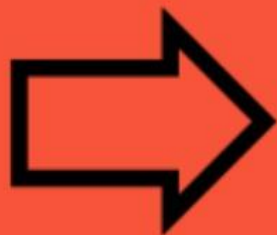


Volumen 3

**Aspectos  
Orgánicos  
Constitucionales  
y de Reforma  
Constitucional**

---



contexto+

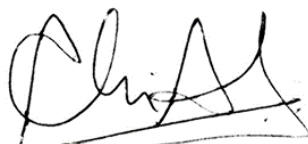
## Presentación

**Plataforma Contexto** nació como una iniciativa de colaboración de la Universidad Diego Portales y Espacio Público, la Corporación Humanas y el Observatorio Ciudadano (Temuco). Queremos contribuir a un proceso constituyente informado aportando nuestros conocimientos y experiencia de trabajo con la sociedad para cumplir los siguientes objetivos:

- **Promover un debate informado;** para ello durante todo el proceso constituyente generaremos conocimiento sobre la experiencia comparada en materia constitucional como también respecto de procesos constituyentes en diferentes partes del mundo. Buscamos traducir temas que a veces revisten cierta complejidad, a un lenguaje accesible al público general.
- **Incentivar el involucramiento de la ciudadanía;** para cumplir con este objetivo generaremos mecanismos para que la ciudadanía pueda debatir, participar del proceso, proponer ideas a la Convención.
- **Monitorear el proceso constituyente;** para ello, generaremos insumos respecto de los debates constituyentes, buscando simplificar y traducir a lenguaje ciudadano las deliberaciones que se darán en la Convención.

Durante el año 2020 nuestra plataforma involucró a más de 13 mil personas en escuelas constituyentes, seminarios y talleres. Nuestros materiales impresos y digitales tuvieron un alcance de más de 2 millones de visualizaciones. Además, hemos trabajado colaborativamente con otras universidades, organizaciones de la sociedad civil y centros comunitarios en diferentes partes del país.

El material que ponemos a disposición aquí para la Convención es fruto de la reflexión de una multiplicidad de especialistas del país que han reflexionado respecto de las diversas dimensiones tanto del proceso constituyente como de los contenidos constitucionales dogmáticos y orgánicos.



Claudio Fuentes S.

Ph.D. en ciencia política

Profesor titular, Universidad Diego Portales

Coordinador Plataforma Contexto

## Índice

<b>Regímenes de gobierno democrático en el mundo: Presidencialismo, Parlamentarismo y semi-presidencialismo.....</b>	<b>4</b>
<b>Unicameralismo vs. Bicameralismo en las democracias del mundo.....</b>	<b>12</b>
<b>Propuesta de un Régimen Parlamentario para Chile .....</b>	<b>18</b>
<b>¿Qué debiese decir la nueva Constitución en relación al Ministerio Público? .....</b>	<b>23</b>
<b>¿Qué debiese decir la nueva Constitución en relación al Ministerio Público? .....</b>	<b>32</b>
<b>Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación a la .....</b>	<b>41</b>
<b>¿Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación con el Banco Central? .....</b>	<b>47</b>
<b>Seguridad Nacional en la Constitución .....</b>	<b>53</b>

## Regímenes de gobierno democrático en el mundo: Presidencialismo, Parlamentarismo y semi-presidencialismo.

Claudio Fuentes S. Profesor Ciencia Política UDP.

### Resumen

En esta minuta explicamos en términos generales las diferencias entre las familias principales en regímenes democráticos representativos: presidencialismo, semi-presidencialismo y parlamentarismo. Además, se muestran las variedades de presidencialismo dependiendo de los poderes que concentra el Ejecutivo de formular leyes y de tomar decisiones en relación a otros poderes del Estado. Se analiza también la relación entre regímenes de gobierno y nivel de desarrollo humano y calidad de la democracia. Finalmente, se analiza en 139 democracias si ellas tienen Congresos unicamerales o bicamerales.

Palabras claves: Presidencialismo, parlamentarismo, semi-presidencialismo, unicameralismo, bicameralismo.

### Introducción

Un tema muy relevante en la discusión constitucional se refiere al modo en que se organiza el poder político, y en particular lo que se refiere al sistema de gobierno. En las democracias representativas contemporáneas se suelen organizar en torno a tres grandes familias de sistemas de gobierno: presidencialismo, parlamentarismo y semi-presidencialismo.

Presidencialismo. Una de las principales características del sistema presidencial es que la ciudadanía elegirá directamente a un Presidente o Presidenta por votación popular. Paralelamente la misma ciudadanía elegirá a quienes serán los representantes en el Congreso Nacional. De este modo se establece una legitimidad dual de las autoridades dado que por el voto popular se eligen representantes del poder Legislativo y del Ejecutivo.

Los sistemas presidenciales poseen ciertas características generales: 1) El o la Presidenta es elegido por un término fijo y no puede ser removido por algún cambio en las mayorías circunstanciales que se podrían dar en el Congreso, 2) Existirá una separación y distribución de poderes entre el Poder Ejecutivo representado en el Presidente y el Congreso Nacional, 3) El o la Presidenta ejerce plena autonomía en la designación de los integrantes de su gabinete y, 4) el o la presidenta no depende de la voluntad de los partidos, como sí ocurre en sistemas parlamentarios.

Parlamentarismo. En este caso, y a diferencia del sistema presidencial, la ciudadanía elegirá a representantes para el Parlamento, quienes a su vez elegirán a quienes ejercerán la función de gobierno (usualmente denominado primer ministro). Así, el poder Ejecutivo emana o es el resultado de las mayorías políticas que se establezcan en el poder Legislativo.

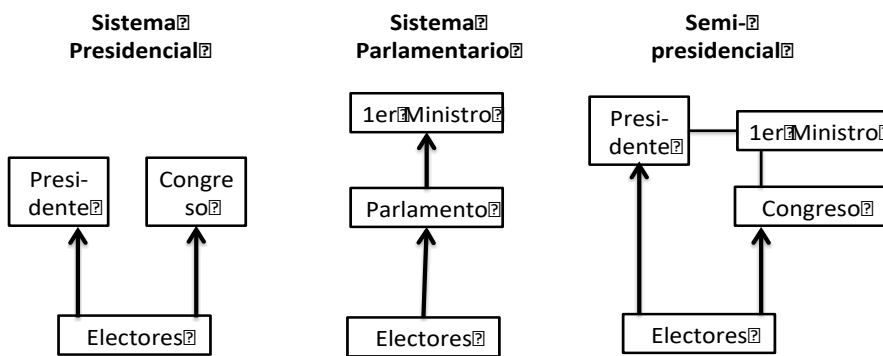
Los sistemas parlamentarios poseen las siguientes características generales, 1) El poder ejecutivo y legislativo está fusionado pues la conformación del gobierno depende de las mayorías que se conformen en el Parlamento, 2) Por lo mismo, el jefe de gobierno o Primer Ministro depende de la confianza de las mayorías parlamentarias por lo que la pérdida de confianza podría implicar su salida por la vía de un voto de censura, 3) la gobernabilidad del sistema depende de la capacidad

de las distintas fuerzas políticas de conformar una mayoría y ponerse de acuerdo y consensuar ciertas políticas de gobierno.

**Semi-presidencialismo.** Se trata de un modelo híbrido donde el o la Presidenta es electo directamente por la ciudadanía, y además los electores eligen a los representantes del Congreso. Pero además se establece la figura de un Primer Ministro que ejercerá funciones ejecutivas. Usualmente el o la Presidenta tendrá ciertas funciones de Estado (Política Exterior, Defensa), y el Primer Ministro será el encargado de las políticas de gobierno. Existen dos tipos de semi-presidencialismo:

- *Premier-presidencial.* En este caso, el o la Presidenta define quién será el primer ministro y su gabinete, pero sólo el Congreso podrá destituirlo por una moción de censura, por lo que este primer ministro dependerá de la confianza del Congreso. En algunos casos, el Presidente tiene la facultad de disolver al Congreso, lo que obliga al primer ministro y a su gabinete a renunciar. Este es el modelo más frecuente entre los sistemas semi-presidenciales.
- *Presidente-parlamentario.* En este caso el o la presidenta eligen al primer ministro y a su gabinete, pero debe contar con una mayoría del Congreso para su designación. Tanto el Presidente como la legislatura pueden destituir al gabinete mediante moción de censura.

Figura 1.5. Sistemas de gobierno



Fuente: elaborado por el autor a partir de Duverger (1980), Cheibub (2007), Elgie (2007). Una versión más compleja que incluye quién define gabinete en Sedelius y Linde (2018).

El esquema antes señalado constituye una sobre-simplificación pues dentro de cada familia de sistemas de gobierno se advierten significativas diferencias. No todos los presidencialismos, parlamentarismos o semi-presidencialismos son iguales. Por ejemplo, el presidencialismo de Chile concentra altos poderes en el Ejecutivo, pero aquello no sucede por ejemplo en Costa Rica o Estados Unidos que también es un presidencialismo. Por este motivo, varios autores han

especificado la necesidad de observar determinados poderes que tiene el Ejecutivo o Legislativo a la hora de clasificar sistemas de gobierno (Mainwaring & Shugart 2002, Elgie 2007). Esto lo analizaremos más adelante.

## Sistemas de gobierno en el mundo

A partir de esta clasificación general de familias de sistemas políticos, observamos 139 sistemas políticos del mundo. De los 193 estados reconocidos con voz y voto en Naciones Unidas, excluimos 54 países que tienen régimen no democráticos.<sup>1</sup> Agrupamos los estados restantes de acuerdo a las tres familias indicadas identificamos 70 regímenes parlamentarios (50,4%), 41 regímenes presidenciales (29,5%) y 19 regímenes semi-presidenciales (13,7%).<sup>2</sup>

Tabla 1. Sistemas de gobierno, por regiones del mundo (N 139 países)

N 139	Presi- dencial	Semi- Presidencial	Parlamen- tario	Otros	Total
Total	41	19	70	9	139
Américas	19	1	12	-	32
Africa	14	8	6	-	28
Europa	-	6	31	4	41
Eurasia	6	4	11	2	23
Oceanía	2	-	10	3	15

Tal como varios autores lo han indicado, los sistemas de gobiernos se asocian a determinadas regiones del planeta. Son más dominantes los sistemas presidenciales en las Américas (59,3%) y Africa (50%), mientras que predominan los parlamentarismos en Europa (75%), Eurasia (47,8%) y Oceanía (66,7%) (Tabla 2). El tipo de régimen político suele asociarse con coyunturas críticas que permitieron el desarrollo de determinadas formas de gobierno en la historia moderna acompañado por procesos de influencia por la vía de la colonización. Son excepcionales los casos de cambios de sistemas de gobierno por lo que parece que una vez definidos, resulta difícil un cambio radical en la distribución de poder entre poderes del Estado.

Tabla 2. Sistemas de gobierno, por regiones del mundo (%) (N: 139 países)

%	Presi- dencial	Semi- Presidencial	Parlamen- tario	Otros	Total
Total	29,5	13,7	<b>50,4</b>	6,4	100
Americas	<b>59,4</b>	3,1	37,5	-	100
Africa	<b>50,0</b>	28,6	21,4	-	100
Europa	-	14,6	<b>75,6</b>	9,8	100
Eurasia	26,0	17,4	<b>47,8</b>	8,7	100
Oceanía	13,3	-	<b>66,7</b>	20,0	100

<sup>1</sup> Para definir qué gobiernos son democráticos, utilizamos el index de democracia de *The Economist Intelligence Unit (2019)*. Se excluyeron 54 Estados considerados autoritarios. El índice incluye cuatro dimensiones: proceso electoral y pluralismo, funcionamiento de gobierno, participación política, cultura política y libertades civiles.

<sup>2</sup> Una primera clasificación la hicimos utilizando el CIA *WorldFact Book*. Luego, contrastamos esa clasificación con varios estudios específicos (Cheibub 2007, Elgie 2007, Mezey 2013).

## ¿Existe una relación entre sistemas de gobierno, desarrollo humano y calidad de la democracia?

Ha existido un gran debate sobre el eventual vínculo que existiría entre el tipo de sistema de gobierno que un país tiene (presidencial vs. parlamentario) y el desarrollo y calidad de la democracia que es posible obtener. La relación parece intuitiva al observar los países más desarrollados. En la Tabla 3 se muestra que el 80% los 25 estados más desarrollados (medido como índice de desarrollo humano, IDH), tienen gobiernos parlamentarios y solo el 20% tiene sistemas presidenciales. Al otro lado, de los 25 países menos desarrollados, solo el 24% tiene gobiernos parlamentarios y el 52% posee sistemas presidenciales.

Pero la relación sistema de gobierno/desarrollo oculta el factor geográfico por cuanto como dijimos anteriormente, la mayoría de los sistemas parlamentarios se desarrollaron en el contexto europeo. El tema acá es que ciertas condiciones históricas posibilitaron el inmenso desarrollo de aquellas sociedades. Eventualmente el sistema político parlamentario pudo favorecer ciertas condiciones de estabilidad y consenso a lo largo del tiempo, pero no sabemos que sea el factor único y determinante. El hecho que existan países de bajo desarrollo y que sean sistemas parlamentarios nos muestra que, por si solo, un determinado sistema de gobierno no garantiza niveles altos de desarrollo (Mainwaring y Shugart 2002).

Tabla 3. Desarrollo humano y sistema de gobierno

	Tienen Gobierno Parlamentario	Tienen Gobierno Presidencialista
25 Estados más desarrollados (IDH)	80%	20%
25 Estados menos desarrollados (IDH)	24%	52%

Fuentes: IDH, Índice de desarrollo Humano (2019).

Otro vínculo intuitivo se asocia con el sistema de gobierno y la calidad de la democracia. Siguiendo con el mismo ejercicio, observamos en la tabla 4 que de los 25 países que tienen mayor calidad de la democracia, el 64% de ellos son parlamentarios. En este caso la causalidad es todavía más débil dado que de los 25 países con menor calidad de la democracia, 52% son también sistemas parlamentarios. Es decir, observamos que tener un sistema parlamentario no es una condición suficiente como para tener una democracia de calidad.

Tabla 4. Calidad de la democracia y sistema de gobierno

	Tienen Gobierno Parlamentario	Tienen Gobierno Presidencialista
25 Estados con más calidad de democracia (según EIU)	64%	20%
25 Estados con menos calidad de democracia (según EIU)	52%	24%

Fuente: EIU, *The Economist Intelligence Unit* (EIU) Democracy Index (2019).

## Variedades de Presidencialismo

Vimos que una de las características del sistema presidencial es que la autoridad máxima del gobierno es electo por la ciudadanía a través de una votación directa. Pero, además, existen otros elementos que definen al presidencialismo y que se relacionan con los poderes que concentra en relación al poder Legislativo. Por lo mismo, existen variedades de presidencialismo, dependiendo de la concentración de poderes que tiene un sistema presidencial. Cuando nos referimos a concentración de poderes legislativos, hablamos de la capacidad que le otorga la Constitución al Presidente de concentrar o tomar decisiones, conducir la agenda y revisar las decisiones que toma el Congreso desde el punto de vista de la formulación de las leyes.

Entre los poderes presidenciales legislativos más relevantes se cuenta (Payne 2006):

- Poder de gobernar por decreto. Se refiere a la capacidad del Presidente de emitir decretos y poder evitar pasar legislación por la aprobación del Congreso. En algunos casos, la Constitución autoriza al Congreso para delegar la potestad de generar legislación en el poder Ejecutivo bajo circunstancias excepcionales.
- Definiciones sobre presupuesto. Por tratarse de una esfera muy relevante, la regulación sobre quién define y cómo se define el presupuesto es crucial. Por ejemplo, importa saber si es el Poder Ejecutivo quien puede proponer el presupuesto de la Nación, pero además si el Poder Legislativo tiene algún poder de modificar, reducir o aumentar tales presupuestos.
- Poder de veto. Poder del Presidente para bloquear la legislación aprobada por el Congreso nacional. Existe la posibilidad de un veto parcial, donde el Presidente puede sugerir modificaciones a parte de la legislación aprobada por el Congreso. El poder de veto es mayor si es que el Congreso requerirá de una mayoría calificada (2/3 por ejemplo), para poder insistir en aprobar la norma que fue vetada.
- Iniciativa exclusiva de ley. Se refiere a la potestad exclusiva que le otorga la Constitución al Presidente para proponer ciertas leyes, usualmente las que tienen asociado un gasto o recurso fiscal.
- Poder de convocatoria a plebiscito. Se trata de la capacidad legal que tiene el Presidente de convocar a un plebiscito en caso de disputas de poder con el Legislativo o por su propia iniciativa. Al tener la iniciativa particular de convocar a un plebiscito, el Ejecutivo puede controlar la agenda

Considerando solo aquellos poderes presidenciales legislativos en América Latina, vemos que Chile es el país de América Latina que concentra más poderes en el Presidente, pues tiene alta capacidad para definir presupuestos, poder de veto, e iniciativa exclusiva de ley.



Tabla 4. Poderes presidenciales legislativos en América Latina

Escala	País	Índice de concentración poderes en Ejecutivo
Poder presidencial Alto	Chile	0,68
	Ecuador	0,62
	Brasil	0,60
	Colombia	0,57
	Perú	0,49
Poderes presidenciales Medio	Argentina	0,47
	Panamá	0,45
	Uruguay	0,39
	El Salvador	0,35
	Venezuela	0,31
	Guatemala	0,31
	Rep. Dominicana	0,30
Poderes presidenciales Bajos	Honduras	0,28
	México	0,26
	Costa Rica	0,25
	Bolivia	0,24
	Paraguay	0,20
	Nicaragua	0,19

Fuente: El índice elaborado por Payne (2006), considera una cuantificación de poderes del Ejecutivo de acción (decreto, presupuesto) y de reacción (Veto, veto parcial, iniciativa exclusiva de ley), y poder de convocatoria a plebiscito. Mientras más alto el índice, mayor es la concentración de poder legislativo en el Presidente.

A lo anterior podemos agregar otros poderes, como la capacidad del presidente de definir las urgencias legislativas (es decir lo que se debe discutir en forma más urgente), y la capacidad del propio poder Ejecutivo de generar información y estudios técnicos para justificar sus proyectos. Mientras mayor es su capacidad técnica, mayor es la posibilidad de controlar la agenda de debate en el Legislativo.

Pero además, existen poderes no legislativos que también podrían tener los Presidentes como, por ejemplo, la facultad de formar un gabinete sin el consentimiento del Legislativo (en algunos países el gabinete requiere la aprobación por parte de la mayoría legislativa); el poder de destituir a su gabinete sin tener que consultarle al poder Legislativo; y el que exista o no un “voto de censura”, que alude a la capacidad del Legislativo de poder destituir a un integrante del Gabinete por la pérdida de confianza política.

En síntesis, La Constitución establece una forma de distribuir poder y que puede ser bajo un esquema de doble legitimidad del voto (sistema presidencial donde se elige en forma separada el Presidente y a los Congresistas), o a partir de la elección directa de parlamentarios que luego escogerán a la autoridad de gobierno (sistema parlamentario). Pero además la Constitución define la concentración de poder que cada autoridad debe tener. En un sistema presidencial importa mucho definir los poderes que tendrá el Presidente en relación a otros poderes del Estado.

## Régimen de gobierno y estructura del Congreso

Suele pensarse que mientras los sistemas presidenciales tienen Congresos con dos cámaras (bicamerales, senado y Cámara de Diputados), en los regímenes parlamentarios dominarían los congresos unicamerales (con una sola Cámara). Pero esto no es el caso. De las 139 democracias de nuestra muestra, observamos que en las fórmulas de regímenes de gobierno (presidencial, semi-presidencial, parlamentario), predominan estructuras unicamerales (Tabla 5).

Tabla 5. Estructura del Congreso según régimen de gobierno (N: 139 países)

	Presi- dencial	Semi- Presidencial	Parlamen- tario	Otros	Total
Total	41	19	70	9	139
Unicameral	24	12	40	5	81
Bicameral	17	7	30	4	58

En términos porcentuales (Tabla 6) donde existe un mayor número de sistemas políticos con una sola cámara es en los sistemas semi-presidenciales, seguido de los presidenciales y luego muy de cerca los parlamentarios. Cabe advertir que aunque predominan las estructuras unicamerales (60% en promedio), existe un importante porcentaje de regímenes de gobierno con estructuras bicamerales en el Congreso. Analizaremos las ventajas y desventajas de estas estructuras en otra minuta constituyente.

Tabla 6. Estructura de Congreso según régimen de gobierno (N: 139 países) (%)

%	Presi- dencial	Semi- Presidencial	Parlamen- tario	Otros	Total
Total	100	100	100	100	100
Unicameral	<b>58,5</b>	<b>63,2</b>	<b>57,1</b>	<b>55,6</b>	<b>58,3</b>
Bicameral	41,5	36,8	42,8	44,4	41,7

## Síntesis

En esta minuta hemos explicado las distintas estructuras de democracias representativas en el mundo identificando tres familias: presidencialismo, semi-presidencialismo y parlamentarismo. Ellos se diferencian principalmente en que la ciudadanía participa de la estructuración del poder: mientras en el sistema parlamentario la ciudadanía elige a sus representantes y ellos a su vez definen quién será la cabeza del gobierno; en el sistema presidencial la ciudadanía elige directamente tanto a Congresistas como a la cabeza del gobierno (Presidente(a)). El esquema semi-presidencial es un híbrido donde si bien se elige un Presidente y un Congreso, también existe una designación de un primer ministro que dependerá de las mayorías legislativas para gobernar.

Observamos además que no existe una relación causal y directa entre el tipo de régimen de gobierno y el nivel de desarrollo de una sociedad o su calidad de la democracia. Aunque la mayoría de los países más desarrollados tienen regímenes parlamentarios, no todos los regímenes parlamentarios son desarrollados. Lo mismo aplica con la calidad de la democracia donde no todos los gobiernos parlamentarios tienen altos estándares de calidad de la democracia. Las relaciones de poder en una sociedad y la secuencia histórica parecen ser muy relevantes para definir el régimen de gobierno que una sociedad desea tener.

Indicamos además que existen variedades de presidencialismo, de acuerdo a la cantidad de poderes que concentra el poder Ejecutivo en relación a su capacidad de incidir en la formulación de la legislación, como también respecto de poderes no legislativos. Finalmente, señalamos que la mayoría (60%) de los sistemas políticos democráticos tienen estructuras unicamerales en sus Congresos y esta característica es mayoritaria en los distintos regímenes de gobierno (presidencial, parlamentarios y semi-presidencial).

El debate constituyente implicará discutir, entre otras cosas, qué tipo de régimen de gobierno tener y cuántos poderes deberá concentrar el Poder Ejecutivo en relación al Legislativo.

## Referencias y otras lecturas

Cheibub, José Antonio. 2007. *Presidentialism, Parliamentarism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Duverger, Maurice. 1980. A new political system model: semi-presidential government. *European Journal of Political Research*, 8: 165-187.

Elgie, Robert. 2011. *Semi-Presidentialism. Sub-Types and Democratic Performance*. Oxford: Oxford University Press.

Linz, Juan y Arturo Valenzuela. 1994. *The Failure of Presidential Democracy*. Vol. 1. John Hopkins University Press.

Mainwaring, Scott y Matthew S. Shugart. 2002. *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Buenos Aires. Paidós.

Mezey, Michael. 2013. *Presidentialism. Power in Comparative Perspective*. Lynne Rienner Publishers.

