asuntos. Uno general, sobre la evaluación global del texto. Y otro más específico apuntando a la relación entre el Congreso Nacional y la Corte Constitucional en el proceso de formación de la ley que es el supuesto regular del funcionamiento democrático.

## **II. MIRADA GLOBAL AL ANTEPROYECTO.**

Si bien la matriz del anteproyecto es la Constitución vigente, su texto tiene mayor amplitud ideológica y permite gobernabilidad de diverso signo democrático sin limitaciones al actual sistema de partidos. Asimismo, propicia mucho reenvío al legislador, en una perspectiva de dilatar el conflicto al Congreso.

El anteproyecto tiene deficiencias normativas que provienen de la necesidad del acuerdo mismo como de un déficit de reflexión.

Supera la Constitución de 1980 doblemente. Primero, respecto de la original a no dudar después de las 68 reformas constitucionales posteriores. En segundo lugar, porque la Constitución vigente manifiesta deficiencias en su poder normativo, su legitimidad y la lealtad con la cual se están comportando los principales poderes con su norma. En los hechos se actúa frente a una Constitución moribunda. El caso devolución de excedentes de las Isapres es la radiografía total de esas debilidades.

La evolución del texto para pasar del anteproyecto al proyecto supone un ejercicio de enormes equilibrios.

El texto es medianamente claro e intermedio en longitud. En lo general, el texto es apreciable en cuanto se ciñe a técnicas reconocibles jurídicamente porque se apoya estructuralmente en la Constitución de 1980. No tiene un diseño en el vacío.

En lo jurídico, la estructura de las novedades permite apuntar a un liderazgo compartido entre el Congreso Nacional y la Comisión Experta en el desarrollo de nuevos

contenidos constitucionales: Estado Democrático y Social de Derecho, reconocimiento de pueblos indígenas, derechos sociales nuevos, derechos de niños, niñas y adolescentes e interés superior de éstos, medio ambiente como capítulo incluyendo cláusula sobre cambio climático.

Es apreciable a lo largo del texto la inclusión de cláusulas dormidas que empujan a una mayor justicia social. El capítulo de principios así como los deberes ciudadanos son pródigos en el reconocimiento de **principios sociales de organización**. Entre ellos los siguientes: la **cláusula de Estado Social**; la cláusula de **igualdad sustantiva** reconocida como la remoción de obstáculos reales para avanzar en igualdad; el principio de **solidaridad**; el **deber de contribuir** y el desarrollo progresivo de los derechos sociales hasta el máximo de los recursos posibles.

El Estado Social de Derecho como pilar de cambio social. Es claro que el principio de Estado Social participa a lo largo del texto como fundamento estructural del nuevo anteproyecto y tiene todos los componentes del Estado moderno. Principios sociales; derechos sociales que ejecutar; un ámbito de instituciones públicas y privadas que lo ejecutan; un principio que lo gobierna y un mandato político al Congreso Nacional para su cumplimiento. Asimismo, perfectamente compatible con el desarrollo económico, la creación de empresas y la inversión extranjera (aunque no está referida en el anteproyecto). Lo central será siempre la estructura de organización y procedimiento que permite la ejecución efectiva de derechos sociales y económicas.

Hay derechos sociales nuevos: auténticamente hay 4 nuevos derechos (vivienda adecuada; derecho al agua y al saneamiento; derechos de los consumidores y derecho a un trato estatal digno). Asimismo, se perfeccionan los derechos sociales especialmente los laborales con la inclusión del derecho al trabajo decente; la igualdad salarial entre hombres y mujeres o el derecho de huelga para funcionarios públicos.

Perfecciona el modelo económico al exigir una auténtica libre competencia y robustecer el mandato de garantía de los consumidores.

Introduce mecanismos de participación semidirecta. La propuesta innova como las iniciativas popular de norma (4% padrón) e iniciativa popular de derogación (3% del padrón para presentarla y 7% para que se tramite). Asimismo, incorpora experiencias de derecho comparado con la introducción de los foros deliberativos.

Aborda la judicialización de los derechos sociales, aunque con una fórmula insuficiente. Busca métodos innovadores en introducir restricciones a la judicialización de derechos sociales, cuyos efectos producen inequidades sociales enormes. Más allá de su eficacia, realiza un intento serio de hacer distinciones sustentables en el tiempo entre derechos sociales prestacionales y derechos sociales liberales.

Hay un avance inorgánico e imperfecto, pero instalación de nuevos propósitos en el ámbito ambiental. Es muy apreciable el acuerdo de mínimos.

En cuanto a las dudas, cabe indicar en materia de principios, que hay una convivencia que puede generar regresión con la activación de algunas cláusulas que pueden derivar a un retorno de la subsidiariedad. No obstante, estimo que se trata de una cuestión más de medios que de debate sobre fines. Es posible y necesario convivir con estrategias finalistas que permitan la gobernabilidad de todos los sectores democráticos del país

En materia de derechos reduciré mi opinión por un tema que indico hacia el final de este apartado. Solamente constatar que se advierte la insuficiencia de una idea central de libertad por la no consagración del libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal. Un avance, pero menor al esperado se asoma en las perspectivas de género. Si bien se avanzó en igualdad salarial entre hombres y mujeres por el mismo trabajo y en un principio de paridad de entrada con una regla que asegura mínimos de participación, los progresos que se esperaban pueden ser menores.

Hay omisiones de derechos sociales sensibles (derecho de cuidados) y amenazas sobre los vigentes (especialmente los principios que reordenan el derecho a la educación) lo que suponen estrategias activas en su instalación y defensa. De la misma manera, el riesgo de constitucionalización de las AFPs e Isapres o de traer discusiones contingentes a la Constitución volverán vulnerable el anteproyecto. Con ocasión de la reformulación de la libertad de elección en salud puede reafirmarse la institucionalidad concreta de aseguramiento vía Isapres. La otra forma es alcanzar el propósito de ratificar la propiedad de los fondos previsionales, su heredabilidad y la libertad de elección en cotizaciones. Esta dimensión cuestiona el sentido de seguridad social de este derecho porque éste asegura un conjunto de contingencias en donde hay solidaridad plena y que funcionan como, por ejemplo, en accidentes laborales o en la Ley Sanna.

Por último, en el debate sobre los derechos individuales y colectivos indígenas me abstendré de opinar habida cuenta mi participación en la Comisión Especial de Paz y Entendimiento.

### **III. EXAMEN DE LA RELACIÓN CONGRESO NACIONAL Y CORTE CONSTITUCIONAL.**

La actividad política democrática está esencialmente determinada por el modo en que se imbrican los poderes Ejecutivo y Legislativo. En el anteproyecto constitucional y como una deriva más realista desde la Ley N° 21.533, el modo en que se produce ese vínculo es mediante una relación de separación de poderes (art. 154.7 de la Constitución) y bajo un forma de gobierno presidencialista (art. 4.1 del anteproyecto).

Para ello, hay un diagnóstico que profundiza en la obtención de mecanismos que garanticen gobernabilidad bajo un objetivo implícito: un “Congreso para el Presidente”. Para ello, se establecen umbrales electorales para los partidos, se incrementa la disciplina partidaria, se amplían quórum para dificultar las acusaciones constitucionales, y, sobretudo, se establece la fecha de elección general parlamentaria para la segunda vuelta presidencial produciendo un subsidio electoral a las dos posiciones mayoritarias del *ballotage*.

En tal sentido, el modo en que se produce la política en el Congreso va a estar más atenta a todos los detalles de la institucionalidad que, por evitar la excesiva fragmentación de la representación parlamentaria de las bancadas en el Congreso, puede importar un ámbito de disputa desde las minorías. Desde este punto de vista, no resulta posible tampoco construir otro implícito: “una Corte para el Presidente”.

Por lo mismo, nos centraremos en dos cuestiones: el control de constitucionalidad de vicios de legalidad en el Congreso Nacional y el régimen de nombramientos de Ministros en la Corte Constitucional.

#### **A.- El control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.**

La relación Congreso Nacional y Corte Constitucional es necesariamente conflictiva, puesto que en toda democracia constitucional la única que puede anular los mandatos de una ley es una Corte o Tribunal dotado del poder de control de constitucionalidad de las leyes. Ello ha llevado a un ardua calificación de sus alcances como “objeción contramayoritaria” y el “argumento democrático” y la justificación de esos controles de constitucionalidad.

En particular, muchos teóricos han enjuiciado esas dimensiones desde Alexander Bickel<sup>4</sup>, John Hart Ely<sup>5</sup> o Jeremy Waldron<sup>6</sup> todos con argumentos diferentes. Por tomar uno de ellos. Para Waldron el debate es radical porque importa cuestionar la propia noción de control. Es así como la existencia de una carta de derechos exige interpretaciones posteriores que se dan en el contexto de una sociedad pluralista y marcadas por el desacuerdo. Si del mismo modo que confiamos en los individuos para consagrar la dirección del Estado no se ve cómo una Corte pueda privarlos de pensar con libertad en torno a sus problemas. Incluso más los jueces adoptan sus decisiones del mismo modo que los parlamentarios (votan y configuran mayorías). Se sostiene que los jueces también deliberan, pero en realidad razonan secuenciadamente (desde el que tiene menor antigüedad de nombramiento en adelante y no se interrumpen ni se establece un diálogo). Literalmente no es un “jurado” que delibera horizontalmente por horas cada caso. Y los fallos del procedimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos están a la vista en casos como “Dred Scott” en donde convalidaron la esclavitud; en “Schenk” donde condenaron a un opositor por sus dichos y en “Korematsu” donde respaldaron un campo de concentración dentro de Estados Unidos.<sup>7</sup>