Payne, Mark. 2006. El equilibrio de poder entre el Ejecutivo y el Legislativo: papel de la Constitución y los partidos políticos. En: Mark Payne et al. *La Política Importa. Democracia y desarrollo en América Latina*. Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.

Sedelius, Thomas y Jonas Linde. 2018. Unravelling semi-presidentialism: democracy and government performance in four distinct regime types. *Democratization*, 25 (1): 136-157.

## Unicameralismo vs. Bicameralismo en las democracias del mundo.

Claudio Fuentes S. Profesor Ciencia Política UDP

### Resumen

Entregamos aquí algunos antecedentes sobre la estructura de los Congresos Nacionales o Parlamentos en democracias en el mundo. Se explican las funciones que cumplen los Congresos Nacionales así como se muestra la cantidad de países en el mundo que tiene estructuras bicamerales (de dos cámaras) y unicamerales (de una sola cámara). Se explican las ventajas que cada uno de los modelos tienen. Finalmente, se analiza la cantidad de parlamentarios que las democracias en el mundo consideran.

Palabras claves: unicameralismo, Bicameralismo, Congreso Nacional, Poder Legislativo.

### Introducción

En una democracia, la asamblea legislativa constituye el corazón de la representación y del proceso de formulación de políticas. Un Congreso Nacional (en los sistemas presidenciales) o Parlamento (en sistema parlamentario), es el principal órgano colegiado de una democracia representativa y es uno de los poderes del Estado. La Constitución define las funciones del Congreso, el modo en que se eligen los congresistas y el modo en que se forma la ley, entre otras materias.

Las funciones que los Congresos Nacionales o Parlamentos suelen tener son las de representar, legislar, fiscalizar y participar del nombramiento de autoridades:

- Representar los intereses de los electores al canalizar las demandas ciudadanas ante la autoridad pública.
- Legislar sobre las materias establecidas en la Constitución
- Fiscalizar los actos de otros poderes del Estado
- Participar del nombramiento de autoridades públicas usualmente a propuesta de otros poderes del Estado.
- Participar como jurado, en el caso de juicios políticos promovidos en ese poder del Estado.

Tal como observaremos más adelante en el mundo democrático existen dos formas de organizar el poder legislativo:

- A) estructura bicameral: considera un diseño institucional con dos cámaras (Senado o Cámara alta y Cámara de Diputados o Baja) que cumplen roles diferenciados en algunas de las funciones antes señaladas.
- B) Estructura unicameral: que considera un diseño de una sola cámara que cumple todas las funciones antes señaladas.

En el caso de sistemas unicamerales, sintetizamos a continuación las características de cada una de ellas:

Tabla 1. Características de sistemas unicamerales y bicamerales

	Características
Estructura Bicameral	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La Cámara alta suele tener un número inferior de integrantes que la Cámara baja.</li> <li>• Mientras la Cámara baja suele representar distritos más pequeños, la Cámara alta suele tener una representación regional o nacional.</li> <li>• La Cámara alta suele concentrar en forma exclusiva las funciones de nombramientos de autoridades y actuar como jurado de acusaciones realizadas a autoridades por la Cámara Baja.</li> </ul>
Estructura Unicameral	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todas las funciones de representación, legislación, fiscalización y nombramientos las realiza el mismo cuerpo legislativo unicameral.</li> <li>• La representación distrital (ya sea distritos pequeños o a escala nacional) son equivalentes para todos los representantes.</li> </ul>

## La tendencia global, ¿Unicameralismo o bicameralismo?

Para analizar las estructuras de los Congresos Nacionales o Parlamentos en el mundo, analizamos 139 casos. De los 193 estados reconocidos con voz y voto en Naciones Unidas, excluimos 54 países que tienen regímenes no democráticos.<sup>3</sup> De ellos, en la mayoría de las democracias se cuenta con congresos unicamerales (58,3%), aunque el porcentaje de países que tienen congresos bicamerales es significativo (41,7%).

Tabla 2. Unicameralismo y bicameralismo en democracias del mundo

	N: 139	%
Congresos Unicamerales	81	<b>58,3</b>
Congresos Bicamerales	58	<b>41,7</b>

Desde el punto de vista de las regiones del mundo, en la mayoría de ellas dominan los sistemas unicamerales, salvo en América Latina que es la región donde en la mayoría de los países (62,5%) tiene sistemas bicamerales.

Tabla 3. Congresos unicamerales y bicamerales por regiones del mundo

	Unicameral	Bicameral
Total (%) N: 139	<b>58,3</b>	41,7
Américas (%) N: 32	37,5	<b>62,5</b>
Africa (%) N: 28	<b>60,7</b>	39,3
Europa (%) N: 41	<b>63,4</b>	36,6
Eurasia (%) N: 23	<b>60,9</b>	39,1
Oceanía (%) N: 15	<b>80,0</b>	20,0

<sup>3</sup> Para definir qué gobiernos son democráticos, utilizamos el índice de democracia de *The Economist Intelligence Unit (2019)*. Se excluyeron 54 Estados considerados autoritarios. El índice incluye cuatro dimensiones: proceso electoral y pluralismo, funcionamiento de gobierno, participación política, cultura política y libertades civiles.

Ahora bien, solemos pensar que mientras los regímenes presidenciales tienen Congresos con dos cámaras (bicamerales, senado y Cámara de Diputados), en los regímenes parlamentarios dominarían los congresos unicamerales (con una sola Cámara). Pero esto no es el caso.

En términos porcentuales (Tabla 3) donde existe un mayor número de sistemas políticos con una sola cámara es en los sistemas semi-presidenciales, seguido de los presidenciales y luego muy de cerca los parlamentarios. Cabe advertir que aunque predominan las estructuras unicamerales (60% en promedio), existe un importante porcentaje de regímenes de gobierno con estructuras bicamerales en el Congreso. Cabe advertir, entonces, que el unicameralismo es la opción mayoritaria preferida por los sistemas democráticos, independiente si es presidencial, parlamentario o semi-presidencial.

Tabla 4. Congresos unicamerales y bicamerales según régimen de gobierno.

	N total	Unicameral	Bicameral
Total	139	<b>58,3</b>	41,7
Semi-Presidencial	19	<b>63,2</b>	36,8
Presidencial	41	<b>58,5</b>	41,5
Parlamentario	70	<b>57,1</b>	42,8
Otros	9	<b>55,6</b>	44,4

## El debate sobre unicameralismo vs. bicameralismo

¿Por qué es relevante este debate? En Chile, el debate sobre el unicameralismo/bicameralismo tiende a pensarse en relación a la cantidad de legisladores y el costo económico que genera para un país. Como veremos más adelante, al menos en términos comparados, la situación de Chile no es extraordinaria y de hecho, se requeriría aumentar el número de representantes si es que se quiere una mejor proporción entre legisladores y población.

El debate sobre el unicameralismo vs bicameralismo se vincula a otras cuestiones muy relevantes para el proceso de tomar decisiones en una democracia. Si el Congreso Nacional tiene por función principal generar leyes, el impacto que la representación tiene en la forma en que se diseñan las políticas públicas es vital.

Contar con una o dos cámaras es relevante por las siguientes razones:

- Generar controles cruzados. Un sistema político que tiene dos cámaras puede generar controles cruzados. ¿qué significa aquello? Que lo que una cámara aprueba puede ser revisado por la otra cámara, sometido a un mayor escrutinio y perfeccionado para evitar consecuencias negativas de política pública. Se genera así un balance o equilibrio en los debates.
- Representar las mayorías. Un tema crucial es el modo en que un diseño institucional refleja el sentir de las mayorías electorales. Mientras más instituciones existan que debatan sobre una cuestión, menor es la posibilidad que se expresen las mayorías por que el ciclo de ir y venir de un proyecto de ley va generando procesos de retroalimentación y modificaciones de la norma. En un escenario de una cámara, lo que ella dictamina por mayoría se realiza. Si existe una segunda cámara, esta última podría afectar o modificar lo que la primera cámara realizó, y por lo tanto no se expresarían las mayorías originales.

- Definición de roles. En muchas democracias que tienen dos cámaras en sus Congresos se opta por una definición de roles para cada institución. Por ejemplo, la Cámara de Diputados suele actuar como una cámara que cumple la función de “acusadora” de un ministro o autoridad pública, en tanto el Senado adopta la función de “juez” en procesos políticos. En algunos casos, el Senado tiene la función exclusiva de designar ciertas autoridades en conjunto con el Ejecutivo. Asimismo, cada Cámara tiene funciones específicas respecto del proceso legislativo.

Presentamos a continuación una síntesis de las ventajas que algunos autores han destacado para cada uno de los modelos, unicameral vs. bicameral.

Tabla 5. Ventajas de las estructuras unicamerales vs. bicamerales

ALGUNAS VENTAJAS	
Estructura Unicameral	Estructura Bicameral
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se ven reflejados de mejor modo los intereses de las mayorías</li> <li>• De debate legislativo es más breve y eficiente.</li> <li>• No se duplican esfuerzos de asesoría técnica.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se produce un mayor debate de cada proyecto al ser revisado por más de una cámara, lo que podría mejorar calidad de proyectos.</li> <li>• Se pueden establecer funciones diferenciadas para ambas cámaras.</li> <li>• Se establece un sistema de controles mutuos de ambas cámaras.</li> </ul>

Fuente: elaborado por el autor a partir de Quinzio 1993, Fermandois 1997, Obrador 2006, Larraín 2016 y Muñoz 2016.

## La cantidad de legisladores en los congresos nacionales

Otros aspecto que suele regularse en las constituciones democráticas es la cantidad de representantes. Los sistemas electorales suelen vincular la representación con la cantidad de población que se esperaría representar. Un congresista que representa a un gran número de población—digamos, por sobre cien mil habitantes, tendrá dificultades en conectarse con sus electores. Si en cambio la proporción es menor, existe una mayor probabilidad que el representante pueda hacer contactos efectivos con sus electorados.

Para medir la proporción representantes/población dividimos el total de la población por el número de representantes que tiene un país. Por ejemplo en el caso de Chile el total de representantes en el Congreso es de 198 (Diputados + senadores) y el total de la población a 2019 es de aproximadamente 19 millones de habitantes. Lo anterior nos da una proporción de 1 representante por cada 96.500 habitantes<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Para calcular población total en cada país se utilizó worldmeters.info. Para el número de asientos se consideró CIA *WorldFactbook* a junio de 2020.

Tabla 6. Proporción de representantes por habitantes en Chile

Chile	Número representantes	Total Población (2019)
Total	198	19.1 millones
Proporción	1	96.500

El promedio mundial (considerando 139 democracias), es de 1 representante por cada 85 mil habitantes, por lo que Chile se encuentra por sobre el promedio mundial. Si comparamos a Chile con países que tienen un rango de población de entre 10 y 49 millones, vemos que la proporción chilena también es superior dado que en este caso alcanza a 1 por 92 mil habitantes. En otras palabras, un legislador hoy en Chile representa a una mayor población que el promedio mundial, por lo que cuando se argumenta que Chile tiene un exceso de legisladores, al menos desde el punto de vista comparativo aquello no es cierto.

Tabla 7. Proporción de representantes por habitantes en democracias (N: 139).

	N total	1 representante por cada...
Promedio mundial	139	...85.000 habitantes
Países <1 millón de habitantes	36	...5.000 habitantes
Países de 1 a 9,9 millones	45	...38.000 habitantes
Países de 10 a 49 millones	37	...92.000 habitantes
Chile	1	...96.500 habitantes
Países de 50 a 99 millones	11	...116.000 habitantes
Países de 100 a 340 millones	9	...338.000 habitantes
India	1	...1.700.000 habitantes

Lo importante de tener en cuenta aquí es lo siguiente: en una democracia representativa el ideal es que exista cierta proximidad entre los legisladores y sus electores. Bajo el esquema que los legisladores representan “territorios” o “distritos”, se espera que tal representante pueda recoger y canalizar los intereses de tales distritos. Si se trata de distritos excesivamente grandes en términos de población, difícilmente se cumplirá con este tipo de representación. Entonces, el debate sobre la cantidad de legisladores debe necesariamente vincularse con el tipo de representación que se desee tener en una sociedad. En Chile no existe una excesiva cantidad de congresistas y, de hecho, si se compara con otras democracias, requeriría una mayor cantidad de representantes para tener una mejor proporción en relación a su población.

Mientras más población represente un legislador, menor será la posibilidad que pueda interactuar, reconocer y conectarse con los intereses de aquel distrito.

En cuanto al número de congresistas en relación al sistema de gobierno, las estructuras bicamerales tienden a tener una mejor proporción representantes/población dado que suelen tener un mayor número de legisladores que en estructuras unicamerales que presentan en promedio un menor número de legisladores.



Tabla 8. Proporción de representantes/ habitantes según estructura unicameral y bicameral (países con población entre 10 y 50 millones de habitantes).

N: Países	Nº Congresistas (promedio)	1 representante por cada...
Unicameral (N 17)	223	...107.400 habitantes
Bicameral (N 20)	336	...78.800 habitantes

## Síntesis

El Congreso Nacional es uno de los poderes centrales de la democracia y constituye el corazón de la representación de la ciudadanía. Además de la función de legislar, los congresos suelen cumplir funciones asociadas con la representación, fiscalización, nombramiento de autoridades y actuar como jurado en juicios políticos. En las democracias analizadas aquí (139 casos) se han establecido dos grandes estructuras: unicameral (58,3%) y bicameral (41,7%).

Usualmente, las estructuras bicamerales entregan algunas funciones específicas para el Senado y para la Cámara de diputados, aunque en Chile aquello se ha alterado y ambas cámaras comparten funciones que antes no tenía la Cámara baja. Existen argumento a favor y en contra de una u otra opción, que tienen que ver con la mejor representación de las mayorías, la celeridad en la aprobación de proyectos, y lo concerniente a la posibilidad de establecer controles mutuos entre dos cámaras. Otro elemento relevante a considerar es que tanto sistemas presidenciales como parlamentarios poseen Congresos bicamerales y unicamerales por lo que el régimen de gobierno no parece ser decisivo a la hora de definir uno u otro. Finalmente, cabe advertir que el ideal democrático se asocia con la proporción que existe entre representantes y población en un país. Mientras más bajo es ese número, mayor es la posibilidad de representación. En el caso de Chile, esa proporción es superior al de países similares en términos de su población.

## Referencias

Fernandois, Arturo. 1997. El Senado en el derecho comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 24 (2): 277-313.

Giménez, Miguel Angel. 2016. El dilema unicameralismo-bicameralismo en la segunda república española. *Hispania*, vol LXXVI Nº 254: 751-788.

Larraín, Hernán. 2016. Reflexiones acerca del unicameralismo y el bicameralismo. *Revista Chilena de Derecho Parlamentario*. Número 4: 22-27.

Muñoz, Fernando. 2016. La unicameralidad del Congreso Nacional como reparación de la asimetría institucional del status quo. *Revista Chilena de Derecho Parlamentario*. Número 4: 34-45.

Obrador, Rodrigo. 2006. *Bicameralismo/unicameralismo ¿una alternativa para Chile?* Serie Estudios Nº 6, 2006.

Palma, Eric. 2016. Bicameralismo/monocameralismo en perspectiva histórica y ciudadana. *Revista Chilena de Derecho Parlamentario*. Número 4: 46-51.

Quinzio, Jorge. 1993. Un sistema unicameral para Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 20 (2/3): 313-322.

## Propuesta de un Régimen Parlamentario para Chile

Por: Rodrigo Espinoza Troncoso, Escuela de Ciencia Política Universidad Diego Portales

### Resumen

El presente escrito reflexiona sobre la posibilidad de un cambio en el régimen de gobierno para una nueva Constitución. Tomando en cuenta: (i) la importante concentración de poderes en la figura del Ejecutivo, (ii) la baja popularidad de las presidencias, (iii) la fragmentación en el Congreso, (iv) la disputa entre poderes del Estado y (v) la poca flexibilidad del presidencialismo ante las crisis, el texto propone que Chile debiera trasladarse hacia un sistema parlamentario que asegure mayor gobernabilidad mediante la conformación de mayorías reflejadas en el Poder Legislativo

### Introducción

¿Chile debería cambiar su régimen de gobierno en una nueva Constitución? El siguiente escrito propone el traslado hacia un régimen parlamentario. Para ello se explorará el estatus que otorga la Constitución actual en materia de régimen de gobierno, los problemas que puede seguir generando el presidencialismo en nuestra democracia y las alternativas a considerar para una nueva Constitución.

A modo general, sostengo que el régimen (hiper) presidencial que rige en la actual Constitución no es una opción viable. Principalmente por: (i) la notable acumulación de prerrogativas constitucionales concentradas en el Ejecutivo, (ii) la presencia de gobiernos con poco respaldo por parte de la opinión pública, (iii) la creciente fragmentación del sistema político, (iv) el problema asociado a la legitimidad dual y (v) la poca flexibilidad de los sistemas presidenciales ante las crisis.

Como propuesta, Chile debiese avanzar hacia un sistema parlamentario. Este sistema permitirá la conformación de coaliciones que aseguren un mínimo de gobernabilidad al país, sobre todo ante la creciente fragmentación del sistema político. Asimismo, hoy observamos que el Congreso, durante la crisis originada por el estallido social y la pandemia, ha sido el centro de la conducción política del país, abriendo paso al proceso constituyente, sumado a la creación de leyes tendientes a dar respuesta a las demandas ciudadanas ante la crisis económica y también por medio de reformas al sistema político. Esto último hace pensar en la necesidad de buscar una reconfiguración en la balanza de poderes, poniendo al Congreso en el centro, evitando de este modo la tensión entre poderes del Estado, sobre todo ante el progresivo debilitamiento de la presidencia.

### Los problemas del régimen presidencial

En los sistemas presidenciales, a diferencia de los parlamentarismos, la figura del Poder Ejecutivo no requiere de la confianza del Poder Legislativo. Dicho en otras palabras, Presidente y miembros del legislador se escogen mediante elecciones separadas. En los sistemas parlamentarios sucede todo lo contrario: el gobierno es designado por el Propio Parlamento mediante la conformación de una mayoría, sea de un solo partido o coalición de partidos.

Desde el retorno a la democracia en 1990, el presidencialismo en Chile se ha caracterizado por ser un sistema hiper-presidencial pero con presidentes moderados (Siavelis 2002). Esto implica

que, a pesar de la enorme batería de poderes constitucionales, los presidentes se han caracterizado por actuar con prudencia en lo que se refiere al uso de sus prerrogativas más extremas.

El Poder Ejecutivo en Chile cuenta con una variada gama de poderes constitucionales que genera asimetrías en la distribución del poder si se les compara con el Congreso. Sobre este tema haré referencia a tres puntos centrales: (a) la iniciativa legislativa exclusiva, (b) poderes de agenda y (c) poderes de veto. Tomando en considerando estos tres elementos, hoy existe una tensión evidente entre un gobierno con bajo nivel de aprobación y un Congreso que requiere de la voluntad del Ejecutivo para la promulgación de leyes, pese a que este último actor ha estado en el centro de la conducción política del país en los últimos meses.

En cuanto a la iniciativa legislativa exclusiva, la Constitución Política en su artículo 65 confiere al Presidente de la República la facultad de iniciar legislación en materias como la división política y administrativa del país, la creación de nuevos servicios públicos y la negociación colectiva. No obstante, el mismo artículo otorga iniciativa exclusiva para la fijación de impuestos, cambios al sistema de pensiones, la solicitud de empréstitos y el presupuesto de la nación.

Esta enorme concentración de poder marca una relación asimétrica, porque cualquier tipo de moción sobre estos temas puede ser declarada como inadmisibles, sobre todo aquellos proyectos de ley que implican uso del erario público, siendo esta iniciativa exclusiva del Ejecutivo. Las restricciones en el uso del gasto público, sumado a la limitación de las temáticas en las cuales los congresistas pueden proponer legislación, genera que el margen de maniobra para presentar mociones sea muy acotado, contribuyendo al distanciamiento entre representantes electos y sus representados (Palanza y Espinoza 2017).

Otro de los elementos que marca una clara asimetría entre el Ejecutivo y el Congreso es el otorgamiento de poderes de agenda en el caso del primero. La presidencia cuenta con el uso de urgencias como herramientas para acelerar el trámite legislativo de proyectos propios o de mociones que cuentan con el patrocinio del gobierno.

El artículo 74 de la Constitución identifica la figura de la urgencia. Por su parte, el Congreso tendrá un plazo máximo de treinta días para pronunciarse. Los tipos de urgencia están contenidos en la Ley Orgánica Constitucional que regula el funcionamiento del Congreso (artículos 26 y 27), siendo estos un total de tres: urgencia simple (30 días), suma urgencia (15 días) o discusión inmediata (6 días). Esta herramienta permite alterar la agenda de los proyectos de ley que se discuten por parte del legislador.

En lo que respecta a los poderes de veto, el Ejecutivo puede vetar total o parcialmente cualquier proyecto de ley, incluso si este se encuentra aprobado en su totalidad por el Congreso. La Constitución en su artículo 128 señala que si el Presidente veta un proyecto aprobado por la legislatura, el Congreso puede insistir en su aprobación siempre y cuando se logre un quórum de dos tercios de los miembros en ejercicio de cada cámara. En tal caso, el Presidente debe promulgar el proyecto o consultar a la ciudadanía mediante un plebiscito.

Esta concentración de poderes en manos de una única figura deja al Primer Mandatario como el actor principal en la generación de leyes y reformas constitucionales, impidiendo a los congresistas iniciar proyectos que contemplan gasto público o iniciar legislación en áreas importantes de política pública debido a sus restricciones constitucionales. Si bien la evidencia apunta a que el Congreso con el transcurso del tiempo ha dejado de ser una suerte de *buzón*

que se limita a rechazar o aprobar proyectos de ley (Visconti 2011), tampoco deja de ser cierto que históricamente la centralidad del proceso legislativo ha recaído en manos en la presidencia, por lo que el Congreso debe tener en consideración las preferencias del gobierno durante el proceso de formación de la ley.

Otro de los problemas del presidencialismo en Chile ha sido la impopularidad de los gobernantes como una constante. Considerando los datos reportados por el Centro de Estudios Públicos (CEP), el primer gobierno de Michelle Bachelet (2006-2010) marcó un hito de aprobación ciudadana durante su salida (78%). Tras su primer mandato, el país ha experimentado algo nunca antes visto desde el retorno a la democracia: gobiernos que cuentan con índices históricos de baja aprobación. Sebastián Piñera, durante el primer año de su primer periodo (2010-2014) bajó su aprobación de un 45% a un 26%, mientras que el mínimo de su gestión llegó a un 23%. Su gobierno concluyó con una aprobación de un 34%. El segundo gobierno de Bachelet (2014-2018) no fue muy distinto. Partiendo con una aprobación de un 50%, esta descendió a un 38% al cierre de su primer año. Incluso su gestión llegó a un mínimo de un 15% en el año 2016, concluyendo su periodo con un 37% de apoyo. El actual gobierno de Sebastián Piñera registra el nivel más bajo de aprobación desde el retorno a la democracia, cerrando el año 2019 con un 6%, tras iniciar su gestión con un 37% de respaldo.

En cuanto a la fragmentación política, con el reemplazo del sistema binominal heredado de la dictadura, el número de escaños en la Cámara Baja se ha incrementado de 120 a 155. El nuevo diseño en las reglas permitió el ingreso de una nueva coalición: el Frente Amplio (F.A). La incorporación del F.A. marca un período de mayor fragmentación en el Congreso, aumentando el nivel de dificultad para poder aprobar legislación, en un contexto en el que ninguna coalición tiene mayoría absoluta en ambas cámaras. A esto también se suma la pérdida de capacidad de los presidentes para alinear a su propia coalición, punto que será abordado en líneas posteriores.

Si consideramos que las presidencias impopulares se han convertido en un patrón recurrente, así como también la fragmentación en el Poder Legislativo, los gobiernos pueden verse tentados de usar sus prerrogativas más extremas en el caso que pierdan el control de la agenda. Incluso el escenario puede ser peor: presidencias impopulares pueden convertirse en meros espectadores del proceso legislativo.

Casos ilustrativos no faltan. Uno de ellos fue el manto de incertidumbre que puso el gobierno frente a la posibilidad de vetar el proyecto de ley que pone límites a la reelección. También es digno de mencionar el veto a la iniciativa que impide el corte de servicios básicos por no pago durante el Estado de Emergencia. Probablemente, el caso más importante fue el intenso debate sobre la posibilidad de retirar el 10% de los ahorros previsionales (iniciativa que terminó siendo aprobada por amplia mayoría en ambas cámaras). Si bien el gobierno optó por la promulgación, no fueron pocos los esfuerzos por parte del oficialismo para frenar el proyecto de ley.

Actualmente, el hecho de contar con una presidencia impopular ha trasladado el centro de la conducción política del país hacia el Congreso, transformándose la figura presidencial en un mero espectador del juego legislativo, al punto de ser incapaz de alinear a su propia coalición a la hora de frenar los proyectos antes mencionados<sup>5</sup>. Como medida para frenar la falta de unidad entre La Moneda y la bancada oficialista, se ha optado por incorporar figuras provenientes

---

<sup>5</sup> Todos los proyectos antes mencionados contaron con el respaldo de legisladores oficialistas.

directamente del Poder Legislativo al gabinete, lo que sin dudas constituye un daño importante al principio de representación, debido a que el escaño será cubierto por personas designadas a criterio de los partidos y no del electorado.

Un importante problema para considerar es el de la legitimidad dual. Hoy en día se observa que el gobierno tiene baja aprobación ciudadana, así como también existe una baja confianza en el Poder Legislativo (3% de acuerdo a la encuesta CEP). Sin embargo, es el propio Congreso el que ha encabezado la producción de leyes orientadas a mitigar los efectos de la pandemia en contra de la voluntad del gobierno, como la ley que prohíbe el corte de servicios básicos que ha sido vetada, los límites a la reelección, la reducción de las dietas parlamentarias y el retiro parcial de los fondos de pensiones. Como reacción, el gobierno hizo un llamado a “respetar la Constitución”<sup>6</sup>, evidenciándose una clara disputa por la conducción política del país en el que ambas instituciones han sido electas de forma separada. Si consideramos además el estallido social, fue gracias al Congreso que se alcanzó un acuerdo político para abrir los caminos hacia un plebiscito que marcará el destino de la actual Constitución, pese de la falta de voluntad del gobierno para avanzar en esta materia.

Otro de los problemas más visibles en el último tiempo es la poca flexibilidad de los sistemas presidenciales ante las crisis. Si nuevamente ponemos la mirada desde el estallido social de octubre, en un hipotético sistema parlamentario cuyo gobierno tiene una aprobación de parte de la opinión pública de tan solo un 5%, lo más probable es que se hubiese llamado a conformar un nuevo gobierno, reduciéndose el grado de estrés sobre el sistema político. Esto último se puede considerar como un fracaso del gobierno en lugar de un fracaso del Estado. Por ejemplo, en Reino Unido, David Cameron abandonó su cargo tras su derrota en el Brexit, mientras que Theresa May dejó el poder al no conseguir una salida negociada. Estos acontecimientos son interpretados como el gobierno de turno asumiendo su responsabilidad por no cumplir con sus objetivos en lugar de considerarse un derrumbe del Estado en su conjunto.

## Conclusiones

El presente escrito ha tenido como propósito realizar una reflexión acerca del régimen de gobierno que debe regir al país pensando en una nueva Constitución. Al respecto, tras repasar (i) la batería de poderes presidenciales, (ii) la impopularidad de los gobiernos, (iii) la fragmentación en el Congreso, (iv) los problemas originados por la legitimidad dual y (v) la poca flexibilidad de los sistemas presidenciales ante las crisis, Chile debería incorporar en su nueva Constitución un sistema parlamentario. Esto implica un giro histórico en materia de diseño institucional. Sin embargo, es preciso avanzar hacia un sistema que brinde válvulas de escape por la vía democrática ante las crisis. También, que los fracasos de los gobiernos no conduzcan a un fracaso del Estado y, sobre todo, ante un escenario de mayor fraccionamiento del sistema político, es fundamental fortalecer el modelo de democracia consensual por medio de un sistema que permita alcanzar acuerdos mínimos de cara a la conformación del gobierno. Esta fórmula permitiría una mayor sintonía y confianza entre el gobierno de turno y el Poder Legislativo, otorgando mayor conducción política al país mediante gobiernos que cuenten con una mayoría legislativa como requisito mínimo, mejorando la poca gobernabilidad que ha dado al país el sistema presidencial durante los últimos años. Más importante todavía: ante la actual crisis en la que se encuentra inserto el país, el Congreso se ha transformado en el eje central en la producción de leyes (a pesar de la distribución asimétrica de poderes). Por otra parte,

---

<sup>6</sup> Véase: <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=152688>

últimamente el gobierno ha sido un espectador que no ha sido capaz de alinear a su propia coalición y tampoco ha podido hacer uso de sus poderes constitucionales dada su baja popularidad, aunque sus prerrogativas constitucionales ponen un manto de incertidumbre a las mociones provenientes del legislador.

Considerando todos los elementos mencionados, no debemos pensar únicamente en el mejor sistema de gobierno en tiempos de normalidad. También debemos considerar la forma en cómo nos gobernamos en los momentos de crisis. Bajo dicha premisa, el presidencialismo chileno se ha visto superado a la hora de administrar las crisis ocurridas en el último año, por lo que se vuelve necesario una reflexión profunda de cara al proceso constituyente acerca de la conveniencia de mantener el sistema presidencial o avanzar hacia un nuevo sistema que asegure la búsqueda de acuerdos, la gobernabilidad y que ponga al Congreso como eje de la conducción política del país en lugar de encarnar el ejercicio del poder en una sola figura.

## Referencias

- Palanza Valeria y Rodrigo Espinoza. 2017. *El Locus del Congreso en el Sistema Político Chileno*. En *La Columna Vertebral Fracturada: Revisitando Intermediarios Políticos en Chile*. Editado por Juan Pablo Luna y Rodrigo Mardones. Santiago: Ril editores, 283-308.
- Siavelis, Peter. 2002. *Exaggerated Presidentialism and Moderate Presidents: Executive-Legislative Relations in Chile*. En *Legislative Politics in Latin América*. Editado por Scott Morgenstern y Benito Naciff. New York: Cambridge University Press, 79-113.
- Visconti, Giancarlo. 2011. "Comportamiento Diacrónico del Congreso en Chile: ¿Crecimiento o Estancamiento de su Influencia?". *Revista de Ciencia Política*, 31(1), 91-115.

## ¿Qué debiese decir la nueva Constitución en relación al Ministerio Público?

Mauricio Duce J. Profesor Titular Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

### Resumen

El objetivo de la minuta es explicar algunos elementos centrales que estructuran al Ministerio Público en Chile en las normas constitucionales vigentes (y en parte a la Ley Orgánica que lo regula), proponiendo mejoras en la reglamentación de su autonomía constitucional, designación, permanencia y remoción de autoridades y un aspecto particular sobre el ejercicio de la acción penal pública de parte de las víctimas.

### Introducción

Una de las transformaciones institucionales de mayor magnitud introducidas a partir de la implementación de la reforma procesal penal en Chile fue la creación a nivel constitucional del Ministerio Público en el año 1997 y luego su puesta en marcha en 1999. A diferencia de otros países de la región, Chile no contaba con esta institución desde que fueron suprimidos los promotores fiscales el año 1927 (Decreto 426), al ser considerados como no “indispensables” en el sistema inquisitivo vigente en la época (De Ramón, 1989). En la lógica del funcionamiento del sistema inquisitivo esta decisión fue bastante racional en tanto permitió un ahorro de recursos económicos al Estado y de trámites superfluos al proceso, debido a que los poderes de investigación y juzgamiento de los casos estaban concentrados en la figura del juez del crimen. En ese escenario la figura del fiscal sobraba.

El establecimiento de un nuevo sistema procesal penal acusatorio, que opera sobre la base de una clara división entre las funciones de persecución penal y juzgamiento, suponía la necesidad de contar con un organismo estatal que asumiera la responsabilidad de dirigir la investigación de los delitos y acusar a sus responsables: el Ministerio Público. Esto permitía, además, que los jueces pudieran ejercer las funciones de resolver los casos sin estar comprometidos con un rol de persecución en ellos, asegurando de esta forma su imparcialidad, garantía básica de cualquier ciudadano sometido a un enjuiciamiento de carácter penal.

La introducción de este nuevo órgano en la arquitectura institucional del país supuso crear a nivel constitucional esta figura, delimitando sus funciones y perfilando los aspectos básicos de su organización. Además, implicó la dictación de una Ley Orgánica Constitucional que regula en detalle su conformación y funcionamiento. En la actualidad el Ministerio Público se encuentra regulado en el capítulo VII de la Constitución (artículos 83 a 91), introducido por la Ley nº 19.519 (publicada en el Diario Oficial el día 16 de septiembre de 1997, modificada por Ley nº 20.050 publicada en el Diario Oficial el día 26 de agosto de 2005), y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en los sucesivos LOCMP), Ley nº 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999 y objeto de diversos cambios. Dichas normas deben ser complementadas con las disposiciones del Código Procesal Penal (CPP) que se refieren a las actuaciones y facultades procesales del Ministerio Público, pero que no serán objeto de análisis en este texto.

El artículo 83 de la Constitución (reproducido en el 1º de la LOCMP) contiene la definición básica de la institución al señalar que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, indicando luego sus funciones que son: la dirección exclusiva de la investigación en materia penal; el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley y; la protección de víctimas y testigos.

Para el cumplimiento de estas funciones, el Ministerio Público está integrado por 789 fiscales (incluyendo al Fiscal Nacional y 19 Fiscales Regionales) y alrededor de 3.700 funcionarios de apoyo. Su presupuesto ejecutado el año 2019 fue de M\$ 200.905.144. El año 2019 recibió cerca 1,5 millones de casos para su tramitación. A grandes rasgos, el Ministerio Público se estructura en una unidad nacional (Fiscalía Nacional), cuya cabeza es el Fiscal Nacional, y en una unidad regional (Fiscalía Regional) en cada una de las regiones del país (salvo la Metropolitana, dividida en cuatro), a cargo de Fiscales Regionales. Las funciones de persecución penal de los casos concretos (su investigación y ejercicio de la acción) está alojada en las unidades regionales y se delega a los fiscales adjuntos que trabajan en unidades locales (fiscalías locales). Tanto a nivel nacional como regional se cuenta con unidades de apoyo administrativo y otras encargadas de las funciones propias de los fiscales (por ejemplo, unidades de atención de víctimas y testigos).

Han pasado más de 20 años desde la creación del Ministerio Público en Chile y la experiencia permite apreciar que hay diversas áreas de mejora en las que un cambio constitucional puede ser un aporte. Con todo, muchos otros temas son de regulación específica de la LOCMP o atañen más bien a cuestiones de diseño procesal y que son propias del CPP, pero no serán abordados en este texto.

## **Desarrollo**

Me focalizaré en esta minuta en el análisis de dos temas básicos de diseño institucional, en los que estimo es posible una mejora de la actual regulación constitucional del Ministerio Público: su autonomía constitucional y la designación, permanencia y remoción de sus autoridades. Además, trataré en forma muy breve una propuesta específica en materia de la regulación constitucional respecto al ejercicio de la acción penal pública de parte de las víctimas.

### 1.- Mejoras al diseño de la autonomía del Ministerio Público:

La ubicación institucional del Ministerio Público como un organismo de carácter autónomo fue un tema que constituyó uno de los aspectos más debatidos en el período de diseño de la institución, y también corresponde a uno de los temas centrales del debate académico en la región al momento de instaurarse los nuevos sistemas acusatorios. La ubicación institucional del Ministerio Público como un órgano autónomo o extra poder surge como una solución frente a los problemas o dudas que se plantearon respecto a las otras alternativas, básicamente las opciones de ubicarlo como un organismo dependiente del Poder Judicial o del Ejecutivo. En Chile, con la autonomía o independencia del Ministerio Público se intentó evitar los peligros de judicialización y politización de la institución que surgían de estas opciones. El peligro de judicialización importaba la absorción del Ministerio Público por parte del sistema judicial o, al menos, su identificación en demasía con el mismo, esto en el contexto de un esfuerzo explícito de separar con mayor claridad ambos roles producto del nuevo sistema procesal que se intentaba instaurar. El riesgo de politización importaba, por su parte, el peligro del Ministerio Público de transformarse en un instrumento de la clase política para la persecución de los enemigos políticos y para asegurar la impunidad de la corrupción política y administrativa.

Decidido el camino de la autonomía, eran dos los modelos presentes en la región. Un primer modelo es el que ubicaba al Ministerio Público como un órgano extra poder, es decir, un órgano ubicado fuera de los poderes tradicionales del Estado (opción seguida por la mayoría de los países de la región, entre estos, Argentina, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Venezuela) (Duce y Riego, 2007: 540-541). Un segundo modelo es aquel que regulaba a la institución como un organismo insertado dentro del Poder Judicial pero con un estatuto de autonomía funcional (básicamente control presupuestario y potestad reglamentaria autónomas) como es el caso de Colombia, Paraguay (Duce y Riego, 2007: 541). En este contexto,



la opción adoptada por la mayoría de los países de la región y seguida por el constituyente nacional se fundamentó en la idea que la primera forma de autonomía aseguraba de mejor manera que el Ministerio Público tuviera el espacio institucional necesario para cumplir sus funciones y objetivos de acuerdo con el nuevo sistema procesal penal.

En este contexto, la decisión de mantener al Ministerio Público como un órgano autónomo me parece debiera mantenerse en un nuevo contexto constitucional. Los riesgos que llevaron a preferir este modelo se mantienen y en algún sentido incluso se han intensificado. Con todo, esa decisión debiera venir acompañada de un estatuto más claro acerca de los alcances y consecuencias de la autonomía, lo que no fue objeto de un diseño tan acabado en la constitución y no ha sido objeto de reflexión muy intensa. Una pobre comprensión del estatuto de autonomía ha generado diversos problemas, los que se replican en otras instituciones que comparten el mismo carácter en la constitución vigente.

Me preocupan especialmente algunas de las consecuencias y desventajas que un modelo de Ministerio Público autónomo ha acarreado en Chile. Dentro de las consecuencias, por ejemplo, está la necesidad de diseñar un sistema más sofisticado de controles que sea compatible con el estatuto de autonomía, y dentro de las desventajas, me preocupa particularmente el aislamiento institucional y social que ha generado este modelo. Así, se confunde en ocasiones la intervención ilegítima de otros poderes del Estado en la fijación de políticas y gestión del trabajo del Ministerio Público, con la necesaria coordinación que el trabajo de esta institución supone con dichos poderes para el cumplimiento de sus funciones, que es indispensable para el buen funcionamiento de todo el sistema. En la peor versión de la autonomía, ésta dificulta el construir vínculos de trabajo y coordinación con otras agencias o poderes estatales (Duce y Riego, 2006). Pero también preocupa un cierto aislamiento social del Ministerio Público que puede explicar, al menos en parte, los déficits actuales de confianza y valoración ciudadana que muestran diversos estudios de opinión pública. El diseño del Ministerio Público debe establecer mecanismos que permitan generar una mayor cercanía con la comunidad.

En este contexto, una reforma constitucional puede ser una buena oportunidad para recoger en el texto algunos principios que mejoren los deberes de coordinación institucional del Ministerio Público con otras agencias estatales que cumplen funciones en la persecución de delitos y la seguridad pública. También, permitiría incorporar mejores estándares de rendición de cuentas a la ciudadanía, explorando, entre otras, formas de participación de la sociedad civil en esta materia y estableciendo objetivos de actuación institucional más vinculados con la comunidad y los territorios en los que se desempeña la institución. Las fórmulas en estas materias son variadas y no debiera ser esperable que la constitución las regule en detalle, sino más bien que esta contemple un principio general que luego deba ser desarrollado en concreto en la LOCMP. Por ejemplo, en materia de sistema de rendición de cuentas, la LOCMP desarrolla la exigencia de realizar cuentas públicas nacionales (art. 21) y regionales (art. 36), pero a estas alturas parece ser un mecanismo insuficiente y que podría ser perfeccionado. A modo ejemplar, podría también pensarse en la constitución de una suerte de Consejo con integración externa al propio Ministerio Público, en el que se deban presentar las políticas generales de la institución o deba ser escuchado, o participar en alguna modalidad en el desarrollo de los planes estratégicos, entre otras materias. También debieran establecerse incentivos para el trabajo más cercano con las comunidades y autoridades locales. Por ejemplo, muchos de los indicadores de evaluación podrían orientarse a la satisfacción de necesidades concretas de las comunidades locales.

## 2.- Sistemas de designación, permanencia y remoción de autoridades superiores del Ministerio Público:

Uno de los temas que ha generado más polémica en los últimos años respecto a la configuración del Ministerio Público en Chile se asocia a los mecanismos de designación, la permanencia y remoción del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales.

Tratándose de la designación del Fiscal Nacional, el artículo 85 de la Constitución establece un procedimiento de tres etapas. En la primera, la Corte Suprema debe elaborar una quina de candidatos luego de un concurso público convocado al efecto (art. 15 LOCMP). Luego, el Presidente de la República debe escoger uno de los nombres de la quina, el que finalmente será designado si es aprobado (tercer paso) por 2/3 de los miembros en ejercicio del Senado. Se trata de un procedimiento equivalente al previsto en la propia Constitución para la designación de los ministros que integran la Corte Suprema (art. 78 de la Constitución).

El mecanismo descrito ha sido objeto de cuestionamientos las tres veces que ha sido utilizado. En los dos primeros procesos, dichos cuestionamientos estuvieron vinculados a un conjunto de especulaciones y polémicas generadas a partir de consideraciones de equilibrio y juego político que primaron en la decisión final, por sobre la idoneidad técnica de los candidatos (Duce y Riego, 2007: 549-550). En el caso del año 2015, en cambio, derechamente se ha puesto en tela de juicio que el proceso de selección estuvo fuertemente condicionado por la clase política para favorecer su situación, en un contexto en que se llevaba adelante en el país una persecución penal intensa en casos de alto perfil público de financiamiento ilegal de política (Espacio Público, 2020: 32-33).

A partir de estas cuestiones es posible identificar distintos caminos de mejora. Una primera cuestión es revisar la conveniencia que el primer filtro de los candidatos provenga de la Corte Suprema. Podría haber ganancias si es que este paso es llevado adelante por algún otro cuerpo colegiado, por ejemplo, por un consejo *ad hoc* con participación más abierta de distintos actores de la comunidad legal, de la sociedad civil o de la alta dirección pública, entre otros. Esto permitiría tal vez contar con una mayor diversidad de candidatos (menos endogamia) y asegurar procedimientos más participativos y abiertos, aspectos que han sido deficitarios hasta el momento. La segunda cuestión es modificar el tercer paso alterando la regla de quórum, de modo que favorezca que candidatos o candidatas de mejor calidad puedan aspirar a ser designados, aún cuando cuenten con el veto de la minoría de los Senadores. La exigencia de 2/3 vigente ha sido uno de los factores centrales que ha favorecido espacios de negociación poco claros y la primacía de criterios de selección que no han mirado al mérito como componente central. Una mayoría simple permitiría asegurar que no existan vetos de minoría y favorecer un debate centrado en la idoneidad del candidato seleccionado por el Presidente, al hacer más difícil un veto fundado en motivos ajenos a este aspecto.

Junto con lo anterior, en todas las etapas del procedimiento debieran existir reglas más estrictas respecto a la transparencia de los procedimientos y la justificación de las decisiones, prohibiciones explícitas al acceso privado (lobby) o a reuniones entre candidatos y personas que intervienen en órganos de decisión; espacios reales de exposición pública de los candidatos y posibilidad de ser interrogados por quienes toman la decisión y por otros actores (incluyendo sociedad civil) y; finalmente, reglas más estrictas de inhabilidad de votación de Senadores potencialmente afectados por la decisión (por ejemplo, los que se encuentren bajo una investigación penal). Todos estos aspectos han sido problemáticos en las elecciones realizadas hasta la fecha. No me parece posible que la Constitución regule el detalle de cada una de estas

materias, las que debieran ser objeto de regulación precisa en la LOCMP. Con todo, se podría perfectamente perfilar en el texto fundamental los principios básicos que orienten luego a la regulación legal.

Los Fiscales Regionales son designados en un procedimiento algo más sencillo. Según el art. 86 de la Constitución, la designación corresponde al Fiscal Nacional, a partir de una terna propuesta por la Corte (o Cortes en su caso) de Apelaciones de la misma región. A partir de un caso generado el año 2019 (conocido como el “desastre de Rancagua”) se tomó conciencia de los riesgos que este sistema podía generar debido a las presiones y tráfico de influencias políticas y judiciales que se producen en entornos de comunidades jurídicas y elites de poder pequeñas, como ocurre en muchas regiones (Espacio Público, 2020: 36-37). Esto ha llevado a cuestionar la necesidad que el primer filtro sea realizado por la Corte de Apelaciones, y genera la posibilidad de pensar en un sistema distinto en el que también se pueda configurar algún tipo de consejo *ad hoc* con integración más variada para hacer el mismo trabajo. Todo ello debiera también hacerse resguardando los principios de transparencia, publicidad y participación, descritos respecto a la elección del Fiscal Nacional.

Una breve mención respecto a la duración de ambos cargos. La Constitución señala en sus artículos 85 y 86 que es de ocho años (en su texto original reformado el año 2005 se establecía diez años). Si bien existen iniciativas que han intentado reducir esos plazos, me parece que los actuales son razonables y, en todo caso, no convendría que fueran inferiores a los seis años, para permitir un trabajo que necesariamente requiere de tiempos más extensos para rendir frutos. Por otra parte, me parece relevante que estos plazos no estén alineados con períodos presidenciales, de manera de evitar incentivos de captura política más grosera en estas elecciones.

Un tema asociado a la duración de los cargos es la posibilidad que tienen los Fiscales Regionales de ser designados en la misma calidad al período siguiente. Según lo dispone el art. 86 inciso tercero de la Constitución, *“no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público”*. A pesar de su tenor literal, esta norma ha permitido el desarrollo de una práctica denominada como las “sillas musicales”, es decir, que aun cuando no se ha permitido la continuidad de un Fiscal Regional para un segundo período en la misma región, si ha generado movilidades de fiscales regionales entre regiones antes de o al término de sus períodos y, en algunos casos extremos, que personas hayan asumido varias fiscalías regionales en forma sucesiva. En este escenario, se debiera evaluar la conveniencia de la regla o al menos su necesidad de refuerzo. Yo sería partidario de reforzarla. El contrargumento que se ha dado ha sido que el no permitir a fiscales regionales la posibilidad que ocupen nuevamente el cargo hace que el Ministerio Público pierda recursos humanos altamente calificados y muchas veces en edad en la cual todavía podrían aportar esa experiencia por muchos años más. Considero que esto contiene un punto interesante, pero la misma norma Constitucional entrega una salida para el problema al permitir que esos fiscales regionales sean nombrados en otro cargo. Ello supondría entonces algún diseño en LOCMP que pudiera hacerse cargo de los casos en los que efectivamente la institución no quiera perder un recurso humano que puede seguir siendo un aporte.