Todos los intentos de reformas constitucionales desde la introducción del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1925 en el año 1970, han considerado la perspectiva del control de constitucionalidad, sea como proyectos de ley o como leyes directamente. La Constitución de 1980 como requisito previo en la formación de determinadas leyes en el control preventivo y obligatorio, y las leyes desde las reformas del 2005. A su turno el proyecto de Constitución de 2018 de la Presidenta Michelle Bachelet, el de la Convención Constitucional de 2022 y el anteproyecto de 2023 contienen este mecanismo de control y, por lo mismo, la objeción contramayoritaria está superada pero no implica que no tenga riesgos o deba suponer un ejercicio autocontenido de los propios jueces para saber delimitar hasta dónde llega su poder.

En consecuencia, se trata de un debate sensible y en el que no he traído a colación casos nacionales habida cuenta la enorme rispidez que generan, especialmente, a partir de la consagración del control preventivo y obligatorio de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales, las leyes interpretativas constitucionales y los tratados

---

<sup>4</sup> BICKEL, Alexander (1962), *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, The Bobbs-Merrill Company., United States.

<sup>5</sup> HART ELY, John (2007), *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre editores, Bogotá.

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy (2005), *Derechos y desacuerdos*, Marcial Pons, España.

<sup>7</sup> WALDRON: 2005: XXIX.



internacionales en materias propias de leyes orgánicas constitucionales (art. 93 N° 1 de la Constitución).

Partiré con el examen de la Corte Constitucional para analizar unas dimensiones puntuales de las reformas.

El anteproyecto contiene 6 artículos que delinear la nueva estructura institucional, funcional y organizativa de la Corte Constitucional introduciendo significativos cambios al Tribunal Constitucional vigente.

Esas novedades importan:

1. Un nuevo organismo continuador del vigente Tribunal Constitucional (38ª transitoria).
2. Una reformulación de sus integrantes de 10 a 9 a objeto de resolver el tema del voto dirimente.
3. Un nuevo procedimiento de selección de Ministros, bajo una modalidad secuenciada de intervención de los tres poderes del Estado con la configuración de una quina por la Corte Suprema, un binomio por el Presidente de la República y el designado.
4. Nuevas competencias: controles formales durante la tramitación de leyes, función consultiva, control preventivo de forma y contiendas de competencia territorial, junto a una continuidad relativa de las otras competencias vigentes.
5. Nueva asignación de conocimiento de atribuciones al incrementarse los asuntos que define una Sala.
6. Nuevos efectos al introducir una modulación de la inconstitucionalidad de la ley otorgándole un plazo de 90 días al Congreso Nacional para subsanar el vicio declarado.

No vamos a describir la continuidad pero se fortalece la noción de ser una Corte dedicada a la tramitación de las inaplicabilidades y sin competencias en materia de garantías de derechos. Asimismo, se reduce la dimensión de un órgano fuerte de control de constitucionalidad introduciéndole mecanismos de deliberación ex post del Congreso a una inconstitucionalidad de la ley.

## B.- Problemas planteados.

**El alto precio de la eliminación del control preventivo y obligatorio.** Al cambiar el cuestionado control preventivo de proyectos de ley (sea facultativo y obligatorio) se propusieron mecanismos compensatorios de esa eliminación (control de vicios intralegislativos, de iniciativa exclusiva del Presidente y función consultiva). Estos instrumentos incrementan los problemas **porque introduce a la Corte Constitucional en todo el procedimiento de formación de la ley sin límite alguno** escalando institucionalmente conflictos interpretativos de ley o puramente reglamentarios fuera del Congreso.

El anteproyecto contiene mecanismos que evitan un uso abusivo de estos controles en la relación al quórum exigente para aprobarlos [2/3 de sus miembros en el literal a) del art. 169]. Sin embargo, al diferenciar quórum con mayorías simples para declarar la inconstitucionalidad contribuye a facilitar mecanismos de amplia litigación constitucional de asuntos políticos, legales y reglamentarios de formación de la ley en el Congreso Nacional [literal b9 y c) del art. 169].

En cuanto a las propuestas aparecen los siguientes elementos complejos en ese vínculo.

1. **Control indefinible de vicios.** El control de la Corte de un proyecto de ley se extiende, según el art. 169 a), a:

“las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)”.