Respecto al sistema de remoción del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, ello se encuentra contenido en el art. 89 de la Constitución, señalando que sólo pueden ser removidos por el pleno de la Corte Suprema en tres hipótesis: incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Todo esto, siempre que dicha remoción haya sido requerida por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados -o diez de sus miembros- y

por el Fiscal Nacional (tratándose de los regionales). Este mecanismo ha sido ocupado en contadas ocasiones. El año 2005 la Corte Suprema acogió una solicitud del Fiscal Nacional en contra de una Fiscal Regional que no habría actuado con diligencia en la investigación de un caso de abuso sexual que se dirigió en contra de un senador de la región. El año 2018, la Corte Suprema rechazó la solicitud de remoción presentada por un grupo de diputados en contra del Fiscal Nacional, al considerar que no había actuado negligentemente frente a un conjunto de actuaciones asociadas a la persecución penal de los delitos de financiamiento ilegal de la política.

Mi impresión es que este mecanismo ha operado razonablemente bien, entregándole la potestad de decidir al pleno de la Corte que ha actuado con razonable independencia y alejada de las presiones generadas en los casos que ha resuelto. Con todo, podría ser conveniente revisar las hipótesis de procedencia, cubriendo más situaciones que las actuales y fijando un estándar un poco más claro para su admisión.

Junto con lo anterior, este mecanismo podría complementarse con una regla constitucional que se haga cargo de un problema asociado, aun cuando algo distinto, que es el mecanismo a través del cual puede hacerse efectiva la responsabilidad penal de los fiscales, ya sea por delito cometido o no en ejercicio de sus funciones. Esta es una materia regulada actualmente en el art. 46 de la LOCMP, pero cuyo cambio podría tener implicancias constitucionales. La norma vigente establece que la investigación de la potencial responsabilidad penal del Fiscal Nacional se hace por un Fiscal Regional designado por el Consejo General. La de un Fiscal Regional por otro designado por el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General. Finalmente, la de un fiscal adjunto por el Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional. Casos de alta connotación pública generados los últimos años han hecho ver la conveniencia de establecer un sistema que de mayores garantías de independencia a los investigadores y no esté potencialmente afectado por conflictos de interés o intereses corporativos. Se ha planteado la posibilidad de crear una figura de fiscal independiente (externo) para hacerse cargo de estas investigaciones, como se ha visto, por ejemplo, en investigaciones en contra de los presidentes de Estados Unidos. La instalación de esa opción, que me parece una posibilidad razonable, pasaría por contemplar una regla que haga excepción al actual monopolio (exclusividad) que la Constitución entrega a los fiscales en la dirección de la investigación. Desde esa perspectiva convendría incorporarla en el mismo texto constitucional.

Un último tema se refiere al proceso de designación de los fiscales adjuntos. Según el artículo 88 de la Constitución, ellos se designan por el Fiscal Nacional a propuesta de terna del Fiscal Regional respectivo conformada luego de realizar un concurso público. Una reglamentación un poco detallada de los mismos se especifica en la LOCMP (art. 41). El problema es que la evidencia acumulada en los últimos años indica que este sistema ha permitido el desarrollo de una cultura completamente endogámica en las designaciones, afectando con ello la calidad del trabajo en la institución. Así, los datos indican que el ingreso de personas ajenas al Ministerio Público a los cargos de fiscales adjuntos es marginal (Espacio Público, 2020: 42-43). Una reforma constitucional puede ser una buena oportunidad para regular un principio que efectivamente permita ingreso en condiciones igualitarias a personas que vienen con otras experiencias profesionales que podrían ser un aporte.

### 3.- Delimitación de los alcances del ejercicio de acción penal pública de parte de la víctima:

La constitución le entrega al Ministerio Público la exclusividad en la función de ejercer la acción penal pública. En virtud de esto, el Ministerio Público –en principio– es el único organismo estatal titular del ejercicio de la acción penal, es decir, que a *prima facie* es el órgano estatal que

tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal pública. Ello, sin embargo, no representa un monopolio absoluto para esta institución, ya que existen diversas normas en el nuevo sistema que relativizan tal opción.

Una de las situaciones que ha generado mayor polémica estos años en esta materia es el alcance del inciso segundo del art. 83 de la Constitución, que establece que el ofendido por el delito puede ejercer la acción penal.<sup>7</sup> El Código Procesal Penal articula esta regla de diversas maneras, por ejemplo, permite la intervención de la víctima en los delitos de acción pública en calidad de querellante adhesivo o particular (art. 261 CPP) o contempla un mecanismo de forzamiento de la acusación y de privatización de la acción cuando el fiscal intentare no llevar adelante un caso (art. 258 CPP), entre otras.

El problema se ha presentado producto de una interpretación extensiva que ha desarrollado el Tribunal Constitucional a partir de esta regla en diversos fallos, por ejemplo, uno de los últimos el rol n° 6718-19 de 28 de noviembre de 2019. Este conjunto de decisiones ha establecido un alcance que va más allá de las opciones de ejercicio que están reguladas en la ley, cuestionando la constitucionalidad de la aplicación de diversas reglas del Código Procesal Penal (por ejemplo, artículos 186 y 248). El problema de estas interpretaciones es que ha generado un potencial cambio bastante estructural de la lógica del sistema que, desde mi punto de vista, es muy problemático para su adecuado funcionamiento, especialmente en la idea que esta suerte de monopolio que se entrega al Ministerio Público obedece a cuestiones centrales del modelo. Reconociendo que se trata de un tema polémico, pienso que la reforma constitucional podría ser una oportunidad para delimitar mejor el alcance de esta potestad de ejercer la acción penal pública por parte de los ofendidos por el delito. Sin excluirla totalmente, esta podría acotarse a los casos y en las situaciones que efectivamente contempla la ley y no extenderla en contra de esas disposiciones como ha venido haciendo el Tribunal Constitucional.

## Conclusiones

Luego de más de 20 años en que se realizó el actual diseño del Ministerio Público, la reforma constitucional ofrece una oportunidad de hacerse cargo de varios problemas que este ha tenido en la práctica o de otras cuestiones conflictivas que surgieron en la misma y que no fueron previstas en su oportunidad. En esta minuta he identificado algunas materias de diseño institucional del Ministerio Público contenidas en la Constitución, sugiriendo algunas líneas básicas de cambio, pero reconociendo que en casi todas ellas existen varias opciones posibles de solución y, por lo mismo, merecen ser discutidas y consensuadas. Por otra parte, debe tenerse presente que muchas soluciones posibles sólo debieran quedar contenidas en forma de principios generales en la constitución y luego articuladas de manera más precisa en la LOCMP o incluso el CPP.

---

<sup>7</sup> Norma reforzada por una reforma introducida el 11 de julio del año 2011 al art. 19 n° 3 inciso tercero de la Constitución, que establece que las personas naturales víctimas de los delitos contarán con asistencia jurídica para ejercer la acción penal prevista en el texto del artículo 83.

## Referencias

De Ramón, Armando. 1989. *Promotores Fiscales. Su Historia (1876 – 1927)*, Boletín de la Academia Chilena de Historia nº 100, Santiago, pp. 315-336.

Duce, Mauricio; Riego, Cristián (redactores). 2006. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago.

Duce, Mauricio; Riego, Cristián. 2007. *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Espacio Público. 2020. El sistema de justicia penal y su lucha contra la corrupción en América Latina: informe de Chile, Tinker Foundation y Espacio Público, en <https://www.espaciopublico.cl/informe-el-sistema-de-justicia-penal-y-su-lucha-contra-la-corrupcion-en-chile/>

<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/index.jsp>

## CONTRAPUNTO

Ximena Marcazzolo, profesora asistente adjunta, Departamento de derecho penal, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

En mi opinión la minuta es clara, lúcida y sintetiza prolijamente uno de los temas centrales de cara al debate constitucional, esto es, la autonomía del Ministerio Público. A su turno, las propuestas que formula son soluciones plausibles y realistas en relación con dificultades concretas que el autor identifica.

En relación con el diagnóstico, efectivamente los problemas derivados de la autonomía de esta institución se pueden clasificar en: 1) El excesivo celo con que el Ministerio Público ha asumido su autonomía; 2) Problemas de coordinación derivados de la ausencia de una verdadera comunicación interinstitucional y 3) críticas efectuadas por académicos y autoridades sobre las decisiones que adopta la Fiscalía en el contexto de la persecución penal, particularmente, en relación con el uso de salidas alternativas, tramitación de casos, etc.

Coincido con la necesidad de conservar la autonomía constitucional por ofrecer garantías para la persecución penal, en especial de los delitos funcionarios en los que podrían tener participación las autoridades de turno. Por el mismo motivo, creo que es correcto mantener la vigencia de ocho años en el ejercicio del cargo de Fiscal Nacional y Fiscales Regionales, tiempo que supera la duración de los períodos presidenciales, permitiendo consolidar políticas de persecución penal a largo plazo.

También comparto la necesidad de reforzar los controles respecto de la autonomía. Las áreas que deben considerarse, al menos, son las siguientes: 1) Designación de las autoridades del Ministerio Público; 2) Proceso de remoción; 3) Impedir que los Fiscales Regionales puedan mantenerse en los cargos por períodos sucesivos, en la misma o en otra Fiscalía Regional; 4) Precisar el rol de la víctima en el proceso penal.

## II.- Comentarios particulares:

Dentro de las propuestas que se formulan en la minuta, destaco positivamente las siguientes:

1.- La existencia de un Consejo con integración interna y externa al Ministerio Público, en el que se discutan las políticas generales de persecución y otros aspectos estratégicos. Esta propuesta me parece muy interesante porque creo que logra solucionar dos problemas que ha generado la autonomía. Primero, es una instancia de coordinación interinstitucional, toda vez que dicho Consejo debiese estar integrado por miembros de instituciones que participan o definen lineamientos en el ámbito de la persecución penal. En segundo lugar, porque la participación del Consejo permite concurrir en la definición de criterios generales de actuación y estrategias en relación con la pesquisa criminal.

2.- En cuanto a las propuestas para nombramiento de Fiscal Nacional y Regionales, destaco especialmente dos aspectos. Lo primero es la existencia de una comisión compuesta por especialistas para la definición de los candidatos. Podría ser la primera etapa para el nombramiento del Fiscal Nacional y de los Regionales, asegurando el mérito individual y la igualdad de condiciones para los postulantes. Pero adicionalmente, agregaría la necesidad de elevar las exigencias para postular a estos cargos. Por ejemplo, en el caso del Fiscal Nacional, los candidatos, al menos, deberían cumplir con los requisitos que se exigen para los Ministros de Corte Suprema que son externos al Poder Judicial. Lo segundo, todavía más relevante, transparentar y justificar las elecciones de los candidatos y prohibir el uso del lobby.

3.- Comparto la necesidad de limitar la designación de Fiscales Regionales, no solo para los períodos siguientes en la misma Fiscalía Regional, sino que en cualquier de éstas.

4.- En relación con la remoción de Fiscal Nacional y Fiscales Regionales, creo positivo que la decisión esté radicada en la Corte Suprema y no en el Congreso (como ocurre en el caso de la acusación constitucional). Pero deberían revisarse las causales, ampliándolas, agregando por ejemplo el notable abandono de funciones que hoy existe respecto de los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de acusación constitucional.

5.- En relación con la participación de la víctima comparto el diagnóstico y considero que no se debe desvirtuar la naturaleza pública de la acción penal que deriva de la gran mayoría de los delitos. En este sentido, resulta fundamental que la Constitución y el Código Procesal Penal guarden coherencia, evitando interpretaciones que importen una privatización de la acción penal. Por ello resulta fundamental regular el rol de la víctima.

## ¿Qué debiese decir la nueva Constitución en relación al Ministerio Público?

Mauricio Duce J.  
Profesor Titular Facultad de Derecho  
Universidad Diego Portales

### Resumen

El objetivo de la minuta es explicar algunos elementos centrales que estructuran al Ministerio Público en Chile en las normas constitucionales vigentes (y en parte a la Ley Orgánica que lo regula), proponiendo mejoras en la reglamentación de su autonomía constitucional, designación, permanencia y remoción de autoridades y un aspecto particular sobre el ejercicio de la acción penal pública de parte de las víctimas.

### Introducción

Una de las transformaciones institucionales de mayor magnitud introducidas a partir de la implementación de la reforma procesal penal en Chile fue la creación a nivel constitucional del Ministerio Público en el año 1997 y luego su puesta en marcha en 1999. A diferencia de otros países de la región, Chile no contaba con esta institución desde que fueron suprimidos los promotores fiscales el año 1927 (Decreto 426), al ser considerados como no “indispensables” en el sistema inquisitivo vigente en la época (De Ramón, 1989). En la lógica del funcionamiento del sistema inquisitivo esta decisión fue bastante racional en tanto permitió un ahorro de recursos económicos al Estado y de trámites superfluos al proceso, debido a que los poderes de investigación y juzgamiento de los casos estaban concentrados en la figura del juez del crimen. En ese escenario la figura del fiscal sobraba.

El establecimiento de un nuevo sistema procesal penal acusatorio, que opera sobre la base de una clara división entre las funciones de persecución penal y juzgamiento, suponía la necesidad de contar con un organismo estatal que asumiera la responsabilidad de dirigir la investigación de los delitos y acusar a sus responsables: el Ministerio Público. Esto permitía, además, que los jueces pudieran ejercer las funciones de resolver los casos sin estar comprometidos con un rol de persecución en ellos, asegurando de esta forma su imparcialidad, garantía básica de cualquier ciudadano sometido a un enjuiciamiento de carácter penal.

La introducción de este nuevo órgano en la arquitectura institucional del país supuso crear a nivel constitucional esta figura, delimitando sus funciones y perfilando los aspectos básicos de su organización. Además, implicó la dictación de una Ley Orgánica Constitucional que regula en detalle su conformación y funcionamiento. En la actualidad el Ministerio Público se encuentra regulado en el capítulo VII de la Constitución (artículos 83 a 91), introducido por la Ley nº 19.519 (publicada en el Diario Oficial el día 16 de septiembre de 1997, modificada por Ley nº 20.050 publicada en el Diario Oficial el día 26 de agosto de 2005), y en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en los sucesivos LOCMP), Ley nº 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999 y objeto de diversos cambios. Dichas normas deben ser complementadas con las disposiciones del Código Procesal Penal (CPP) que se refieren a las actuaciones y facultades procesales del Ministerio Público, pero que no serán objeto de análisis en este texto.

El artículo 83 de la Constitución (reproducido en el 1° de la LOCMP) contiene la definición básica de la institución al señalar que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, indicando luego sus funciones que son: la dirección exclusiva de la investigación en materia



penal; el ejercicio de la acción penal pública en la forma prevista por la ley y; la protección de víctimas y testigos.

Para el cumplimiento de estas funciones, el Ministerio Público está integrado por 789 fiscales (incluyendo al Fiscal Nacional y 19 Fiscales Regionales) y alrededor de 3.700 funcionarios de apoyo. Su presupuesto ejecutado el año 2019 fue de M\$ 200.905.144. El año 2019 recibió cerca 1,5 millones de casos para su tramitación. A grandes rasgos, el Ministerio Público se estructura en una unidad nacional (Fiscalía Nacional), cuya cabeza es el Fiscal Nacional, y en una unidad regional (Fiscalía Regional) en cada una de las regiones del país (salvo la Metropolitana, dividida en cuatro), a cargo de Fiscales Regionales. Las funciones de persecución penal de los casos concretos (su investigación y ejercicio de la acción) está alojada en las unidades regionales y se delega a los fiscales adjuntos que trabajan en unidades locales (fiscalías locales). Tanto a nivel nacional como regional se cuenta con unidades de apoyo administrativo y otras encargadas de las funciones propias de los fiscales (por ejemplo, unidades de atención de víctimas y testigos).

Han pasado más de 20 años desde la creación del Ministerio Público en Chile y la experiencia permite apreciar que hay diversas áreas de mejora en las que un cambio constitucional puede ser un aporte. Con todo, muchos otros temas son de regulación específica de la LOCMP o atañen más bien a cuestiones de diseño procesal y que son propias del CPP, pero no serán abordados en este texto.

## **Desarrollo**

Me focalizaré en esta minuta en el análisis de dos temas básicos de diseño institucional, en los que estimo es posible una mejora de la actual regulación constitucional del Ministerio Público: su autonomía constitucional y la designación, permanencia y remoción de sus autoridades. Además, trataré en forma muy breve una propuesta específica en materia de la regulación constitucional respecto al ejercicio de la acción penal pública de parte de las víctimas.

### 1.- Mejoras al diseño de la autonomía del Ministerio Público:

La ubicación institucional del Ministerio Público como un organismo de carácter autónomo fue un tema que constituyó uno de los aspectos más debatidos en el período de diseño de la institución, y también corresponde a uno de los temas centrales del debate académico en la región al momento de instaurarse los nuevos sistemas acusatorios. La ubicación institucional del Ministerio Público como un órgano autónomo o extra poder surge como una solución frente a los problemas o dudas que se plantearon respecto a las otras alternativas, básicamente las opciones de ubicarlo como un organismo dependiente del Poder Judicial o del Ejecutivo. En Chile, con la autonomía o independencia del Ministerio Público se intentó evitar los peligros de judicialización y politización de la institución que surgían de estas opciones. El peligro de judicialización importaba la absorción del Ministerio Público por parte del sistema judicial o, al menos, su identificación en demasía con el mismo, esto en el contexto de un esfuerzo explícito de separar con mayor claridad ambos roles producto del nuevo sistema procesal que se intentaba instaurar. El riesgo de politización importaba, por su parte, el peligro del Ministerio Público de transformarse en un instrumento de la clase política para la persecución de los enemigos políticos y para asegurar la impunidad de la corrupción política y administrativa.

Decidido el camino de la autonomía, eran dos los modelos presentes en la región. Un primer modelo es el que ubicaba al Ministerio Público como un órgano extra poder, es decir, un órgano ubicado fuera de los poderes tradicionales del Estado (opción seguida por la mayoría de los países de la región, entre estos, Argentina, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Venezuela) (Duce y Riego, 2007: 540-541). Un segundo modelo es aquel que regulaba a la

institución como un organismo insertado dentro del Poder Judicial pero con un estatuto de autonomía funcional (básicamente control presupuestario y potestad reglamentaria autónomas) como es el caso de Colombia, Paraguay (Duce y Riego, 2007: 541). En este contexto, la opción adoptada por la mayoría de los países de la región y seguida por el constituyente nacional se fundamentó en la idea que la primera forma de autonomía aseguraba de mejor manera que el Ministerio Público tuviera el espacio institucional necesario para cumplir sus funciones y objetivos de acuerdo con el nuevo sistema procesal penal.

En este contexto, la decisión de mantener al Ministerio Público como un órgano autónomo me parece debiera mantenerse en un nuevo contexto constitucional. Los riesgos que llevaron a preferir este modelo se mantienen y en algún sentido incluso se han intensificado. Con todo, esa decisión debiera venir acompañada de un estatuto más claro acerca de los alcances y consecuencias de la autonomía, lo que no fue objeto de un diseño tan acabado en la constitución y no ha sido objeto de reflexión muy intensa. Una pobre comprensión del estatuto de autonomía ha generado diversos problemas, los que se replican en otras instituciones que comparten el mismo carácter en la constitución vigente.

Me preocupan especialmente algunas de las consecuencias y desventajas que un modelo de Ministerio Público autónomo ha acarreado en Chile. Dentro de las consecuencias, por ejemplo, está la necesidad de diseñar un sistema más sofisticado de controles que sea compatible con el estatuto de autonomía, y dentro de las desventajas, me preocupa particularmente el aislamiento institucional y social que ha generado este modelo. Así, se confunde en ocasiones la intervención ilegítima de otros poderes del Estado en la fijación de políticas y gestión del trabajo del Ministerio Público, con la necesaria coordinación que el trabajo de esta institución supone con dichos poderes para el cumplimiento de sus funciones, que es indispensable para el buen funcionamiento de todo el sistema. En la peor versión de la autonomía, ésta dificulta el construir vínculos de trabajo y coordinación con otras agencias o poderes estatales (Duce y Riego, 2006). Pero también preocupa un cierto aislamiento social del Ministerio Público que puede explicar, al menos en parte, los déficits actuales de confianza y valoración ciudadana que muestran diversos estudios de opinión pública. El diseño del Ministerio Público debe establecer mecanismos que permitan generar una mayor cercanía con la comunidad.

En este contexto, una reforma constitucional puede ser una buena oportunidad para recoger en el texto algunos principios que mejoren los deberes de coordinación institucional del Ministerio Público con otras agencias estatales que cumplen funciones en la persecución de delitos y la seguridad pública. También, permitiría incorporar mejores estándares de rendición de cuentas a la ciudadanía, explorando, entre otras, formas de participación de la sociedad civil en esta materia y estableciendo objetivos de actuación institucional más vinculados con la comunidad y los territorios en los que se desempeña la institución. Las fórmulas en estas materias son variadas y no debiera ser esperable que la constitución las regule en detalle, sino más bien que esta contemple un principio general que luego deba ser desarrollado en concreto en la LOCMP. Por ejemplo, en materia de sistema de rendición de cuentas, la LOCMP desarrolla la exigencia de realizar cuentas públicas nacionales (art. 21) y regionales (art. 36), pero a estas alturas parece ser un mecanismo insuficiente y que podría ser perfeccionado. A modo ejemplar, podría también pensarse en la constitución de una suerte de Consejo con integración externa al propio Ministerio Público, en el que se deban presentar las políticas generales de la institución o deba ser escuchado, o participar en alguna modalidad en el desarrollo de los planes estratégicos, entre otras materias. También debieran establecerse incentivos para el trabajo más cercano con las comunidades y autoridades locales. Por ejemplo, muchos de los indicadores de evaluación podrían orientarse a la satisfacción de necesidades concretas de las comunidades locales.

## 2.- Sistemas de designación, permanencia y remoción de autoridades superiores del Ministerio Público:

Uno de los temas que ha generado más polémica en los últimos años respecto a la configuración del Ministerio Público en Chile se asocia a los mecanismos de designación, la permanencia y remoción del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales.

Tratándose de la designación del Fiscal Nacional, el artículo 85 de la Constitución establece un procedimiento de tres etapas. En la primera, la Corte Suprema debe elaborar una quina de candidatos luego de un concurso público convocado al efecto (art. 15 LOCMP). Luego, el Presidente de la República debe escoger uno de los nombres de la quina, el que finalmente será designado si es aprobado (tercer paso) por 2/3 de los miembros en ejercicio del Senado. Se trata de un procedimiento equivalente al previsto en la propia Constitución para la designación de los ministros que integran la Corte Suprema (art. 78 de la Constitución).

El mecanismo descrito ha sido objeto de cuestionamientos las tres veces que ha sido utilizado. En los dos primeros procesos, dichos cuestionamientos estuvieron vinculados a un conjunto de especulaciones y polémicas generadas a partir de consideraciones de equilibrio y juego político que primaron en la decisión final, por sobre la idoneidad técnica de los candidatos (Duce y Riego, 2007: 549-550). En el caso del año 2015, en cambio, derechamente se ha puesto en tela de juicio que el proceso de selección estuvo fuertemente condicionado por la clase política para favorecer su situación, en un contexto en que se llevaba adelante en el país una persecución penal intensa en casos de alto perfil público de financiamiento ilegal de política (Espacio Público, 2020: 32-33).