No se trata de infracciones a **procedimientos constitucionales** (quórum de leyes institucionales, ausencia de informe de organismos técnicos en la Ley de Presupuestos en el art. 82.4 u oír a la Corte Suprema y otro organismos autónomos judiciales del artículo 156.4). Aquí se extiende a la multiplicidad de **conflictos legales o reglamentarios** de formación de la ley al aludir a **conflictos “en la ley institucional del Congreso Nacional”**. Adicionalmente, no se pone en el escenario completamente plausible de **vicios subsanables interna corporis**. El recurso a la Corte es de **ultima ratio** y debería ser descartado para resolver conflictos sencillos como ausencia de informes u otros y además no se condice con el efecto de este control que es declarar la “inconstitucionalidad” de las disposiciones (art. 170.2 del anteproyecto).

Adicionalmente, la noción de **infracciones (...) de competencia** es la puerta de entrada a vicios materiales y no formales. Puede llevar a cuestionar si existe poder de innovar normativamente atribuyéndole competencias a un órgano, sobre todo, si no se considera en la Constitución la creación de tribunales contencioso- administrativos (ej. Caso de Ley de Sernac).

#### **PROPUESTA 1: Eliminar el control de vicios legales y de competencia.**

Para modificar en el artículo 169 a) la expresión: “las cuestiones por infracciones de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional (...)” por **“las cuestiones por infracciones insubsanables de procedimiento establecidas en la Constitución”**.

#### **2. El vicio por iniciativa exclusiva del Presidente de la República.**

Una de las manifestaciones de la **indefinición de los vicios competenciales** es que aparentemente uno de ellos (los asuntos sobre los cuáles se puede promover una iniciativa de ley) no tenía cabida dentro del numeral anterior.

El art. 169 b) dispone como atribución de la Corte Constitucional el:

“b) Resolver si una determinada moción o indicación a un proyecto de ley es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La cuestión podrá ser planteada por una tercera parte de los diputados o senadores en ejercicio.”

Dos problemas resultan evidentes. Uno procesal, ¿por qué no puede plantear la defensa de su iniciativa el Presidente de la República? Lo que deriva en el segundo problema que es político. Las mociones que alcanzan una iniciativa exclusiva del Presidente es una práctica parlamentaria en busca de apoyo. En los hechos, es **politizar la Corte a favor del Presidente sin que éste intervenga**.

#### **PROPUESTA 2: Eliminar el control de vicio de competencia.**

Para **suprimir el literal b) del artículo 169**.

3. **Función consultiva.** Se trata de establecer una función que indaga sobre “las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de ley y tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso

Nacional”, según lo propone el **art. 169 c)**. Es una **mala idea por tres razones**. Primero, porque **debilita el sentido de garantizar la supremacía constitucional**. Carece de poder vinculante su interpretación. Segundo, porque se **presta para manipulaciones durante la tramitación de la ley** (consultas varias) y posteriormente para **inhabilitar posiciones de magistrados**. Tercero, porque la evidencia en derecho comparado es mínima.

No obstante, sí hay una cuestión diferente con los tratados internacionales que merece ser analizado aparte.

### **PROPUESTA 3: Eliminar la función consultiva de la Corte Constitucional.**

Para **suprimir el literal c) del artículo 169**.

4. **Control preventivo y obligatorio de tratados internacionales.** Se trata de un asunto donde sí corresponde realizar un control preventivo porque se trata de cuestiones sin posible solución posterior, debido al cumplimiento de buena fe y al principio de responsabilidad internacional. Recordar que sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

A diferencia de los vicios de un proyecto de ley que tiene herramientas institucionales internas, en el caso de los tratados internacionales se está frente a una fuente de derecho con lógicas diferenciadas, con lo cual hay que enfatizar en el mejor de las incorporaciones al derecho interno.

### **PROPUESTA 4: Agregar el control preventivo de los tratados internacionales.**

Para **agregar el siguiente precepto**:

“Ejercer el control preventivo de constitucionalidad de las normas de un tratado internacional antes de su ratificación por el Congreso Nacional”.

5. **Inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos.** Si uno de los objetivos del anteproyecto es fortalecer a los partidos políticos no parece razonable someter el examen de los “objetivos, actos o conductas” que “no respeten los principios básicos del régimen democrático”, y de “aquellos que hagan uso de la

violencia, la propugnen o inciten a ella”, queden entregado a una sala de la Corte Constitucional. La democracia no es un asunto de menor cuantía constitucional.

**PROPUESTA 5: Someter el control de inconstitucionalidad de los partidos políticos y movimientos al pleno de la Corte Constitucional.**

En el art. 168.2 para **sustituir** después del literal h) la expresión: “**y k)**” por “**,k) y n)**”.