A partir de estas cuestiones es posible identificar distintos caminos de mejora. Una primera cuestión es revisar la conveniencia que el primer filtro de los candidatos provenga de la Corte Suprema. Podría haber ganancias si es que este paso es llevado adelante por algún otro cuerpo colegiado, por ejemplo, por un consejo *ad hoc* con participación más abierta de distintos actores de la comunidad legal, de la sociedad civil o de la alta dirección pública, entre otros. Esto permitiría tal vez contar con una mayor diversidad de candidatos (menos endogamia) y asegurar procedimientos más participativos y abiertos, aspectos que han sido deficitarios hasta el momento. La segunda cuestión es modificar el tercer paso alterando la regla de quórum, de modo que favorezca que candidatos o candidatas de mejor calidad puedan aspirar a ser designados, aún cuando cuenten con el veto de la minoría de los Senadores. La exigencia de 2/3 vigente ha sido uno de los factores centrales que ha favorecido espacios de negociación poco claros y la primacía de criterios de selección que no han mirado al mérito como componente central. Una mayoría simple permitiría asegurar que no existan vetos de minoría y favorecer un debate centrado en la idoneidad del candidato seleccionado por el Presidente, al hacer más difícil un veto fundado en motivos ajenos a este aspecto.

Junto con lo anterior, en todas las etapas del procedimiento debieran existir reglas más estrictas respecto a la transparencia de los procedimientos y la justificación de las decisiones, prohibiciones explícitas al acceso privado (lobby) o a reuniones entre candidatos y personas que intervienen en órganos de decisión; espacios reales de exposición pública de los candidatos y posibilidad de ser interrogados por quienes toman la decisión y por otros actores (incluyendo sociedad civil) y; finalmente, reglas más estrictas de inhabilidad de votación de Senadores potencialmente afectados por la decisión (por ejemplo, los que se encuentren bajo una investigación penal). Todos estos aspectos han sido problemáticos en las elecciones realizadas

hasta la fecha. No me parece posible que la Constitución regule el detalle de cada una de estas materias, las que debieran ser objeto de regulación precisa en la LOCMP. Con todo, se podría perfectamente perfilar en el texto fundamental los principios básicos que orienten luego a la regulación legal.

Los Fiscales Regionales son designados en un procedimiento algo más sencillo. Según el art. 86 de la Constitución, la designación corresponde al Fiscal Nacional, a partir de una terna propuesta por la Corte (o Cortes en su caso) de Apelaciones de la misma región. A partir de un caso generado el año 2019 (conocido como el “desastre de Rancagua”) se tomó conciencia de los riesgos que este sistema podía generar debido a las presiones y tráfico de influencias políticas y judiciales que se producen en entornos de comunidades jurídicas y elites de poder pequeñas, como ocurre en muchas regiones (Espacio Público, 2020: 36-37). Esto ha llevado a cuestionar la necesidad que el primer filtro sea realizado por la Corte de Apelaciones, y genera la posibilidad de pensar en un sistema distinto en el que también se pueda configurar algún tipo de consejo *ad hoc* con integración más variada para hacer el mismo trabajo. Todo ello debiera también hacerse resguardando los principios de transparencia, publicidad y participación, descritos respecto a la elección del Fiscal Nacional.

Una breve mención respecto a la duración de ambos cargos. La Constitución señala en sus artículos 85 y 86 que es de ocho años (en su texto original reformado el año 2005 se establecía diez años). Si bien existen iniciativas que han intentado reducir esos plazos, me parece que los actuales son razonables y, en todo caso, no convendría que fueran inferiores a los seis años, para permitir un trabajo que necesariamente requiere de tiempos más extensos para rendir frutos. Por otra parte, me parece relevante que estos plazos no estén alineados con períodos presidenciales, de manera de evitar incentivos de captura política más grosera en estas elecciones.

Un tema asociado a la duración de los cargos es la posibilidad que tienen los Fiscales Regionales de ser designados en la misma calidad al período siguiente. Según lo dispone el art. 86 inciso tercero de la Constitución, “*no podrán ser designados como fiscales regionales por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público*”. A pesar de su tenor literal, esta norma ha permitido el desarrollo de una práctica denominada como las “sillas musicales”, es decir, que aun cuando no se ha permitido la continuidad de un Fiscal Regional para un segundo período en la misma región, si ha generado movilizaciones de fiscales regionales entre regiones antes de o al término de sus períodos y, en algunos casos extremos, que personas hayan asumido varias fiscalías regionales en forma sucesiva. En este escenario, se debiera evaluar la conveniencia de la regla o al menos su necesidad de refuerzo. Yo sería partidario de reforzarla. El contrargumento que se ha dado ha sido que el no permitir a fiscales regionales la posibilidad que ocupen nuevamente el cargo hace que el Ministerio Público pierda recursos humanos altamente calificados y muchas veces en edad en la cual todavía podrían aportar esa experiencia por muchos años más. Considero que esto contiene un punto interesante, pero la misma norma Constitucional entrega una salida para el problema al permitir que esos fiscales regionales sean nombrados en otro cargo. Ello supondría entonces algún diseño en LOCMP que pudiera hacerse cargo de los casos en los que efectivamente la institución no quiera perder un recurso humano que puede seguir siendo un aporte.

Respecto al sistema de remoción del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, ello se encuentra contenido en el art. 89 de la Constitución, señalando que sólo pueden ser removidos por el pleno de la Corte Suprema en tres hipótesis: incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Todo esto, siempre que dicha remoción haya sido

requerida por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados -o diez de sus miembros- y por el Fiscal Nacional (tratándose de los regionales). Este mecanismo ha sido ocupado en contadas ocasiones. El año 2005 la Corte Suprema acogió una solicitud del Fiscal Nacional en contra de una Fiscal Regional que no habría actuado con diligencia en la investigación de un caso de abuso sexual que se dirigió en contra de un senador de la región. El año 2018, la Corte Suprema rechazó la solicitud de remoción presentada por un grupo de diputados en contra del Fiscal Nacional, al considerar que no había actuado negligentemente frente a un conjunto de actuaciones asociadas a la persecución penal de los delitos de financiamiento ilegal de la política.

Mi impresión es que este mecanismo ha operado razonablemente bien, entregándole la potestad de decidir al pleno de la Corte que ha actuado con razonable independencia y alejada de las presiones generadas en los casos que ha resuelto. Con todo, podría ser conveniente revisar las hipótesis de procedencia, cubriendo más situaciones que las actuales y fijando un estándar un poco más claro para su admisión.

Junto con lo anterior, este mecanismo podría complementarse con una regla constitucional que se haga cargo de un problema asociado, aun cuando algo distinto, que es el mecanismo a través del cual puede hacerse efectiva la responsabilidad penal de los fiscales, ya sea por delito cometido o no en ejercicio de sus funciones. Esta es una materia regulada actualmente en el art. 46 de la LOCMP, pero cuyo cambio podría tener implicancias constitucionales. La norma vigente establece que la investigación de la potencial responsabilidad penal del Fiscal Nacional se hace por un Fiscal Regional designado por el Consejo General. La de un Fiscal Regional por otro designado por el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General. Finalmente, la de un fiscal adjunto por el Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional. Casos de alta connotación pública generados los últimos años han hecho ver la conveniencia de establecer un sistema que de mayores garantías de independencia a los investigadores y no esté potencialmente afectado por conflictos de interés o intereses corporativos. Se ha planteado la posibilidad de crear una figura de fiscal independiente (externo) para hacerse cargo de estas investigaciones, como se ha visto, por ejemplo, en investigaciones en contra de los presidentes de Estados Unidos. La instalación de esa opción, que me parece una posibilidad razonable, pasaría por contemplar una regla que haga excepción al actual monopolio (exclusividad) que la Constitución entrega a los fiscales en la dirección de la investigación. Desde esa perspectiva convendría incorporarla en el mismo texto constitucional.

Un último tema se refiere al proceso de designación de los fiscales adjuntos. Según el artículo 88 de la Constitución, ellos se designan por el Fiscal Nacional a propuesta de terna del Fiscal Regional respectivo conformada luego de realizar un concurso público. Una reglamentación un poco detallada de los mismos se especifica en la LOCMP (art. 41). El problema es que la evidencia acumulada en los últimos años indica que este sistema ha permitido el desarrollo de una cultura completamente endogámica en las designaciones, afectando con ello la calidad del trabajo en la institución. Así, los datos indican que el ingreso de personas ajenas al Ministerio Público a los cargos de fiscales adjuntos es marginal (Espacio Público, 2020: 42-43). Una reforma constitucional puede ser una buena oportunidad para regular un principio que efectivamente permita ingreso en condiciones igualitarias a personas que vienen con otras experiencias profesionales que podrían ser un aporte.

### 3.- Delimitación de los alcances del ejercicio de acción penal pública de parte de la víctima:

La constitución le entrega al Ministerio Público la exclusividad en la función de ejercer la acción penal pública. En virtud de esto, el Ministerio Público –en principio– es el único organismo

estatal titular del ejercicio de la acción penal, es decir, que a *prima facie* es el órgano estatal que tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal pública. Ello, sin embargo, no representa un monopolio absoluto para esta institución, ya que existen diversas normas en el nuevo sistema que relativizan tal opción.

Una de las situaciones que ha generado mayor polémica estos años en esta materia es el alcance del inciso segundo del art. 83 de la Constitución, que establece que el ofendido por el delito puede ejercer la acción penal.<sup>8</sup> El Código Procesal Penal articula esta regla de diversas maneras, por ejemplo, permite la intervención de la víctima en los delitos de acción pública en calidad de querellante adhesivo o particular (art. 261 CPP) o contempla un mecanismo de forzamiento de la acusación y de privatización de la acción cuando el fiscal intentare no llevar adelante un caso (art. 258 CPP), entre otras.

El problema se ha presentado producto de una interpretación extensiva que ha desarrollado el Tribunal Constitucional a partir de esta regla en diversos fallos, por ejemplo, uno de los últimos el rol n° 6718-19 de 28 de noviembre de 2019. Este conjunto de decisiones ha establecido un alcance que va más allá de las opciones de ejercicio que están reguladas en la ley, cuestionando la constitucionalidad de la aplicación de diversas reglas del Código Procesal Penal (por ejemplo, artículos 186 y 248). El problema de estas interpretaciones es que ha generado un potencial cambio bastante estructural de la lógica del sistema que, desde mi punto de vista, es muy problemático para su adecuado funcionamiento, especialmente en la idea que esta suerte de monopolio que se entrega al Ministerio Público obedece a cuestiones centrales del modelo. Reconociendo que se trata de un tema polémico, pienso que la reforma constitucional podría ser una oportunidad para delimitar mejor el alcance de esta potestad de ejercer la acción penal pública por parte de los ofendidos por el delito. Sin excluirla totalmente, esta podría acotarse a los casos y en las situaciones que efectivamente contempla la ley y no extenderla en contra de esas disposiciones como ha venido haciendo el Tribunal Constitucional.

## Conclusiones

Luego de más de 20 años en que se realizó el actual diseño del Ministerio Público, la reforma constitucional ofrece una oportunidad de hacerse cargo de varios problemas que este ha tenido en la práctica o de otras cuestiones conflictivas que surgieron en la misma y que no fueron previstas en su oportunidad. En esta minuta he identificado algunas materias de diseño institucional del Ministerio Público contenidas en la Constitución, sugiriendo algunas líneas básicas de cambio, pero reconociendo que en casi todas ellas existen varias opciones posibles de solución y, por lo mismo, merecen ser discutidas y consensuadas. Por otra parte, debe tenerse presente que muchas soluciones posibles sólo debieran quedar contenidas en forma de principios generales en la constitución y luego articuladas de manera más precisa en la LOCMP o incluso el CPP.

---

<sup>8</sup> Norma reforzada por una reforma introducida el 11 de julio del año 2011 al art. 19 n° 3 inciso tercero de la Constitución, que establece que las personas naturales víctimas de los delitos contarán con asistencia jurídica para ejercer la acción penal prevista en el texto del artículo 83.

## Referencias

De Ramón, Armando. 1989. *Promotores Fiscales. Su Historia (1876 – 1927)*, Boletín de la Academia Chilena de Historia nº 100, Santiago, pp. 315-336.

Duce, Mauricio; Riego, Cristián (redactores). 2006. *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago.

Duce, Mauricio; Riego, Cristián. 2007. *Proceso penal*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

Espacio Público. 2020. El sistema de justicia penal y su lucha contra la corrupción en América Latina: informe de Chile, Tinker Foundation y Espacio Público, en <https://www.espaciopublico.cl/informe-el-sistema-de-justicia-penal-y-su-lucha-contra-la-corrupcion-en-chile/>

<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/index.jsp>

## CONTRAPUNTO

Ximena Marcazzolo, profesora asistente adjunta, Departamento de derecho penal, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

En mi opinión la minuta es clara, lúcida y sintetiza prolijamente uno de los temas centrales de cara al debate constitucional, esto es, la autonomía del Ministerio Público. A su turno, las propuestas que formula son soluciones plausibles y realistas en relación con dificultades concretas que el autor identifica.

En relación con el diagnóstico, efectivamente los problemas derivados de la autonomía de esta institución se pueden clasificar en: 1) El excesivo celo con que el Ministerio Público ha asumido su autonomía; 2) Problemas de coordinación derivados de la ausencia de una verdadera comunicación interinstitucional y 3) críticas efectuadas por académicos y autoridades sobre las decisiones que adopta la Fiscalía en el contexto de la persecución penal, particularmente, en relación con el uso de salidas alternativas, tramitación de casos, etc.

Coincido con la necesidad de conservar la autonomía constitucional por ofrecer garantías para la persecución penal, en especial de los delitos funcionarios en los que podrían tener participación las autoridades de turno. Por el mismo motivo, creo que es correcto mantener la vigencia de ocho años en el ejercicio del cargo de Fiscal Nacional y Fiscales Regionales, tiempo que supera la duración de los períodos presidenciales, permitiendo consolidar políticas de persecución penal a largo plazo.

También comparto la necesidad de reforzar los controles respecto de la autonomía. Las áreas que deben considerarse, al menos, son las siguientes: 1) Designación de las autoridades del Ministerio Público; 2) Proceso de remoción; 3) Impedir que los Fiscales Regionales puedan mantenerse en los cargos por períodos sucesivos, en la misma o en otra Fiscalía Regional; 4) Precisar el rol de la víctima en el proceso penal.

## II.- Comentarios particulares:

Dentro de las propuestas que se formulan en la minuta, destaco positivamente las siguientes:

1.- La existencia de un Consejo con integración interna y externa al Ministerio Público, en el que se discutan las políticas generales de persecución y otros aspectos estratégicos. Esta propuesta me parece muy interesante porque creo que logra solucionar dos problemas que ha generado la autonomía. Primero, es una instancia de coordinación interinstitucional, toda vez que dicho Consejo debiese estar integrado por miembros de instituciones que participan o definen lineamientos en el ámbito de la persecución penal. En segundo lugar, porque la participación del Consejo permite concurrir en la definición de criterios generales de actuación y estrategias en relación con la pesquisa criminal.

2.- En cuanto a las propuestas para nombramiento de Fiscal Nacional y Regionales, destaco especialmente dos aspectos. Lo primero es la existencia de una comisión compuesta por especialistas para la definición de los candidatos. Podría ser la primera etapa para el nombramiento del Fiscal Nacional y de los Regionales, asegurando el mérito individual y la igualdad de condiciones para los postulantes. Pero adicionalmente, agregaría la necesidad de elevar las exigencias para postular a estos cargos. Por ejemplo, en el caso del Fiscal Nacional, los candidatos, al menos, deberían cumplir con los requisitos que se exigen para los Ministros de Corte Suprema que son externos al Poder Judicial. Lo segundo, todavía más relevante, transparentar y justificar las elecciones de los candidatos y prohibir el uso del lobby.

3.- Comparto la necesidad de limitar la designación de Fiscales Regionales, no solo para los períodos siguientes en la misma Fiscalía Regional, sino que en cualquier de éstas.

4.- En relación con la remoción de Fiscal Nacional y Fiscales Regionales, creo positivo que la decisión esté radicada en la Corte Suprema y no en el Congreso (como ocurre en el caso de la acusación constitucional). Pero deberían revisarse las causales, ampliándolas, agregando por ejemplo el notable abandono de funciones que hoy existe respecto de los Ministros de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de acusación constitucional.

5.- En relación con la participación de la víctima comparto el diagnóstico y considero que no se debe desvirtuar la naturaleza pública de la acción penal que deriva de la gran mayoría de los delitos. En este sentido, resulta fundamental que la Constitución y el Código Procesal Penal guarden coherencia, evitando interpretaciones que importen una privatización de la acción penal. Por ello resulta fundamental regular el rol de la víctima.



## Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación a la Contraloría General de la República

Por: Juan Carlos Ferrada, Universidad de Valparaíso

### Resumen

La Contraloría General de la República es uno de los órganos de relevancia constitucional que parecen más lejanos y pacíficos en la discusión constitucional. Sin embargo, su posición institucional, su organización interna y particularmente la amplitud de sus funciones y atribuciones generan discusiones entre los especialistas, además de tener gran importancia en la configuración y control del poder.

### Introducción

La Contraloría General de la República es una organización administrativa que está tratada en la Constitución Política vigente y que aparentemente no genera mayores cuestionamientos en la ciudadanía. Al contrario, la percepción que se tiene de ésta es la de un órgano relevante para la República, cuya actividad contribuye de forma significativa a la probidad administrativa y la buena utilización de los recursos públicos (Letelier 2015).

En este sentido, no pareciera haber mayor controversia acerca de mantener a la Contraloría General de la República como un órgano de relevancia constitucional, sin perjuicio de existir algún debate académico sobre las funciones que se le atribuyen a ésta y sobre todo, la forma como las ha ejercido (Ferrada 2019). Así, la extensión e intensidad que ha hecho la Contraloría de la función de control de legalidad de la Administración, a través de sus instrumentos principales (“toma de razón” y “potestad dictaminadora”), ha generado algunas discusiones jurídicas relevantes sobre este órgano. Lo mismo ha ocurrido con el contenido mismo de las decisiones adoptadas por la Contraloría en el ejercicio de dichas potestades, en que más que aplicar e interpretar la ley, ha generado en la práctica nuevas normas o al menos interpretaciones novedosas que no guardan estricta relación con su contenido literal (Cordero 2010).

Ello ha provocado una exposición mediática poco usual del Contralor General de la República y de la Contraloría en su conjunto, lo que ha llevado a una mirada más atenta de los ciudadanos al quehacer de este órgano de control y sus resultados. Así, la Contraloría ha pasado de ser un órgano secundario del Estado a un actor relevante del sistema institucional, lo que genera aplausos y críticas por sus decisiones.

Sin embargo, más allá de esta contingencia, la pregunta que debemos hacernos es si el actual diseño institucional de la Contraloría General de la República se ajusta o no a los desafíos que plantea un nuevo orden constitucional. En otras palabras, la interrogante a contestar es si las reglas fundamentales de este órgano de control contenidas en la Constitución Política vigente son consistentes con un Estado moderno que desarrolle con eficiencia y eficacia las funciones públicas, pero cautelando la legalidad y probidad en su ejercicio.

Obviamente la Constitución Política no puede pretender abordar toda la regulación en esta materia, pero si contener los principios y reglas esenciales, dejando entregado al legislador el desarrollo de éstos. Así, en este texto solo se alude a los contenidos constitucionales mínimos en esta materia, pero sin ahondar en las regulaciones legislativas que se requieren en este ámbito.

## Desarrollo

La Contraloría General de la República es un órgano de la Administración del Estado que está reconocido y regulado en sus aspectos fundamentales en la Constitución Política vigente (capítulo X, artículos 98-100). Así, en el artículo 98 de la Constitución se establecen las notas esenciales de este órgano, las funciones básicas y los requisitos para ejercer el cargo de Contralor General de la República. Luego en el artículo 99 se regula detalladamente la “toma de razón”, uno de los procedimientos principales que tiene la Contraloría para el ejercicio del control de la legalidad de los actos de la Administración. Finalmente, en el artículo 100 se establece una prohibición específica a las Tesorerías del Estado de efectuar pagos dispuestos por la autoridad sin que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

En cuanto a las funciones, la Constitución señala que a la Contraloría le corresponde el control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, el control contable y financiero y el juzgamiento de las cuentas. Aquí ya aparece una nota distintiva de nuestra Contraloría, ya que extiende su competencia al control de legalidad de todos los actos administrativos, y no sólo a los vinculados a los bienes o recursos públicos, como ocurre en casi todas las demás Contralorías de los países latinoamericanos. En efecto, si analizamos la regulación de estos órganos en Perú, Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia, que tienen como base la misma misión Kemmerer, no se considera una función de control de legalidad tan amplio como el caso chileno (Jiménez 2018), entregando habitualmente dicha función a los tribunales con competencia en los asuntos administrativos.

El antecedente de esta función de control de legalidad tan amplia de la Contraloría chilena –y no sólo en términos contables y financieros- pareciera estar en su órgano antecesor, el Tribunal de Cuentas, que consideraba explícitamente esta función (artículo 11 de la Ley N°3620 de 1920), lo que fue luego reconocido en la Ley Orgánica de la Contraloría (artículo 8º del DFL 2960 bis de 1927), aunque no considerado en su texto original (DFL 400 bis de 1927).

Sin embargo, lo más llamativo en esta materia es la extensa regulación que realiza la Constitución chilena de 1980 de la “toma de razón” –instrumento que ya existía en nuestro derecho desde el siglo XIX, pero con un reconocimiento solo a nivel legal (artículo 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en adelante LOCGR)-, mecanismo de control preventivo de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos que obliga a que ciertos decretos y resoluciones (los que tratan materiales esenciales o involucran sumas de dinero relevantes) sean aprobados previamente por la Contraloría para que puedan entrar en vigencia.

La razón de esta “constitucionalización” extendida de la “toma de razón” parece tener como antecedente directo la controversia política generada entre el Presidente Allende y el Contralor General de la época (Faúndez 2011), lo que llevó a los redactores de la Constitución de 1980 a reforzar la posición institucional de la Contraloría, limitando los poderes del Presidente de la República frente a la “representación” u objeción de juridicidad del Contralor y disponiendo incluso de un mecanismo especial de resolución de controversia entre ambos ante el Tribunal Constitucional (Silva Bascuñán 2000).

Lo anterior que ya constituye una singularidad respecto de otras Constituciones Políticas, lo es más si se atiende a la extensión y efectos que tiene la “toma de razón” en el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, el rechazo de la toma de razón (o representación, como se le denomina) de la Contraloría General de la República de un decreto o resolución impide que éste

nazca a la vida del derecho, teniendo entonces aquella un poder de veto sobre los actos administrativos ilegales. Es cierto que este veto puede ser levantado por el Presidente de la República con un “decreto de insistencia”, el que obliga a la toma de razón de la Contraloría General de la República, lo que no opera en el caso de que la objeción sea de inconstitucionalidad (artículos 99 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Por otro lado, la Contraloría chilena tiene otra particularidad muy relevante: la atribución general de pronunciarse sobre todos los actos administrativos a solicitud de un órgano de la Administración o de los particulares (artículos 1º y 6º de la LOCGR). Esta atribución general se le denomina “potestad dictaminadora”, lo que le permite interpretar toda norma legal o reglamentaria relacionada con la Administración del Estado, a mera solicitud de un órgano de ésta, de un particular o de oficio. Esta es, en la práctica, una atribución “cuasi judicial” de la Contraloría, ya que le permite resolver controversias de particulares con órganos de la Administración del Estado, pero sin forma juicio y sin las garantías de un justo y racional procedimiento (Letelier 2015).