**6. Modulación de efectos y plazos de saneamiento de inconstitucionalidad de la ley.**

Una de las buenas decisiones del anteproyecto es establecer una modalidad de declaración de inconstitucionalidad de las leyes bajo un formato dialógico con el Congreso Nacional. Las declaraciones unilaterales de inconstitucionalidad vuelven fuertes a la Corte Constitucional pero no necesariamente efectivas (Ej. Caso de tabla de factores de Ley de Isapres y casi 13 años sin resolverse). Lo relevante es resolver la inconstitucionalidad y para ello se le otorga un **plazo muy reducido de 90 días bajo la norma de suspensión del efecto derogatorio** y si no hay solución en el Congreso Nacional se publica la sentencia y se deroga el precepto.

Parece razonable ampliar ese plazo porque en los ordenamientos constitucionales que tienen esta modulación de efectos el plazo es significativamente mayor (5 años en el caso de Canadá) y porque el debate central es si se clausura completamente o no la atribución de los Congresos de dictar leyes similares a aquellas que ya fueron declaradas inconstitucionales. Por lo mismo, parece razonable ampliar el plazo hasta un año.

**PROPUESTA 6: Ampliar plazo de saneamiento de la inconstitucionalidad de la ley.**

En el artículo 170.5 para reemplazar la expresión “**noventa días**” por “**un año**”.

## C.- NOMBRAMIENTOS DEL SENADO DE DIVERSAS AUTORIDADES EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

### 1. CARACTERÍSTICAS DE LOS NOMBRAMIENTOS EN EL SENADO.

El Senado tiene una significativa centralidad en el régimen de nombramientos de diversas autoridades constitucionales y legales en el ordenamiento jurídico. El anteproyecto constitucional reformula algunos de esos nombramientos según se explica en el cuadro.

Organismo	C. vigente	Anteproyecto
Ministros de la Corte Suprema	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Todos (21) decididos por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Fiscal Nacional del Ministerio Público	Decidido por el Senado por los <b>2/3</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.	Decidido por el Senado por los <b>3/5</b> previa designación del Presidente de uno de ellos de una quina propuesta por la Corte Suprema.
Ministros del Tribunal Constitucional/Corte Constitucional	<b>4 de 10</b> propuestos dos por ella misma y dos por la Cámara de Diputados, designados por las 2/3 del Senado.	Elige los <b>9 miembros</b> mediante el mismo procedimiento. Construcción de <b>quinas por la Corte Suprema</b> , selección de un <b>binomio por el Presidente de la República</b> y elección de <b>uno por el Senado</b> . <b>Norma por desacuerdo:</b> “Si por <b>segunda vez</b> ningún candidato reúne el quorum en el Senado, la Corte Suprema procederá a realizar un <b>sorteo entre los cuatro</b>

		<b>candidatos que hayan sido propuestos en binomios</b> por el Presidente de la República.
Consejo Directivo del Servicio Electoral	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros.	5 consejeros designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Contralor	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.	1 designado por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Consejo del Banco Central	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>2/3</b> de sus miembros, <b>según LOC BC.</b>	5 designados por el Presidente de la República previa aprobación del Senado por <b>3/5</b> de sus miembros.
Otros organismos judiciales		<b>Organismo de nombramientos judiciales. 2 miembros de 7 designados por el Senado mediante concurso público.</b>

## 2. ELEMENTOS DEFINITORIOS DE LAS DESIGNACIONES.

Las cuestiones centrales que definen una designación en el Congreso, Parlamento o Asamblea legislativa tiene que ver con:

1. **Requisitos:** El conjunto de elementos a veces está revestido de **requisitos objetivos** (edad, años de título, títulos específicos, etc.) y en otros matizada por requisitos **ponderables** (certificaciones, comprobaciones, etc.) o **evaluación subjetiva** (carrera destacada, trayectoria, trascendencia, etc.).