Por último, y no menos importante, la Contraloría chilena tiene también funciones de examinación y juzgamiento de cuentas, lo que pareciera ser consecuencia de la continuidad histórica que tiene con la antigua Contaduría Mayor y el Tribunal de Cuentas (Silva Cimma 1961). Esto implica que la Contraloría en nuestro derecho evalúa las rendiciones de cuentas de los funcionarios públicos, pudiendo incoar un juicio de cuentas al interior de la misma Contraloría, en el caso que considere que existe responsabilidad civil por una negligente o deficiente administración de los recursos públicos (Hansen 2007).

Estas profundas diferencias entre la Contraloría chilena y sus homónimas latinoamericanas se acentúan más si se compara aquella con los órganos de control existentes en otros países de Norte América o Europa, en que no existe ninguna institución similar, estando distribuidas las funciones de control de legalidad, contable y financiero y juzgamiento de cuentas en órganos diversos (De la Cruz 2019). Así, la regla general es radicar el control contable y financiero en órganos fiscalizadores, pero dejando el control de legalidad a los tribunales de justicia (por regla general, especializados) y a un tribunal de cuentas el juzgamiento de las cuentas.

Todo lo anterior da cuenta de un órgano administrativo de un enorme poder en el sistema institucional chileno, con facultades amplísimas de control legal, contable y financiero, y que puede imponer sus decisiones a cualquier otro órgano de la Administración del Estado, incluido al Presidente de la República. Además, este poder se encuentra concentrado en una sola persona, el Contralor General de la República, jerarca máximo de la organización, con plenos poderes sobre ésta y sólo responsable políticamente ante el Congreso Nacional (artículo 52 Nº2 y 53 de la Constitución Política de la República).

En este contexto, se plantean varias interrogantes para la nueva regulación constitucional en esta materia, en relación a la organización misma, sus funciones y atribuciones. Desde luego, muchas de ellas escapan al ámbito estrictamente constitucional, pero en sus aspectos esenciales podrían ser abordadas sucintamente en una nueva Carta Fundamental (Ferrada 2019).

Así, una primera cuestión que debería resolver el texto constitucional es el diseño organizacional. Si bien la dirección unipersonal de la Contraloría no ha generado grandes inconvenientes hasta ahora, se han manifestado algunos síntomas de agotamiento de este modelo en el último tiempo, en la medida que concentra todo el poder y la responsabilidad en

una sola persona. Esto genera una gran tensión institucional en el nombramiento del Contralor General de la República y en su exposición y seguimiento de sus decisiones, lo que puede afectar el cumplimiento de sus funciones.

En este sentido se propone la creación de un órgano colegiado de dirección en la cúspide de la organización, similar al Banco Central, la Comisión para el Mercado Financiero o el Consejo para la Transparencia –modelos relativamente exitosos en nuestro medio–, lo que permitiría un mejor gobierno corporativo de la institución y una distribución más racional del poder y responsabilidad de la organización. Dicho órgano colegiado podría estar constituido por cinco miembros designados por el Presidente de la República y con acuerdo del Senado o Congreso Nacional, con quórum de dos tercios y con periodos de ejercicio de 8 años y con vencimiento sucesivos.

Una segunda propuesta sería la limitación del control de la legalidad de los actos de la Administración del Estado en su fase preventiva, pero al mismo tiempo un reforzamiento del control posterior, lo que podría contribuir a la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, sin debilitar el control y fiscalización de su gestión. Esto implica suprimir de la Constitución o restringir severamente la denominada “toma de razón” o control preventivo de juridicidad sólo a un número limitado de actos de la Administración, en relación a su relevancia o impacto económico, evitando que opere este mecanismo para actos administrativos de bajo impacto o sea ejercido –atendido el número de actos– por distintos funcionarios del órgano de control por orden o delegación del Contralor General (Valdivia, 2018). En este sentido, la nueva Constitución, al enunciar este instrumento de control debería señalar que estará destinado solo a los actos más relevantes de la actividad administrativa, los que serán determinados en la ley orgánica respectiva, incluyendo desde luego los actos administrativos reglamentarios y las adjudicaciones de licitaciones públicas de alto valor.

Por otro lado, la nueva Constitución debería contener una breve mención a la potestad dictaminadora o interpretativa general del Derecho Administrativo, pero señalando expresamente que ella solo operará de oficio o a solicitud de un órgano de la Administración del Estado y afectará solo a ésta. Con ello se suprime la litigación informal que se produce actualmente ante la Contraloría por los particulares en contra de órganos administrativos, la que se produce sin forma de juicio –como ya se dijo– y en forma paralela a los tribunales de justicia (Valdivia 2018).

Además, se reconocería las potestades interpretativas de otros órganos especializados de la Administración del Estado, sobre los que la Contraloría General de la República no tendría control ni supervigilancia, atendidas las materias especiales sobre las que actúan y el rol rector que tienen a menudo sobre ciertos mercados regulados.

Por último, el juzgamiento de las cuentas de los funcionarios públicos debería ser entregado a un órgano judicial especial, fuera de la Contraloría General de la República. Esto implicaría mantener el examen de cuentas como una función propia de la Contraloría General de la República, pero el juzgamiento de la demanda de responsabilidad que pudiera derivarse de ésta sería de conocimiento de un tribunal independiente e imparcial.

## Conclusiones

De lo expuesto se puede concluir que la Contraloría General de la República, en mi opinión, debería mantener su regulación básica en la nueva Constitución, pero con un diseño organizacional y unas funciones más consistentes con un Estado moderno. Esto implica un fortalecimiento de las funciones de control *ex post* en la Administración del Estado, pero cautelando al mismo tiempo la eficiencia y eficacia de la acción administrativa, lo que supone una limitación de la toma de razón como instrumento de control.

Por otro lado, este rediseño de la Contraloría General de la República debería permitir excluir de sus funciones aquellas que se relacionan con las atribuciones que actualmente desarrollan los tribunales de justicia, sean éstos especiales u ordinarios. En este sentido, es muy relevante limitar la potestad dictaminadora general de la Contraloría General de la República y excluir el juzgamiento de cuentas, funciones que en otros ordenamientos le son atribuidas a tribunales independientes e imparciales y a través de un debido proceso legal.

Estos cambios van además en línea con las funciones que desempeñan actualmente los órganos de control administrativo en el derecho comparado, las que deben ser articuladas con otros entes e instrumentos de fiscalización y control, los que en nuestro país deben ser desde luego fortalecidos. En este sentido, la Contraloría General de la República debe dejar de ser y actuar como si fuera el único órgano de control de la actividad administrativa en nuestro ordenamiento jurídico –como lo fue de hecho en algún momento de nuestra historia–, conectando sus atribuciones con otros actores relevantes del sistema institucional chileno, los que también deberían tener un reconocimiento y fortalecimiento en la nueva Constitución.

## Referencias

Cordero, Luis. 2010. “La jurisprudencia administrativa en perspectiva: entre legislador positivo y juez activista”, en *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, pp. 165-188.

De la Cruz, Alicia. 2019. *Contraloría General de la República: ¿Jurisdicción contenciosa administrativa?* Santiago: DER ediciones.

Faúndez, Julio. *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831-1973*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

Ferrada, Juan Carlos. 2019. “La Administración del Estado en una nueva Constitución”, en *La Constitución que queremos*, Santiago: LOM, pp. 303-328.

Hansen, Carlos. 2007. *La función jurisdiccional de la Contraloría General de la República. El juicio de Cuentas*. Santiago: Lexis Nexis.

Jiménez, Guillermo. 2018. *Non-judicial Administrative Justice in Latin America: A case study of the Chilean Comptroller-General*, Phd Thesis University College London.

Letelier, Raul. 2015. “Contraloría General de la República”, en *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM, pp. 285-314.

Silva Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo V: La Constitución de 1980. Gobierno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

Silva Cimma, Enrique. 1961. *Derecho Administrativo chileno y comparado. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Valdivia, José Miguel. 2018. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.

## ¿Qué debiese decir la Nueva Constitución en relación con el Banco Central?

Diego Pardow

Abogado, Presidente ejecutivo de Espacio Público.

### Resumen:

La nueva constitución decidirá si el Banco Central mantiene su actual diseño institucional, donde existen un conjunto de mecanismos formales que fomentan la estabilidad de sus políticas y lo aíslan de la influencia del gobierno. Ello es consistente con una misión institucional limitada a controlar la inflación y una prohibición para financiar gasto público.

### Introducción

Los bancos centrales son la institución encargada de liderar la política monetaria de un país (Cukierman 1992). Su objetivo principal es controlar la cantidad de dinero circulante, para así conseguir ciertos objetivos económicos (v.g. contener la inflación, preservar la integridad de la cadena de pagos). Para ello, entregan liquidez a los bancos comerciales situándose como prestamistas de último recurso, intervienen en el mercado de divisas, regulan la solvencia del sistema financiero y entregan información oficial sobre el desempeño de la economía. Además, en determinados países y momentos históricos, los bancos centrales han cumplido también otros objetivos, como impulsar una política industrial determinada, proteger sectores de la economía frente a fluctuaciones precios internacionales o fomentar el empleo.

El Banco Central de Chile fue creado en 1926, aunque en sus inicios se trataba de una institución privada donde el Estado era dueño minoritario de una parte del capital y carecía de potestades regulatorias. Suele considerarse como un órgano público desde 1953, cuando se dicta su primera ley orgánica, la cual fue modificada en numerosas oportunidades durante toda la segunda mitad del siglo pasado. El actual diseño institucional, sin embargo, obedece a su incorporación dentro de un breve capítulo en la Constitución de 1980, así como al desarrollo de una extensa ley orgánica publicada en 1989 y que permanece prácticamente sin modificaciones hasta nuestros días (Ferrada 2003). A nivel constitucional existen solamente dos disposiciones relativas al Banco Central. Por una parte, el artículo 108 que define esta institución como “un organismo autónomo, con patrimonio propio, y de carácter técnico”, delegando a la ley orgánica su composición, organización y atribuciones. Por otra parte, el artículo 109, que prohíbe que el gasto público sea financiado con créditos del Banco Central, junto con establecer que las políticas monetarias no deben discriminar entre instituciones que realizan operaciones de la misma naturaleza. De esta manera, nuestra actual Constitución se limita a: (i) delegar en la legislación el diseño institucional de un organismo autónomo; (ii) proteger la institucionalidad presupuestaria impidiendo el otorgamiento de créditos al Fisco; y, (iii) simplificar la misión institucional eliminando los mecanismos de discriminación con que típicamente se desarrollan las políticas industriales.

Ello contrasta con la manera en que otros países regulan a sus respectivos bancos centrales. La información sistematizada en el *Comparative Constitutions Project* muestra que menos de la

mitad de las constituciones actualmente vigentes contienen disposiciones que hagan referencia a un banco central (Elkins, Ginsburg y Melton, 2019). Con los países de la OCDE sucede algo similar, existiendo disposiciones específicas sobre bancos centrales en solamente un tercio de las respectivas constituciones. Finalmente, dentro de la minoría de países que efectivamente contemplan disposiciones constitucionales específicas sobre esta materia, algunos solamente incluyen principios generales y una delegación al legislador, mientras que otros desarrollan extensamente el diseño institucional de sus correspondientes bancos centrales. Ahora bien, este simple ejercicio de comparación tiene bastante limitaciones. En el contexto de la Unión Europea, por ejemplo, la existencia de un Banco Central Europeo está expresamente recogido en los tratados constitutivos de la unión, con independencia del contenido de las constituciones nacionales. A su vez, un estudio reciente de Claro y Valdés (2020) considerando la dimensión temporal, sugiere que el reconocimiento constitucional sería la tendencia más frecuente entre los países que enmiendan o reemplazan sus constituciones. Finalmente, muchas constituciones utilizan otro tipo de mecanismos constitucionales para fomentar el balance presupuestario y la sostenibilidad del gasto fiscal (Blume y Voight 2013).

## **¿Qué significa un banco central autónomo?**

La autonomía se refiere a un conjunto de mecanismos legales para proteger a una agencia determinada de la influencia del Poder Ejecutivo, típicamente en tres dimensiones: (1) nombramiento de sus autoridades superiores, (2) proceso de toma de decisiones regulatorias, y (3) administración presupuestaria. Mientras la primera dimensión apunta a mitigar la influencia del gobierno por la vía de involucrar a la judicatura o el congreso en la selección de los directivos de una agencia, la segunda persigue que una agencia adopte decisiones vinculantes para la ciudadanía sin necesidad de coordinarse con el gobierno, y la tercera busca prevenir que la ley de presupuestos sea utilizada para premiar la lealtad política y castigar la disidencia. Actualmente, el Banco Central concentra los mecanismos de autonomía más intensos establecido en nuestro ordenamiento: sus consejeros son elegidos con acuerdo del Senado, las restantes autoridades regulatorias en materia financiera tienen definidas sus potestades normativas de manera subsidiaria al Banco Central y cuenta con bastante libertad para administrar su presupuesto. Con todo, ninguna de estas disposiciones está incorporada en el texto de la Constitución.

El proceso constituyente abre así dos interrogantes diferentes. La primera dice relación con mantener o cambiar los actuales niveles de autonomía del Banco Central. La literatura sobre este tópico muestra una relación sistemáticamente consistente entre una mayor autonomía de los bancos centrales y ciertos resultados económicos deseables, como sería una menor inflación (Garriga y Rodríguez 2020) o un menor endeudamiento público (Klomp y De Haan 2010). En el fondo, cualquier autoridad elegida democráticamente enfrenta el incentivo perverso de instrumentar el gasto público para mejorar sus probabilidades de resultar reelecto. Un Banco Central cuyas autoridades están protegidas de las presiones que supone el ciclo electoral, debiera entregar mejores herramientas para corregir ese incentivo. Desde esta perspectiva, la evaluación del actual diseño institucional es generalmente positiva. Autores como Céspedes y Valdés (2006), muestran que la política monetaria en Chile durante las últimas décadas es



consistente en el tiempo y está efectivamente desacoplada del ciclo electoral. A su vez, Pardow y Verdugo (2020) muestran que la probabilidad de que las autoridades superiores del Banco Central se mantengan en sus puestos luego de un cambio de gobierno, es cerca del triple que en aquellos reguladores donde el gobierno tiene mayor capacidad de influencia.

La segunda interrogante dice relación con qué parte de este diseño institucional debiera incluirse dentro de la constitución, y qué otra parte puede delegarse al legislador. En su dimensión más obvia, esta pregunta depende de cuánta estabilidad quiera entregarse al diseño institucional del Banco Central. Modificar una constitución es procedimentalmente más difícil y requiere un quórum de aprobación más alto. En este contexto, es importante tener en cuenta que, en la actual estructura constitucional, las leyes orgánicas tienen un quórum superior a la mayoría y están sujetas a reglas especiales de escrutinio por parte del Tribunal Constitucional. Así, la decisión sobre cuánto delegar al legislador seguramente se vea influida por la configuración que realice la nueva constitución respecto de los distintos tipos de leyes y la incorporación de quórum supra-mayoritarios. Desde una perspectiva comparada, es importante tener en cuenta que ninguno de los índices con que se mide la independencia de los bancos centrales considera el reconocimiento constitucional o las dificultades para modificar la legislación que regula su funcionamiento. Deher y otros (2008) consideran la duración de los directivos y cuadros técnicos, su permanencia frente a cambios de gobierno y otros aspectos relacionados con la independencia material. La metodología de Garriga (2016), a su vez, analiza los mecanismos de nombramiento y remoción de directivos, fuentes de financiamiento y otros aspectos formales del diseño institucional.

Finalmente, la decisión acerca de dónde regular el diseño institucional de los bancos centrales implica determinar también quién será el intérprete de dichas reglas. Nuestro esquema actual, con un principio constitucional de autonomía y una delegación a la ley orgánica, entrega amplias atribuciones interpretativas al Tribunal Constitucional. Existen dos casos donde estas atribuciones fueron ejercidas: cuando el tribunal se pronunció respecto de la ley orgánica (STC 78-1989), y recientemente al conocer de la reforma constitucional que permite adquirir bonos de tesorería en el mercado secundario (SCT 9133-2020). En ambas oportunidades se produjo una decisión dividida, con la minoría del tribunal considerando que las actuales atribuciones del Banco Central eran excesivas y estarían infringiendo la doctrina tradicional de separación de poderes. Desde esta perspectiva, entregar la interpretación de la idea de autonomía a un órgano jurisdiccional supone el riesgo de que el diseño institucional acordado legislativamente sea considerado inconstitucional. Al contrario, cuanto mayor detalle tengan las reglas constitucionales sobre la materia, menores serán las atribuciones interpretativas de los jueces constitucionales.

## **¿Más simple es sinónimo de mejor?**

Además de establecer los principios generales del diseño institucional, la Constitución actual prohíbe al Banco Central financiar gasto público y también discriminar entre instituciones de la misma naturaleza. Ambos principios tienen una influencia importante, tanto sobre la manera de

ir desarrollando el concepto de autonomía, como respecto de otras instituciones que tradicionalmente se incorporan en una constitución.

Respecto de la prohibición de financiar gasto público, la literatura suele asociarlo con la inconsistencia temporal referida anteriormente y el incentivo perverso a mejorar las probabilidades de una reelección aumentando el endeudamiento (Kydland y Prescott 1977). Desde esta perspectiva, establecer una prohibición estricta limitaría los beneficios de influir sobre el Banco Central, con lo cual efectivamente se refuerza la idea de autonomía. Ahora bien, ello también tiene relación con la institucionalidad presupuestaria. Por una parte, la manera en que se discuten los presupuestos anuales del sector público constituye una de las dimensiones donde el régimen político se expresa con mayor claridad. En un régimen presidencial el gobierno incumbente tiene mayores atribuciones que el congreso para tomar la iniciativa y empujar las discusiones presupuestarias, mientras que en un régimen parlamentario ocurre lo contrario. Ahora bien, si cualquiera de estos dos actores políticos tuviera la capacidad de recurrir al Banco Central como una fuente de endeudamiento, cambiaría significativamente el sistema de frenos y contrapesos establecidos en la institucionalidad presupuestaria. En definitiva, la prohibición del gasto público no solamente refuerza la idea de autonomía, sino también el equilibrio institucional que se encuentra implícito en la definición constitucional del régimen político. Finalmente, todas estas disposiciones apuntan a una idea de democracia intergeneracional: evitar que por la vía de los déficit presupuestarios, las generaciones actuales se gasten los recursos de las generaciones futuras (Asatryan, Castellón y Stratmann 2018).

Tratándose del principio de no-discriminación, ello es consistente con nuestra definición de una banca central orientada únicamente a la estabilidad de los precios y la integridad del sistema financiero (Barro y Gordon 1983). Ahora bien, este mínimo común denominador que pareciera repetirse entre los bancos centrales de distintas partes del mundo deja fuera a otros objetivos institucionales (Mendoza 2005). Así, por ejemplo, nuestra legislación de 1953 definía los objetivos del Banco Central de una manera mucho más extensa: “propender al desarrollo ordenado y progresivo de la economía nacional mediante una política monetaria y crediticia que, procurando evitar tendencias inflacionistas o depresivas, permita el mayor aprovechamiento de los recursos productivos del país”. Ciertamente, las sucesivas limitaciones al objetivo institucional del banco central que ocurrieron durante las últimas décadas del siglo pasado, revelan una definición política dirigida a limitar la intervención del Estado en la economía. Pero ello también tiene una dimensión institucional. Implementar una política industrial afirmativa requiere un mayor nivel de coordinación entre los distintos organismos involucrados. Esta coordinación, a su vez, resulta incompatible con los mecanismos que fomentan la autonomía del Banco Central. Más coordinación típicamente supone menos independencia.

## **Conclusiones**

Existe abundante literatura que documenta los beneficios de contar con un Banco Central autónomo (v.g. control de la inflación, menor deuda pública, mayor fortaleza del sistema financiero). Ahora bien, nuestra actual Constitución solamente establece algunos principios

generales acerca del Banco Central y delega en el legislador gran parte de su diseño institucional, mientras que muchas constituciones del mundo carecen incluso de estas de reglas mínimas. Así, una futura constitución podría perfectamente excluir este tópico y entregar su desarrollo a la legislación. La decisión de incorporarlo, sin embargo, tiene consecuencias importantes en la manera con que la constitución desarrolla la doctrina de separación de poderes. Los mecanismos para aislar al Banco Central de las presiones del gobierno limitan la capacidad de este último para implementar políticas económicas de su preferencia. A su vez, las postestades del Banco Central en materia financiera definen subsidiariamente lo que otros reguladores financieros pueden hacer.

También tiene una importante influencia sistemática el nivel de detalle con que el texto constitucional regule el diseño institucional del Banco Central, así como el establecimiento de las actuales prohibiciones para financiar gasto público y discriminar entre agentes económicos. Cuanto mayor detalle tengan las reglas de diseño institucional consagradas en el texto de la constitución, menor será la capacidad de la jurisdicción constitucional para interpretar esa idea de autonomía. A la luz de la jurisprudencia de nuestro actual Tribunal Constitucional, este prodría ser un aspecto de la mayor relevancia en el futuro. Por su parte, la prohibición de financiamiento del gasto público no solamente refuerza la autonomía, por la vía de limitar los beneficios que obtendría el gobierno ejerciendo influencia sobre el Banco Central, sino que también mantiene los frenos y contrapesos de la institucionalidad presupuestaria. El principio de no-discriminación, finalmente, es consistente con una definición institucional limitada a controlar la inflación y proteger la integridad del sistema financiero. Al restringir las posibilidades con que el Banco Central podría participar de una política industrial afirmativa, este principio limita también la necesidad de coordinarse con otros organismos encargados del fomento productivo y refuerza su autonomía.

## Referencias

- Asatryan, Z., Castellón, C., & Stratmann, T. (2018). Balanced budget rules and fiscal outcomes: Evidence from historical constitutions. *Journal of Public Economics*, 167, 105-119.
- Blume, L., y Voigt, S. (2013). The economic effects of constitutional budget institutions. *European Journal of Political Economy*, 29, 236-251.
- Barro, R.J. y D.B. Gordon (1983) "A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural-Rate Model", *Journal of Political Economy*, 91.
- Céspedes, L.F. y R. Valdés (2006) "Autonomía de los Bancos Centrales: La Experiencia Chilena", *Economía Chilena* 9(1): 25-45.
- Claro, S. y R. Valdés (2020). Banco Central de Chile. Documentos de Trabajo sobre proceso constituyente, Centro de Estudios Públicos, en proceso de edición, en consulta con el autor.
- Cukierman, A. (1992). *Central bank strategy, credibility, and independence: Theory and evidence*. MIT press.
- Dreher, A., Sturm, J. E., y De Haan, J. (2008). Does high inflation cause central bankers to lose their job? Evidence based on a new data set. *European Journal of Political Economy*, 24(4), 778-787
- Elkins, Z., Ginsburg, T., y Melton, J. (2008). The comparative constitutions project: A cross-national historical dataset of written constitutions. Survey Instrument, available at: <http://www.comparativeconstitutionsproject.org/publications.htm>.
- Ferrada, J. C. (2003). La autonomía del Banco Central de Chile: Reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria. *Revista Chilena de Derecho*, 30(1), 151-166.
- Garriga A. C. y C. M. Rodríguez (2020) "More effective than we thought: Central bank independence and inflation in developing countries", *Economic Modelling* 85(1). 87-105.
- Garriga, A. C. (2016). Central Bank Independence in the World. *A New Data Set, Online Appendix* [https://drive.google.com/file/d/0B6aTJWE\\_InwvRWVvYnBJX2drNGM/view](https://drive.google.com/file/d/0B6aTJWE_InwvRWVvYnBJX2drNGM/view) (14.05. 2019).
- Klomp, J. y De Haan, J. (2010), "Inflation and Central Bank Independence: A Meta-Regression Analysis", *Journal of Economic Surveys*, 24: 593-621
- Mendonça, H. F. D. (2005). La independencia de los bancos centrales y su relación con la inflación. *Revista de la CEPAL*, 87, 171.