Requisitos	Ejemplos
Objetivos	<p><b>Austria:</b> No pueden ser miembros del TC, los que en los 5 años anteriores hayan ejercido los cargos de miembros del Gobierno Federal, de un Gobierno de un Land, parlamentario nacional o ante el Parlamento Europeo, o integrantes de éstos (art. 147.4 CA).</p> <p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Mayores de 35 y menores de 65 años (Art. 101 CBr).</p> <p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023.</b> 15 años de título de abogado (art. 167)</p> <p><b>Italia: TC.</b> Se elegirán entre los magistrados incluidos los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los catedráticos universitarios y los abogados con más de veinte años de ejercicio profesional (art. 135 CI).</p> <p><b>Lituania: TC.</b> Con título universitario de Derecho y que hayan estado al menos 10 años ejerciendo la abogacía o en tareas de investigación o enseñanza según su cualificación como juristas (art. 103 CL).</p> <p><b>Portugal: TC.</b> Se elegirán entre los jueces de los restantes tribunales (6) y 4 entre juristas. (art. 222 CP)</p> <p><b>República Checa:</b> Formación universitaria en materias legales y haya ejercido una profesión legal por un mínimo de 10 años (art. 82 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca: CC.</b> No menor de 40 años, licenciado en derecho con 15 años de experiencia en el ejercicio legal (art. 134 CRE).</p> <p><b>Serbia. TC.</b> Al menos con 40 años (art. 172 CS).</p>
Ponderables	<p><b>Chile. Anteproyecto constitucional 2023. “Reconocida y comprobada</b> competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones”. (art. 167)</p>
Subjetivos	<p><b>Brasil: Supremo Tribunal Federal.</b> Notable saber jurídico y reputación intachable. (Art. 101 CBr)</p> <p><b>Lituania: TC.</b> Impecable reputación (art. 103 CL).</p> <p><b>República Checa:</b> Tener una conducta intachable (art. 84 CRCh).</p> <p><b>República Eslovaca:</b> Buena reputación y cuya vida anterior y cualidades morales sean una garantía de que desempeñará</p>



	correctamente la función de juez de la Corte Constitucional (art. 134 CRE). <b>Serbia. TC.</b> Entre abogados prominentes (art. 172 CS)
--	--

## 2. Quórum:

El quórum de aprobación es central en un nombramiento y puede haber muy diferenciados. Solo adoptaremos los quórum de aquellos escogidos por el respectivo Congreso.

Quórum	País y órgano.
Mayoría simple	<b>Alemania</b> (Una mitad la nombra la Cámara baja y la otra la Cámara de las Regiones). <b>Colombia</b> (Senado) <b>Italia</b> (Parlamento en sesión conjunta). <b>Lituania.</b> (Parlamento unicameral). <b>Portugal</b> (Asamblea de la República, unicameral). <b>República Checa</b> (Senado) <b>República Eslovaca</b> (Consejo Nacional de la República Eslovaca-unicameral) <b>Serbia</b> (Asamblea Nacional-unicameral)
Mayoría absoluta	<b>Brasil</b> (Senado federal).
3/5	<b>Chile</b> (Senado en el anteproyecto) <b>España:</b> propuestas separadas del Senado y del Congreso de los Diputados.
2/3	<b>Chile</b> (C.80) <b>Uruguay</b> (asamblea general)

## 3. Procedimiento:

En un procedimiento normalmente está identificada quién tiene la iniciativa para proponer un nombramiento (proposición), los elementos particulares del procedimiento (especificidad) y la forma en que se adopta la decisión (decisión).

Proposición	Especificidad	Decisión
<b>Alemania:</b> no hay referencia constitucional.	<b>Alemania:</b> no pueden pertenecer al Bundesrat ni	<b>Alemania:</b> Por mitades cada cámara.

	al Bundestag, ni al gobierno federal o de Land.	
<b>Austria:</b> 8 los recomienda el Gobierno Federal y los 6 restantes el Consejo Nacional.	<b>Austria:</b> 3 deben provenir fuera de Viena.	<b>Austria:</b> Todos los nombra el Presidente Federal.
<b>Brasil:</b> El Senado por mayoría absoluta.		<b>Brasil:</b> El Presidente de la República previa proposición del Senado.
<b>Colombia:</b> Proponen ternas el Presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado.	No pueden ser elegidos los que el año anterior se hayan desempeñado como Ministro de Despacho o Magistrados de la Corte Suprema o del Consejo de Estado.	Por el Senado.
<b>España:</b> 4 a proposición del Congreso de los diputados y 4 a propuesta del Senado por los 3/5; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.		Nombra el rey los doce.
<b>Francia:</b> Tres por la Asamblea, tres por el Presidente del Senado y 3 por el Presidente de la República.	El Presidente de la República no podrá proceder a un nombramiento cuando la suma de votos negativos en cada comisión represente al menos tres quintos de los votos emitidos en el seno de las dos comisiones permanentes escogidas.	Los del Congreso se deciden mediante el mecanismo de aprobación por comisiones permanentes de acuerdo a lo indicado.

<b>Portugal:</b> nombramiento cooptación.	Por o	La cooptación es entre jueces.	La Asamblea de la República.
<b>República Eslovaca:</b> El Consejo Nacional propone el doble de número de candidatos por puesto.	El	Se vota en público después de audiencia a los postulantes	Los nombra el Presidente de la República.