## Seguridad Nacional en la Constitución

Augusto Varas

Doctor en Sociología, Presidente de la Fundación Equitas.

### Resumen

La *seguridad nacional* es una noción importada y ambigua, pero que constitucional y legalmente le da a las fuerzas armadas (FF.AA.) una inapropiada autonomía y les permite desempeñar roles no profesionales como en el orden interno. Aparece en códigos y cuerpos legales de diversa naturaleza. La seguridad ampliada es hija de esta noción y fortalece la inclusión castrense en tareas policiales. Es una noción conservadora que favorece la concentración del poder y fortalece las disposiciones ideológicas y políticas de derecha. En esta minuta se plantea que dicho concepto debe ser eliminado de una Nueva Constitución y todo cuerpo legal.

### Introducción

La noción de *seguridad nacional* es central en nuestro ordenamiento constitucional y legal. El Artículo 1º de la Constitución señala: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional”. Ésta es una noción derivada de una definición arbitraria de amenazas, permitiendo identificar “enemigos” internos y externos los que serían objeto del uso de la fuerza militar.

Esta noción, extraña a la tradición constitucional chilena, no fue definida por los constituyentes y hasta hoy permanece equívoca y ambigua, pero jugando un importante papel en el ordenamiento jurídico y político. Entre otros, permite y legitima altos grados de autonomía y extensión de roles de las FF.AA. en tareas no profesionales. En suma, no debería aparecer en una Nueva Constitución, ni en ningún cuerpo legal y reglamentario del país.

### Una noción importada

La *seguridad nacional* tiene un origen foráneo y extraño a la tradición constitucional chilena. Llegó al país desde los Estados Unidos (EE.UU.) en el marco de la Guerra Fría.

Producto de la Segunda Guerra Mundial, el aislacionismo que había caracterizado la política exterior de los Estados Unidos fue reemplazado por un agresivo internacionalismo: la defensa de los EE.UU. debía alcanzar hasta dónde se pudiera lanzar un ataque en su contra.

El principal interés nacional de los EE.UU. fue su seguridad y ésta se lograba gracias a su predominio mundial. Para que éste fuera posible, terminada la guerra el Congreso aprobó el “Acta de Seguridad Nacional de 1947”, reorganizando el sector defensa dándole el poder al ministro de Defensa para coordinar todos los recursos institucionales involucrados en la seguridad nacional. Para apoyarlo se creó el Consejo de Seguridad Nacional, asesor del Presidente, integrando las políticas “nacionales, externas y militares relacionadas con la seguridad nacional”. El Centro Nacional de Contraterrorismo comenzó a analizar e integrar inteligencia nacional en cualquier Estado federal.

De esta forma, se incorporó la política nacional y los actores internos al espacio castrense y la extensión de la inteligencia de las FF.AA. hacia ámbitos propiamente civiles.

### En América Latina la *seguridad nacional* se transforma en doctrina

El Plan Marshall (1947) para la reconstrucción de la devastada Europa y la creación de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN, 1949) fueron definidas por la Unión

Soviética como acciones hostiles al socialismo. El Kremlin respondió con el Plan Molotov de ayuda a los países europeos del Este que habían quedado bajo su control y con la creación de la Kominform (1947), organismo de coordinación de los partidos comunistas en el mundo, iniciándose así formalmente la Guerra Fría.

Los países latinoamericanos y los EE.UU. firmaron el Tratado de Asistencia Recíproca (TIAR, 1947) que estableció la defensa colectiva en caso de un ataque extra hemisférico a cualquiera de sus miembros. A este tratado se le sumaron en los años cincuenta acuerdos de transferencia de armamentos, los Pactos de Ayuda Militar, que Chile firmó en 1952.

En esta confrontación entre capitalismo y socialismo los partidos comunistas de la región, y por extensión los de izquierda, fueron definidos como *quintas columnas*, o enemigos infiltrados en el propio territorio.

Asociados a esta noción de *seguridad nacional* se elaboraron escenarios de “guerra total” y “frente interno”, incluyendo en éste a las “quinta columnas” locales. Como muestra del alineamiento chileno con los EE.UU., la ley de Defensa Permanente de la Democracia (1948) proscribió al Partido Comunista que participaba del gobierno y que en las elecciones municipales de 1947 había obtenido el 16,5% de los votos.

Terminada la guerra en 1945 se inició el entrenamiento de militares latinoamericanos en la Escuela de las Américas. La creación en Brasil de la Escuela Superior de Guerra (1949) permitió elaborar estas ideas creando una “doctrina de seguridad nacional [que] proporcionó el fundamento amplio para luchar contra los comunistas al asignar el mantenimiento del ‘orden’ interno a las fuerzas de seguridad latinoamericanas y al delegar en Estados Unidos la tarea de proteger las murallas del hemisferio occidental de la agresión externa” (Gill, 2004).

Ante la impavidez de la civilidad democrática, la doctrina de *seguridad nacional* se convirtió en la ideología usada por las FF.AA. para actuar en política interna.

## **La *seguridad nacional* llega al país**

Las FF.AA. chilenas conocieron el sistema de seguridad nacional estadounidense al finalizar la II Guerra Mundial y, posteriormente, su formulación como ideología para el hemisferio en la Escuela de las Américas.

Así lo reconoce un oficial del Ejército chileno: “El término del conflicto significó que el centro de gravedad del perfeccionamiento docente de nuestro Ejército se trasladara a Estados Unidos. El primer grupo de Oficiales salió en 1946 a Fuerte Leavenworth, Fuerte Knox, Fuerte Sill, Fuerte Benning y Fuerte Belvoir” (Villagra, 2001:9).

Apoyada en nociones geopolíticas, ideas decimonónicas del organicismo social y del corporativismo político, la *seguridad nacional* comenzó a aparecer en los escritos de militares chilenos.

En un primer período, ésta fue concebida como sinónimo de defensa nacional. En 1949 adquirió un carácter semi-oficial con el documento del Estado Mayor General del Ejército, “Seguridad Nacional, función de gobierno”, el que analizaba “la seguridad o defensa nacional” e identificaba los frentes bélico, exterior, económico e interior<sup>9</sup>. Por *frente interno* entendía “la masa humana ubicada dentro de los límites del Estado, los grupos sociales y las instituciones básicas del Estado”. En otro artículo del mismo organismo, “La Nación y su defensa”, se ampliaba la concepción de los “frentes”, indicando que un “Plan de Acción Nacional [...] comprendería: un plan de política exterior, un plan de economía de defensa, un plan de organización civil, y un

---

<sup>9</sup> Todas las referencias son extractos de artículos en las revistas institucionales de las FF.AA. los que se encuentran en: Varas y Agüero (2011).

plan de preparación bélica”.

Inspirados en esta doctrina, en noviembre de 1953 se enviaron dos proyectos de ley al Congreso, sobre “Seguridad Nacional” y “Movilización Nacional”, los cuales, aunque no prosperaron, evidenciaron la tendencia a la expansión de roles e intervencionismo político al que ya aspiraban las FF.AA..

El Decreto con Fuerza de Ley Nº 181 (1960) introdujo la noción de *seguridad nacional* en el país. En su Artículo 13º, indicó: “Substitúyese en el inciso 1º del artículo 23º de la ley 7.200, del año 1942, la referencia al ‘Consejo Superior de Defensa Nacional’ por ‘Consejo Superior de Seguridad Nacional’”, asesor del Presidente de la República en materias de Seguridad Nacional.

A partir de esta extensión conceptual y basado en el DFL181, a meses del golpe militar (mayo-agosto de 1973), el mayor Juan de Dios Barriga, en su escrito “Lo que debemos saber sobre Seguridad y Defensa Nacional”, afirmó que además de las tareas del CSN de coordinar la labor de los diversos ministerios, estudiar y proponer los documentos primarios de la defensa nacional, debía actuar: “En el Campo de Acción Interno: (Educación, Salud, Moral, Cultura, Valor Físico) ... forjando una población responsable de sus deberes ciudadanos y capacitada física, espiritual y moralmente para que contribuya a la Seguridad Nacional”.

Así, la *seguridad nacional* se convirtió en una ideología castrense políticamente alineada con los EE.UU., antagónica a los partidos de izquierda y que pudo desarrollarse gracias a la incapacidad de los gobiernos democráticos para establecer los principios y reglas respecto del rol de las FF.AA. en democracia.

### **La *seguridad nacional* y la Unidad Popular**

La noción de *seguridad nacional* continuó extendiéndose al plano político durante el gobierno de la Unidad Popular (1970-1973). “La Nueva República”, programa político del Partido Nacional, “definía la seguridad nacional como la preparación para un eventual ataque externo y para un atentado a la soberanía y libertad de la nación desde su interior” (Valdivia, 2008; 246).

Igualmente, en enero de 1971, el nuevo presidente del PDC, Narciso Irureta, denunció la existencia de campamentos guerrilleros en las provincias del sur lo que motivó el estudio de una nueva Ley de Seguridad Nacional.

En plena crisis política (mayo 1973), la “carta abierta del cuerpo de generales y almirantes en retiro de la Defensa Nacional, dirigida al Presidente de la República [...] señalaban que ‘infringir en cualquier forma la Constitución Política atentaría gravemente contra la Seguridad Nacional; las Fuerzas Armadas se transformarían en organizaciones autónomas, por haberse perdido el mandato que las obliga ante los Poderes del Estado con el riesgo que ello supondría para la estabilidad institucional y su prestigio nacional e internacional’ ” (Dooner, 195;156). Amplio eco tuvo esta comunicación en los partidos de oposición.

De esta forma, la noción de *seguridad nacional* terminó incorporándose al lenguaje político nacional e intentó legitimar el golpe militar a pesar de su ambigüedad conceptual.

### **La *seguridad nacional*: una noción siempre ambigua**

Desde que comenzó a usarse en el país la noción de *seguridad nacional* ésta ha mantenido su ambigüedad hasta la actualidad.

Para la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (Comisión Ortúzar) -iniciada el 24 de septiembre de 1973-, uno de sus principales temas fue la definición de *seguridad nacional*, piedra angular que sustentaba la distopía política de su principal impulsor, Jaime Guzmán, para crear una democracia de pluralismo limitado, protegida por un poder de *seguridad nacional* radicado en las FF.AA.

En marzo de 1974, la Junta Militar publicó su “Declaración de Principios del Gobierno de Chile” en la que la noción de *seguridad nacional* tenía un rol central, por lo que en agosto de 1974, “La Comisión [Ortúzar] se reúne con los integrantes del Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional a fin de analizar la misión que constitucionalmente les corresponde a las Fuerzas Armadas y el concepto de seguridad nacional”. En la reunión: “El General señor BONILLA (Ministro de Defensa Nacional) señala que es indispensable tener claro el concepto de ‘seguridad nacional’ para saber el papel que les corresponde desempeñar a las Fuerzas Armadas dentro de la comunidad. Agrega que dicho concepto abarca un campo muy amplio, *por lo que no es importante su definición* (mis itálicas), sino precisar los distintos elementos que lo constituyen”.

En 1985 el propio Guzmán confesaba que esta noción aún no estaba clara: “No es mi propósito ofrecer aquí *ninguna definición acabada de la seguridad nacional como concepto*. Pienso incluso que intentarlo en tal carácter, *arriesga empequeñecer sus alcances*, peligro común a muchas definiciones de los *valores más ricos de la convivencia nacional*”. (Guzmán, 1985; 45-49. Mis itálicas).

Ya recuperada la democracia y en pleno gobierno del Presidente Frei Ruiz-Tagle, con Edmundo Pérez Yoma como ministro de Defensa, en el *Libro de la Defensa Nacional* de 1997 se continuó utilizando la noción de *seguridad nacional* con gran ambigüedad. Así, se afirmaba que éste es un: “Concepto que engloba tanto la preservación de la seguridad interna como externa del Estado [...] La seguridad nacional no es sólo cuestión de policías y militares, sino también de desarrollo socioeconómico, de cohesión ciudadana, de institucionalidad, de distribución poblacional, de nivel cultural, *etcétera*”. (Mis itálicas)

En la actualidad esta noción, caracterizada como crucial en el diseño político institucional, sigue sin definición. En la reunión del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) del día 7 de noviembre de 2019, “El contralor señaló que: [...] *El concepto de ‘seguridad nacional’ no tiene actualmente, una definición positiva expresamente aceptada por nuestro país*” (Ferrada, 2020. Mis itálicas)

Esta es una situación paradójica ya que esta noción no solo tiene un rol importante en la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA., sino también en los códigos Orgánico de Tribunales, Procesal Penal, Aeronáutico, Minería, del Trabajo, Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, Ley Sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y la que crea la Agencia Nacional de Inteligencia.

En suma, la *seguridad nacional* es una noción que carece de significado pero que legitima la expansión de roles de las FF.AA hacia ámbitos ajenos a su profesión.

## **La *seguridad nacional* en la Constitución de 1980**

La Constitución de 1980 fue elaborada *ex nihilo* sin considerar la tradición constitucional nacional al respecto (Ossa, 2020; 26-27).

Para introducir el *poder de seguridad* -y el lugar que ocupan en éste las FF.AA.- en la arquitectura del poder autoritario contenido en la Constitución, se incluyó la noción de *seguridad nacional*, la que conecta a las instituciones armadas a una variedad de funciones no castrenses ya que existen “para la defensa de la patria y son esenciales para la *seguridad nacional*”.

A su vez estableció una confusión y ambigüedad entre las nociones de *seguridad nacional*, seguridad del Estado, seguridad de la Nación, seguridad externa y seguridad interna, integradas en la Constitución sin armonización alguna entre ellos.

La reforma constitucional de 2005 fue un avance en disminuir el poder político militar al eliminar a los ex comandantes en jefe de las FF.AA. como senadores y la función de éstas de garantes de la institucionalidad (pero no en la LOC); terminó con la inamovilidad de los comandantes en jefe



de las FF.AA. y del Director General de Carabineros; el Consejo de Seguridad Nacional no puede autoconvocarse; su función es de asesoría y no puede hacer presente sus observaciones a órganos públicos; para declarar estado de asamblea (en caso de guerra externa), el Presidente de la República necesitará el acuerdo del Senado, no el del Consejo de Seguridad Nacional; las Fuerzas Armadas, a través del COSENA, ya no tendrán injerencia en la conformación del Tribunal Constitucional.

A pesar de lo anterior la noción de *seguridad nacional* permea el conjunto de la Constitución incidiendo en funciones y roles de las Fuerzas Armadas en temas ajenos a ellas como:

Artículo 8. [...] Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la **seguridad de la Nación** o el interés nacional.

Artículo 19.11º.- [...] La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la **seguridad nacional**.

15º.- [...] Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la **seguridad del Estado**.

16º.- [...] No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la **seguridad nacional**.

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la **seguridad nacional**, respetando las normas legales que la regulen.

24º.-[...] Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la **seguridad nacional**, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. [...]La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Esta norma se aplicará también a los yacimientos de cualquier especie existentes en las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional y a los situados, en todo o en parte, en zonas que, conforme a la ley, se determinen como de importancia para la **seguridad nacional**. El Presidente de la República podrá poner término, en cualquier tiempo, sin expresión de causa y con la indemnización que corresponda, a las concesiones administrativas o a los contratos de operación relativos a explotaciones ubicadas en zonas declaradas de importancia para la **seguridad nacional**.

Artículo 22. Todo habitante de la República debe respeto a Chile y a sus emblemas nacionales. Los chilenos tienen el deber fundamental de honrar a la patria, de defender su soberanía y de contribuir a preservar la **seguridad nacional** y los valores esenciales de la tradición chilena.

Artículo 32. 17º.- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las de acuerdo con las necesidades de la **seguridad nacional**;

19º.- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al **Consejo de Seguridad Nacional**, y

20º.- [...]El Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros de Estado, podrá decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la **seguridad nacional** o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país.

Artículo 42. El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la **seguridad de la Nación**

Artículo 52. b) De los Ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la **seguridad de la Nación**, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado éstas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno; [...] d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la **seguridad de la Nación**,

Artículo 60. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso séptimo del número 15º del artículo 19, cesará, asimismo, en sus funciones el diputado o senador que de palabra o por escrito incite a la alteración del orden público o propicie el cambio del orden jurídico institucional por medios distintos de los que establece esta Constitución, o que comprometa gravemente la **seguridad o el honor de la Nación**.

Artículo 101. Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la **seguridad nacional**.

Artículo 106. Habrá un **Consejo de Seguridad Nacional**

Artículo 107. [...] En sus sesiones, cualquiera de sus integrantes podrá expresar su opinión frente a algún hecho, acto o materia que diga relación con las bases de la institucionalidad o la **seguridad nacional**.

Artículo 109. [...] Con todo, en caso de guerra exterior o de peligro de ella, que calificará el Consejo de **Seguridad Nacional**, el Banco Central podrá obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas.

Así, la noción de *seguridad nacional* se ha mantenido como parte central de la Constitución, contaminando un conjunto de cuerpos legales y reglamentarios referidos a las FF.AA.

## **La seguridad nacional y otras leyes**

La LOC de las FF.AA., así como la Ordenanza del Ejército, son normas que constituyen un todo orgánico en conjunto con las disposiciones constitucionales referidas a éstas. Es la llamada Constitución Material .

Fundamentada en el Capítulo XI de la Constitución, la LOC de las FF.AA. en su Artículo 1º establece que “Las Fuerzas Armadas, dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional, están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, constituyen los cuerpos armados que existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y *garantizan el orden institucional de la República*” (Mis itálicas).

Es en estas funciones ambiguas que las facultades de cada Comandante en Jefe (LOC, Artículo 47(49) materializan la autonomía corporativa de sus instituciones. Así, el Comandante en Jefe: formula las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando; autoriza las

reparaciones, transformaciones y modificaciones del material; aprueba la adquisición, el retiro del servicio y la enajenación del armamento, sistemas de armas, unidades navales o material de guerra; determina las necesidades de recursos humanos y materiales; aprueba y dispone el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas de la respectiva institución y los textos de estudio de los establecimientos institucionales; celebra, en representación de los actos, contratos y convenciones para la adquisición, uso y enajenación de bienes inmuebles de las instituciones, y muebles; contrata los servicios necesarios, incluso sobre la base de honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional; ordena la inversión de los fondos que se destinen por ley a su institución y de los recursos que se obtengan con motivo de las enajenaciones y ventas. Estos últimos recursos constituyen ingresos propios de la Institución y no ingresan a rentas generales de la Nación.

Otro de los efectos de esta ambigua noción de *seguridad nacional* ha sido el fortalecimiento de la tendencia a la expansión de roles castrenses hacia áreas no profesionales, tal como se observa en la tesis del “profesionalismo militar participativo” contenida en la “Ordenanza del Ejército, 2006”. Se afirma que “el Ejército se esmera por participar dentro de la sociedad chilena del siglo XXI, prestando asistencia y colaboración profesional en las esferas de sus obligaciones sociales. Entre éstas, en relaciones internacionales, desarrollo de infraestructura material, protección medioambiental y, en general, todo lo que significa seguridad para el desarrollo y ayuda para la integración de nuestro país al mundo” (Ordenanza, 2006;73-79).

La propuesta del Presidente Piñera en su primera administración sobre una “Estrategia de Seguridad y Defensa Nacional” intentó formalizar la expansión de las funciones castrenses hacia el orden interno a partir de las nociones de *seguridad ampliada* y polivalencia castrense, incluyendo “la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y el crimen organizado; y la vulnerabilidad energética y presión sobre sus recursos naturales”. Ésta incluía un Grupo de Trabajo de Seguridad Público-Privado, y una Comisión de Participación Ciudadana de carácter consultivo.

En esta misma línea, en 2011 involucró a las FF.AA. en el “Plan Frontera Norte” para la protección de la frontera marítima y terrestre en el norte del país, lo que fue seguido en 2018 por el “Plan Frontera Norte Segura”, que le dio al Comando Conjunto Norte la tarea de eje coordinador de las FF.AA. para la entrega de sus datos de inteligencia. El Decreto 265 (9 julio, 2019) autorizó a las FF.AA. para cooperar en la lucha contra el narcotráfico y crimen organizado transnacional en zonas fronterizas.

Extendiendo roles incorporó a las FF.AA. en la campaña de vacunación de marzo de 2018; en el apoyo a la red de salud pública (junio, 2019); y en el “Plan Código Azul” (julio de 2018), en ayuda a personas en situación de calle.

El exministro de Defensa, Alberto Espina afirmó que “Hacia el 2022, la meta del Ejército es plantar 100 mil árboles a lo largo del territorio y esa es otra muestra del compromiso concreto con el cuidado del medioambiente”<sup>10</sup>.

Complementando esta extensión de roles, el gobierno ha enviado una serie de proyectos de ley al Congreso ampliando aún más las labores castrenses en ámbitos no profesionales, como el que crea un Sistema de Inteligencia del Estado (SIE) que incluye a las ramas castrenses en tareas de inteligencia nacional (iniciado con el Plan Frontera Segura); el de infraestructura crítica (que exime a los militares de responsabilidad penal); el decreto de las reglas del uso de la fuerza (que permite a las FF.AA. el uso de armas letales); el que exime de responsabilidad penal a las policías

---

<sup>10</sup> <https://www.ejercito.cl/descargas/mobile/MTIw>

y militares al hacer uso de su arma en defensa propia o en la defensa inmediata de un tercero; y el que limita la cooperación del Estado con la Corte Penal Internacional (posibilita impunidad internacional ante eventuales violaciones a los derechos humanos).

Estas normas y proyectos de leyes muestran la decisión de fortalecer el *poder de seguridad* de las FF.AA., originado en la Constitución de 1980, materializándolo en amplias facultades castrenses para operar fuera de sus límites profesionales.

## **La seguridad ampliada**

Para las Naciones Unidas el fin de la Guerra Fría proporcionaría altos dividendos para la paz internacional. Algunos analistas llegaron a especular sobre el “fin de la historia” (Fukuyama,1992).

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en su “Informe Sobre Desarrollo Humano (1994)” acuñó el término *seguridad humana* y el informe de la Comisión de Gobernanza Global de la ONU, “Our Global Neighborhood” (1995) señaló que “La seguridad global debe ampliarse desde su enfoque tradicional en la seguridad de los estados para incluir la seguridad de las personas y el planeta”. La creación de la multilateral Red de Seguridad Humana (1999) incluyó a un creciente número de países para avanzar en esta perspectiva.