#### 4. Desacuerdo:

Frente al desacuerdo en el régimen de nombramientos se han impuesto en muchas experiencias constitucionales largos bloqueos de éstos que han llegado hasta más allá de los 5 años. En algunos casos las modalidades de solución son variadas:

- Utilización del procedimiento de **excedencia (España, Perú, etc.)**. Lo anterior, implica que en ausencia de nombramiento permanece por un período extraordinario y hasta completar la vacante el que la hubiera dejado.
- Otra modalidad es la **Comisión externa de juristas de las Escuelas de Derecho (Alemania)**. Se trata de una Comisión del más alto nivel que propone nombres de trayectoria que superen el impasse.
- La modalidad sugerida por el anteproyecto constitucional es el **sorteo** pero entre postulantes que ya fueron rechazados por el Senado o no obtuvieron la mayoría requerida.

#### 5. PROPUESTAS AL CONSEJO CONSTITUCIONAL.

La selección de magistrados al Tribunal Constitucional supone un **peso excesivo y totalizante de la Corte Suprema**. No parece razonable que todos ellos provinieran del entorno de la Corte más allá de que formalmente han sido configurados sus nombramientos en concurso público.

Demasiados constitucionalistas han participado en dichos procesos y concursos públicos de la Corte Suprema sin éxito alguno (y sin desvirtuar el mérito de los elegidos)

proviniento todos ellos con grado de doctor de diversas universidades de Alemania, Bélgica y Estados Unidos; con publicaciones nacionales, grandes posiciones en distintas Facultades de Derecho del país.

Es bastante evidente que hay una mayoría de Ministros en la Corte que recela de los nombramientos de Ministros externos y han logrado una forma de predominio de los externos mediante la promoción de abogados integrantes. En ese contexto existe un “cultura jurídica litigante” en torno a las Cortes y que no tiene resuelto los conflictos de interés de integrar un día una sala y al otro alegar en una distinta.

La formación jurídica en Chile tiene la suficiente entidad formativa en el tiempo que ha permitido que se haya incrementando la densidad de los estudios, la profundización de la investigación y un inicio ligeramente menor de control por parte de observatorios académicos a la función judicial y a la jurisprudencia resultante.

De este modo, no resulta plausible que un “mismo tipo” de abogados alcancen funciones de privilegio por el inicio en el mismo punto de partida en concursos ante la Corte Suprema. Las evidencias demostradas en los cuadros anteriores revelan el peso decisivo de los Congresos y Asambleas parlamentarias en esas designaciones.

La propuesta es que hay que pluralizar el procedimiento de designación de los **miembros de la Corte Constitucional**.

**La selección de decisiones puede compartirse de un modo minoritario en la Corte Suprema y prácticamente total en el caso del Congreso Nacional.** Es probable que un régimen de nombramientos bajo criterios de preselección por comisiones especializadas, con el auxilio de los Decanos de las Facultades de Derecho o los Departamentos de Derecho Público, con listas de inscripción con tiempo, escrutinio público en el Congreso y audiencias programadas permitan revestir de transparencia estos procesos.

El fraccionamiento del Congreso o de una de sus cámaras es una cuestión compleja a la hora de aprobar nombramientos y con los altos quórum que se exigen para obtener las designaciones.

En consecuencia, hay **dos modalidades** que propician una **regla por defecto frente al desacuerdo**. Por una lado, una norma que establezca un régimen de excedencia.

**Se trata de un caso paradigmático** puesto que mediante la imposibilidad de nombrar miembros por los altos quórum se **va anulando el ejercicio de atribuciones de un órgano.**

Si un órgano constitucional autónomo es tan central dentro del proceso democrático, parece razonable considerar un **régimen de excedencia del miembro o ministro vacante que durará en el cargo hasta empalmar con el nombramiento de quién lo sucede.**

Y cuando la dilación adopta una **extensión desmesurada, el sorteo puede ser una opción por defecto.**

El recurrir inmediatamente a los sorteos revela que esos miembros solo cuentan con la confianza de la Corte y del Presidente de la República. Ahí es donde se produce el implícito de una “Corte para el Presidente”. El régimen regular será el de fracasos en el Senado y sorteos. Esto no resulta razonable como modalidad de aprecio de la voluntad democrática reflejada en la Corte.

En consecuencia, se sugiere la siguiente redacción a las propuestas número 7, 8 y 9 de este documento.

**PROPUESTA 7: En el artículo 166.2 para agregar** después de la expresión: “El proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes que el titular en ejercicio a ser reemplazado cese en el cargo.” La frase: **“Mientras no se produzca el nombramiento de reemplazo, permanecerá su titular hasta que su vacante sea completada aunque exceda el tiempo para el cual fue nombrado, sin perjuicio de lo dispuesto en el número anterior sobre el sorteo”.**

**PROPUESTA 8: Para reemplazar el art. 166.1 por el siguiente:**

**“1. La Corte Constitucional estará integrada por nueve miembros que serán designados de la siguiente forma:**

**Tres integrantes elegidos por la Cámara de Diputados y tres integrantes escogidos por el Senado, respectivamente, en una sola votación, por los tres quintos de los parlamentarios en ejercicio de cada una de las cámaras.**

**Tres integrantes elegidos por la Corte Suprema, previa audiencia pública y en una votación pública.**

**El proceso de selección en el Congreso Nacional y en la Corte Suprema deberá estar precedido de audiencias públicas en la que los candidatos deben realizar una exposición y responder preguntas de los parlamentarios o Ministros, respectivamente, y bajo un procedimiento de participación de la sociedad civil, que será definido por la ley.**

**Solo en caso que no se logre el quórum respectivo en cada cámara de Congreso, dentro del año siguiente a producida la vacante, se procederá al sorteo de cada uno de los miembros de la Corte Constitucional. Se realizará solo entre los postulantes que hayan obtenido las seis primeras mayorías en cada una de las cámaras en el marco de una sola votación. “**

## **Preguntas sobre el proyecto de ley que busca regular las aguas desaladas de mar**

### **1. ¿Qué motivó la presentación de este proyecto?**

Varias razones. Primero, por la enorme paradoja de estar con una creciente ausencia de agua, siendo que es el elemento que cubre mayoritariamente el planeta. La tecnología del siglo XXI debe proveernos soluciones a este tipo de agudos problemas de provisión de un bien central para la vida en un contexto de fuertes problemas económicos, ambientales y sociales. Segundo, por el cambio climático como un imperativo ético que debemos precaver para todas nuestras comunidades cada vez más amenazadas en su propia subsistencia y emplazamientos. Tercero, porque se trata de una actividad central para la subsistencia humana en la provisión de agua potable y para el ámbito industrial que está especialmente localizado en el norte. En cuarto término, porque es una industria que en los hechos está prácticamente desregulada y no ha avanzado ningún proyecto de ley que regule la conciliación de su impacto ambiental con la necesidad de su emplazamiento. Creo que estamos muy retrasados en la previsión de conflictos propios de este siglo. En nuestro Código de Aguas, en abril del año pasado en la Ley 21435, establecimos la necesidad de un plan estratégico por cuenca hidrográfica para hacer frente a las necesidades futuras mediante diversas soluciones basadas en la naturaleza, partiendo por la desalinización del agua de mar, con el objetivo prioritario del consumo humanos.

### **2. ¿Cual es el problema principal que hace necesaria la regulación de aguas desaladas?**

Varios problemas están en la base de la regulación. Primero, que la industria de agua desalada no es inocua y hay que verificar su adecuado impacto ambiental y mejorar su localización geográfica.

Otro dilema no menor es que al no incorporarlas formalmente al Código de Aguas no se resuelve bien el dilema de su carácter de bien nacional de uso público. Si hoy tenemos claro que el agua dulce (Código de Aguas) y el agua de mar (Código Civil) son bienes nacionales de uso público, ¿qué estatuto tiene el agua que dejó de ser agua de mar y que no es dulce, siendo un bien económico? Después de la dictación de la Ley 21.435, que representa un nuevo recomienzo de un estatuto consensuado sobre el agua y sus usos, al incorporarlas al Código recibe todo el tratamiento completo de aguas que formalmente ingresan al ciclo hidrológico nacional. Se le otorga el carácter de aguas reservadas para su disposición por parte del Estado bajo un régimen de dominio público, esto es, mediante el sistema de concesiones. Esto resuelve el problema que ya aconteció en el pasado con la calificación del agua. Las empresas sanitarias sostuvieron que el agua depurada por ellos era agua privada.

Desde el punto de vista interpretativo, incorpora las instalaciones de desalación de agua de mar como plantas de tratamiento de agua y como acueductos para su traslado, facilitando el régimen de evaluación ambiental. La solución normativa global planteada está basada también en la legislación española, centralmente, e indirectamente en la experiencia de Israel. Y es un avance en el necesario establecimiento de reglas del juego previsibles y no seguir en contextos desregulados.

3.- ¿Hay algún caso que tengan en conocimiento que generó preocupación y que consideraron suficiente para plantear el proyecto?

Legislar ad hoc creo que siempre es un error. Tiene carácter general y es un problema público susceptible de ser resuelto mediante ley. Eso es suficiente.

4.- ¿Cuáles serían las consecuencias para las actuales plantas desaladoras?

El proyecto contempla una norma transitoria que reconoce las actuales plantas desaladoras sin afectarlas hasta la pervivencia de sus propias autorizaciones administrativas o de concesiones de terrenos para su emplazamiento. Les otorga derecho preferente a la continuidad de su funcionamiento, sin perjuicio de la imposición de cargas futuras que el propio Código de Aguas pueda contemplar.