Con esta licencia desde el nivel multilateral, la noción de *seguridad ampliada* -extensión de la *seguridad nacional*- comenzó a ser utilizada en el espacio castrense de las reuniones de ministros de Defensa (Molina, 2012). Así, en la I y II Reunión de Ministros de Defensa (Williamsburg, 1995; Bariloche, 1996), en la Asamblea General OEA (Bridgetown, 2002), y la V Conferencia Ministros de Defensa (Santiago, 2002), asociaron la seguridad a una gran variedad de temas: “Terrorismo, delincuencia organizada transnacional, drogas, corrupción, lavado de activos, tráfico ilícito de armas; pobreza extrema y exclusión social; estabilidad de la democracia; desastres naturales; VIH/SIDA; deterioro del medio ambiente; trata de personas; ataques cibernéticos; transporte marítimo de materiales potencialmente peligrosos, incluidos el petróleo, material radioactivo y desechos tóxicos; acceso, posesión y uso de armas de destrucción masiva por terroristas”.

Esta ilimitada extensión de la noción de seguridad llevó a Buzan y Hansen, especialistas en relaciones internacionales, a concluir que “no existe una definición compartida de lo que debería implicar ‘ampliar la seguridad’” (Buzan-Hansen, 2009; 224).

Gracias a su ambigüedad, la noción de seguridad ampliada fortaleció una *seguridad nacional* sin fronteras.

## **Seguridad nacional, noción conservadora**

Tal como hemos visto la ambigua noción de *seguridad*, no tiene un solo significado, pero es ampliamente usada a todo nivel, fusionando lo nacional con lo internacional, lo individual con lo social, lo castrense y lo civil, y ha legitimado a las FF.AA. como la única institución estatal capaz de implementar políticas públicas en cada uno de estos amplios y variados ámbitos, con el consecuente debilitamiento de las instituciones civiles responsables.

La noción de *seguridad nacional* se ha convertido en el equivalente de todas las demandas conservadoras de mantención del orden y de eliminación de todas las expresiones políticas, nacionales e internacionales, de alteración del mismo.

Este proceso ha sido posible a través de varias etapas. El primero ha sido identificar áreas de “seguridad” derivadas de la percepción de determinadas “amenazas”, las que dependen de quién las defina como tales. Se ha comprobado que independientemente de las disposiciones ideológicas individuales, la información sobre “amenazas” fortalece las actitudes proclives a la

“seguridad” y convence a los individuos más escépticos (Malhotra & Popp, 2012;44).

El segundo paso ha sido la centralización del poder para “responder a tales amenazas” (Centeno, 2002;265), por lo que se generan fuertes incentivos para ampliar el rango de las “amenazas” y proveer los medios para incrementar la “seguridad” en tales ámbitos. Así, “al pronunciar seguridad un representante estatal mueve un problema particular hacia un área específica, reclamando así un derecho especial para usar cualquier medio necesario para enfrentarlo” (Buzan, Weaver, de Wilde, 1998;21).

El tercer paso ha sido el uso de la “percepción de amenazas” para fortalecer las actitudes de derecha, conservadoras y autoritarias. Así, “los países en que se perciban altos niveles de amenaza estarán más inclinados a tener niveles generales más altos de actitudes socio-culturales y económicas-jerárquicas de derecha [...] el nivel de amenaza de un país está positivamente relacionado con el nivel nacional de actitudes de derecha” (Onraet, Van Hiel & Cornelis, 2013;796). De esta forma, la “securitización” se ha transformado en un valioso instrumento político-ideológico para favorecer al Ejecutivo de derecha en el poder.

A través del dominio de los medios de comunicación de masas y de la producción intelectual de instituciones políticas y académicas la noción de *seguridad nacional* se transformó en una noción que logró permear gran parte de la cultura política nacional e internacional. Con ella se intenta legitimar el poder político militar para enfrentar una amplia y vaga lista de “nuevas amenazas”.

## Conclusión

La Nueva Constitución será una manifestación de la capacidad de introducir en sus normas básicas los elementos constitutivos de una nueva visión de sociedad. La eliminación de la noción de *seguridad nacional* en el ordenamiento constitucional y legal será parte central en esta tarea de generar una nueva concepción de lo social.

La Nueva Constitución no debería incluir a las FF.AA. como capítulo especial en ella, ni emplear la noción de *seguridad nacional* en la definición de las tareas de instituciones armadas, policiales o civiles.

El concepto que define la principal tarea profesional de las FF.AA. es la *defensa nacional* y es a partir de éste que se deberá reestablecer por ley una adecuada relación entre las instituciones armadas y el resto de la administración del Estado.

Organizacionalmente, se debería eliminar el Consejo de *Seguridad Nacional* y establecer un Consejo Superior de la Defensa Nacional con una diferente integración por civiles y militares que asesoren al Presidente de la República en esas materias.

A partir de esta nuevas disposiciones constitucionales será posible coadyuvar en la construcción de un Estado democrático social de derecho en forma.

## Bibliografía

Buzan, Barry & Lene Hansen (2009), *The Evolution of International Security Studies*. Cambridge, Cambridge University Press.

Buzan, Barry, Ole Weaver, Jaap de Wilde (1998), *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, Lynne Rienner Publishers.

Centeno, Miguel Angel (2002), *Blood and Debt: War and the Nation-State in Latin America*. The Pennsylvania State University Press, PA.

- Dooner, Patricio (1985), *Crónica de una democracia cansada. El Partido Demócrata Cristiano durante el gobierno de Allende*. Santiago, Instituto Chileno de Estudios Humanísticos.
- Ferrada Celis, Ernesto (2020), "La seguridad nacional: ¿es necesaria su definición positiva en el derecho nacional?" Santiago, Centro de Estudios e Investigaciones Militares, *Escenarios Actuales*, Año 25, julio, N° 2.
- Fukuyama, Francis (1992), *The End of History and the Last Man*. New York, Free Press.
- Gill, Lesley (2004). *The School of the Americas: Military Training and Political Violence in the Americas*. Durham, Duke University Press.
- Guzmán, Jaime (1985), "Seguridad Nacional en la Constitución de 1980", *Revista de Derecho Público*, Vol. 1985, Nos 37-38.
- Huneeus, Carlos (2008), *La guerra fría chilena*. Santiago, Random House Mondadori.
- Huntington, Samuel P. (1957), *The Soldier and the State*. Cambridge, Harvard University Press.
- Lippmann, Walter (1943), *U.S. Foreign Policy: Shield of the Republic*. Boston, Little, Brown and Company.
- Malhotra, N., & Popp, E. (2012), "Bridging Partisan Divisions over Antiterrorism Policies: The Role of Threat Perceptions." *Political Research Quarterly*, 65 (1).
- Molina Johnson, Carlos (2012). "A propósito de la 'Seguridad Ampliada'". Centro de Estudios Estratégicos - ANEPE, Agosto.
- Morgenthau, H. (1952). "What Is the National Interest of the United States?" *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 282, 1-7. Retrieved August 22, 2020, from <http://www.jstor.org/stable/1030530>
- Ministerio de Defensa Nacional, (2006), "Ordenanza General del Ejército de Chile". Santiago, Ejército de Chile, Comando en Jefe.
- Office of the Director of National Intelligence (1947), *National Security Act of 1947*. Washington, D.C. <https://www.dni.gov/index.php/ic-legal-reference-book/national-security-act-of-1947>
- Onraet, E., Van Hiel, A., & Cornelis, I. (2013) , "Threat and Right-Wing Attitudes: A Cross-National Approach". *Political Psychology*, 34(5).
- Ossa, Juan Luis (2020), *Chile Constitucional*. Santiago, Fondo de Cultura Económica.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1994), *Informe sobre Desarrollo Humano*. Nueva York.
- Valdivia Ortiz de Zárate, Verónica (2008), *Nacionales y gremialistas. El "parto" de la nueva derecha política chilena 1964-1973*. Santiago, Lom Ediciones.
- Varas, Augusto y Felipe Agüero (2011), *El proyecto político militar*. Santiago, DIBAM.
- Villagra, Héctor (2001), "El Ejército de Chile y sus compromisos internacionales", Santiago, *Anuario 16*, Academia de Historia Militar.

## EL PODER JUDICIAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Luis Cordero Vega

Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

### Resumen

El texto presenta un breve análisis sobre el desarrollo constitucional del Poder Judicial en cuanto poder del Estado, enfatizando la relación con otros los poderes y atribuciones, para luego defender la importancia de garantizar adecuadamente su independencia en la nueva Constitución.

### Introducción

En abril 1927 el entonces Ministro del Interior, Carlos Ibáñez del Campo, decidió arrestar al Presidente de la Corte Suprema Javier Figueroa y luego destituyó a casi todos sus miembros, inaugurando así su dictadura<sup>11</sup>. Con eso, Ibáñez ponía en entredicho la condición de Poder del Estado que recién había establecido la Constitución de 1925 para los tribunales. Eran tiempos convulsionados y ese evento marcaría la forma en que la Corte Suprema comprendería su rol institucional. Su función sería de aplicación formalista del derecho y alejada de los controles al poder público. Esto duraría hasta 1965, momento a partir del cual comenzó a tener un rol político institucional protagónico que duraría hasta el golpe de Estado<sup>12</sup>. Bajo Pinochet nuevamente la independencia sería puesta en entredicho, esta vez, por los propios actos del Poder Judicial, especialmente en materia de derechos humanos<sup>13</sup>. El retorno a la democracia implicó un tránsito complejo, que finalmente se pudo consolidar en la reforma constitucional de 1997<sup>14</sup>. A partir de entonces, la Corte pasaría a cumplir un rol determinante en el sistema democrático chileno y el actual debate constitucional exige considerar parte de esa evolución.

El incidente Ibáñez y el rol que cumplió la Corte en dictadura demostró la importancia que tiene para el sistema constitucional resguardar efectivamente la independencia judicial, algo inherente a la tradición constitucional de occidente de los últimos dos siglos. De acuerdo con esa tradición se entiende que una sociedad que no establezca la separación de poderes carece de Constitución<sup>15</sup> y que la existencia de un Poder Judicial independiente es uno de los elementos centrales para que dicho supuesto se cumpla<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup>Couso, Javier y Hilbink, Lisa (2014). "Coda. Del quietismo al activismo incipiente: las raíces institucionales e ideología de la defensa de derechos en Chile", en *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile*, Flacso, p. 349.

<sup>12</sup>Faúndez, Julio (2011). *Democratización, desarrollo y legalidad. Chile 1831 -1973*. Ediciones Universidad Diego Portales.

<sup>13</sup>Hilbink, Lisa (2007). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*, Cambridge University Press.

<sup>14</sup> Ley N°19.541, de 1997

<sup>15</sup>Artículo 16, Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, de 1789.

<sup>16</sup>Bordalí, Andrés. "La doctrina de la separación de poderes y el Poder Judicial chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de ValparaísoXXX* (Valparaíso, Chile, 1<sup>er</sup> Semestre de 2008) [pp. 185-219].

Así las cosas, la actividad judicial puede ser descompuesta en tres tareas fundamentales: decidir los casos litigiosos, decidirlos conforme al derecho y motivar las decisiones. Una vez realizada estas tres tareas, todavía les queda a los jueces una obligación más que cumplir: la obligación de hacer ejecutar lo juzgado, sin que puedan otros poderes públicos impedir dicha función<sup>17</sup>.

La independencia judicial es una garantía institucional y la calidad de la democracia depende en buena parte que esta se cumpla. La razón es simple, con ella nos referimos a la capacidad de un tribunal para tomar decisiones que no se vean afectadas por presiones políticas externas al Poder Judicial. Es por ese motivo que la independencia judicial está fuertemente relacionada con el sistema de separación de poderes<sup>18</sup>.

Por esta razón, la independencia judicial es tradicionalmente entendida en dos dimensiones, una externa y otra interna. La primera, supone independencia frente a los intereses de privados y la que debe tener frente a los demás poderes públicos. El sistema debe garantizar que los jueces no se vean amedrentados por la “venganza de los litigantes”. La segunda, está vinculada a la imposibilidad de que los jueces reciban influencia de otros jueces o de los órganos del Gobierno Judicial para adoptar sus decisiones jurisdiccionales.

Esta multiplicidad de objetivos y dimensiones a veces transforma en compleja la manera de abordar la gestión del Poder Judicial desde la Constitución. En particular, hace surgir la interrogante de cuál debiera ser el modelo de organización para garantizar adecuadamente esa independencia, sin la cual pierde toda identidad.

Este tema no es trivial, porque desde la Constitución de 1833 la tensión ha estado siempre en el rol del Ejecutivo para condicionar el funcionamiento del Poder Judicial y, en particular, en la manera que incide en las carreras judiciales y, con ello, la potencial afectación de su independencia.

## **El Poder Judicial en la Constitución de 1980**

El modelo de la Constitución de 1980 mantiene ciertos criterios vigentes en nuestro país desde la Constitución de 1828. Sin embargo, fueron las reglas de la Constitución de 1925 y, en especial, la práctica institucional que de ella derivó a la cual reaccionó el texto original de la Constitución de 1980.

### **1. El contenido de la función judicial**

Decidir los casos conforme a derecho, es un asunto privativo de los tribunales y una garantía para los ciudadanos. La idea sobre la cual descansa es que los conflictos de relevancia jurídica que se dan en una sociedad sean resueltos por un tercero imparcial con carácter definitivo, significa que la sociedad proscriba la autotutela como medio de resolución de sus controversias y las personas esperan que esos asuntos sean decididos por personas que, investidos de la condición de jueces, lo realicen de modo imparcial e independiente. Pero para que eso opere así, ni el Presidente ni el Congreso pueden: (i) pretender ejercer una función judicial; (ii) intervenir en una causa pendiente o (iii) revivir procedimientos ya terminados<sup>19</sup>. Detrás de esta

---

<sup>17</sup> Hernández, Rafael (2005). *Las obligaciones básicas de los jueces*, Marcial Pons, p.15.

<sup>18</sup> Clark, Tomas (2010). *The limits of judicial independence*, Cambridge University Pres, p. 5.

<sup>19</sup>Esa es el criterio sobre el cual esta construido el artículo 76 de la Constitución,



declaración, contenida en nuestro sistema constitucional desde 1833<sup>20</sup>, descansa la matriz de la función judicial.

La Constitución de 1980 agregó dos reglas que hasta ese momento se encontraban ausentes. Por un lado, estableció a nivel constitucional la idea de inexcusabilidad que sólo reconocía la ley, en virtud de la cual los jueces no pueden escudarse en la falta de ley para resolver los asuntos y, en seguida, dispuso que los jueces podían disponer directamente del auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones.

¿Qué explicaron estas reglas? Dos situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1925. Por un lado, la recurrente declaración de incompetencia que realizaban los tribunales para conocer de asuntos en donde se impugnaban actos de la autoridad porque aun no se creaban los denominados tribunales de lo contencioso administrativo, un asunto que llevó a la Corte a adoptar un criterio judicialista invocando la inexcusabilidad desde 1965 y, por la otra, porque bajo la citada Constitución para que los jueces dispusieran de la fuerza pública, requerían solicitar esta al Ejecutivo. Hacia fines de los 60 y principios de los 70, se generó la práctica de impedir ese auxilio, lo que llevaba a que las resoluciones judiciales fueran imposibles de cumplir en algunas materias de interés para el Gobierno<sup>21</sup>.

## **2. La Corte Suprema y el Gobierno Judicial**

La Corte Suprema es el máximo tribunal de la República y su labor principal es garantizar la correcta aplicación del derecho. Sin embargo, desde la Constitución de 1823 le ha sido conferida lo que se denomina la “superintendencia directiva, correccional y económica” de todos los tribunales de la nación, excluyendo al Tribunal Constitucional y la Justicia electoral.

¿Pero qué significa realmente esto? En términos simples esto implica que la Corte Suprema es la responsable de la gestión administrativa de los tribunales, que a su cargo tiene competencias relevantes en materia de nombramiento y disciplina de los jueces, y que supone también la gestión presupuestaria del Poder Judicial.

Las consecuencias de eso son significativas. La Corte Suprema por dicha vía tiene dos labores. La principal, uniformar la aplicación del derecho y una secundaria, pero estructuralmente determinante, ser el responsable de la totalidad de la gestión judicial.

Las reformas legales de las últimas décadas acrecentaron este rol. Por un lado, la creación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y por la otra el rol que cumple en la Academia Judicial, reforzando esa competencia en la Corte.

## **3. El sistema de nombramientos judiciales**

Uno de los temas centrales del desarrollo constitucional nacional, es la determinación de las reglas para los nombramientos de los jueces, cualquiera sea la jerarquía que estos tengan y

---

<sup>20</sup>Así lo estableció el artículo 108 de la Constitución de 1833 y el artículo 80 de la Constitución de 1925.

<sup>21</sup>Faúndez, nota 3, p. 247 a 259.

sobre los cuales existe un gran protagonismo, desde los inicios de la República, por parte del Ejecutivo.

El actual sistema se distingue en tres niveles:

a) Tras la reforma de 1997, se estableció un número fijo de ministros de la Corte -21 integrantes- de los cuales 16 provienen de la carrera judicial y 5 son externos o también denominados colaterales. En ambos casos la designación se realiza previo concurso que termina en la elaboración de una quina por parte del pleno de la Corte Suprema. De ella, el Presidente elige un nombre, requiriendo luego la ratificación del Senado. El propósito central de esta reforma, según consta de la propia discusión legislativa, era tratar de limitar los poderes que históricamente había tenido el Ejecutivo en el nombramiento de los Ministros de la Corte Suprema<sup>22</sup>.

b) Respecto de los Ministros de Cortes de Apelaciones, cuyo número lo establece la ley, el sistema de nombramiento consta sólo de dos partes. La primera es la conformación de ternas para cada cargo por parte de la Corte Suprema, a partir de la cuales elegirá el Presidente de la República.

c) En el caso de los jueces de letras, el sistema también consta de dos partes. En este caso las ternas la conforman la Corte de Apelaciones respectivas y a partir de ellas, el Presidente de la República elige al juez respectivo.

#### **4. La responsabilidad y remoción de los jueces**

El protagonismo del Presidente de la República en los nombramientos judiciales, explica también por qué las Constituciones chilenas, desde 1823, le han encomendado a este “velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial”, lo que se tradujo desde la Constitución de 1925 en la obligación de requerir a la Corte Suprema para declarar el mal comportamiento de un juez, reforzando con ellos el poder disciplinario de la Corte sobre los miembros del Poder Judicial<sup>23</sup>.

Desde la Constitución de 1833 el sistema constitucional chileno ha señalado que la responsabilidad personal de los jueces, que las cartas constitucionales han considerado los ilícitos más grave para un juez, son: el cohecho, la falta de observancia de las leyes, la torcida administración de justicia y toda prevaricación. Con precisiones adicionales, la Constitución de 1980 mantiene ese criterio hasta hoy<sup>24</sup>.

Pero quizá uno de los aspectos históricamente complejos ha sido la responsabilidad política de los jueces de los tribunales superiores de justicia. Desde la Constitución de 1833, estos han sido susceptibles de acusación constitucional por “notable abandono de deberes”<sup>25</sup> y regularmente

---

<sup>22</sup>La Constitución de 1925 fue la primera que constitucionalizó el nombramiento judicial de los Ministros de Corte Suprema. Bajo su vigencia, así como la de la Constitución de 1980 hasta su reforma en 1997, el nombramiento lo realizaba el Presidente de la República de la quina que conformara la misma Corte. En la Constitución de 1833 encomendaba al Consejo de Estado la facultad para “presentar” personas “idóneas” para el desempeño como juez. Artículo 104, N° 2.

<sup>23</sup>Artículo 32 N°13 y artículo 80, inciso tercero, de la Constitución de 1980.

<sup>24</sup>Artículo 79.

<sup>25</sup>La norma actual es el artículo 52, N°2, letra c).

se han manifestado en momentos de alta complejidad, así lo demuestran las acusaciones contra los Ministros de las Corte Suprema en 1868, 1891, 1933, 1961, 1967, 1992, 1996, 1997, 2000, 2005, 2014 y 2018. En el caso de la acusación constitucional de 2020 contra la Ministra Silvina Donoso, es la primera contra un juez de una Corte de Apelaciones.

El debate central en estos casos es uno elemental ¿compromete la acusación constitucional a la independencia judicial? Por esta vía ¿el Congreso no está violando la regla que le impide someterse en asuntos que decidan los jueces, el núcleo privativo de la jurisdicción? Estos temas han sido sistemáticamente abordados en todas las acusaciones constitucionales contra jueces desde el retorno a la democracia. Un asunto nada de trivial, especialmente cuando la regulación de la remoción de los jueces no puede estar vinculada a la decisión de sus asuntos, sin que ello implique afectar la independencia judicial.

## 5. La audiencia previa a la Corte por parte del Congreso

La Constitución de 1980 dispuso de una regla que tiene por finalidad escuchar a la Corte Suprema en particular, cada vez que se realice una modificación a las normas que regulan la organización y atribuciones de los tribunales, el Congreso debe requerir su opinión, aunque esta es simplemente consultiva<sup>26</sup>.

Esta regla no hizo si no reconocer que el Gobierno Judicial se encuentra en el pleno de la Corte Suprema y con ello potenciar el rol que ha tenido desde su establecimiento.

### ¿Cuál es el aspecto clave del debate constituyente para el Poder Judicial?

Lo podríamos resumir en la respuesta a la siguiente pregunta. ¿Cómo garantizamos la independencia judicial? Curiosamente ninguno de nuestros textos constitucionales se ha referido al Poder Judicial como un poder del Estado independiente. Esta ha sido una interpretación y práctica que los operadores institucionales han tenido desde el inicio de la República.

Esto tiene importantes consecuencias, pues explica por qué toda la tradición constitucional nacional le encomienda a la Corte Suprema las labores no sólo de tribunal supremo, encargado de uniformar la aplicación del derecho, si no que además sea el eje central sobre el cual descansa el Gobierno Judicial. Esto explica el rol que cumple en el sistema de nombramientos, el régimen de promoción, el sistema disciplinario y la administración presupuestaria.

Sin embargo, Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Venecia han señalado que para garantizar adecuadamente la independencia judicial “es recomendable que los Estados propicien la creación de un órgano independiente encargado del gobierno y la administración, incluyendo la selección y el nombramiento y el régimen disciplinario (...) el cual debería estar separado institucionalmente del poder ejecutivo y del legislativo, como garantía de independencia respecto de estos poderes, y ser diferente de la Suprema Corte y los tribunales”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>Artículo 77.

<sup>27</sup>Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Garantía para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las américas*, parágrafo 210, p. 104.

Así las cosas, el desafío que enfrenta la nueva Constitución no sólo es el reconocimiento explícito de la precitada independencia de los tribunales, si no que esencialmente cómo se constituye y quienes integran el órgano que ejerce el Gobierno Judicial. Aquel que define adecuadamente la carrera judicial, permite gerenciar el sistema, representar políticamente a la institución y conducir su desarrollo<sup>28</sup>.

La trascendencia de esta decisión se manifiesta en que condiciona el resto de la discusión asociada al Poder Judicial. En efecto, de ella depende los demás temas claves para la garantía de la independencia judicial: el acceso a la carrera judicial en base al mérito, los poderes de nombramiento judicial, los mecanismos de promoción, el período de duración de los mandatos de los jueces, la inamovilidad y el régimen sancionatorio de los jueces, la gestión presupuestaria y la protección de influencias externas indebidas para el desempeño de cada juez<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Vargas, Juan Enrique (2004), "Gobierno Judicial: la organización y el rol de las Cortes Supremas", en *Sistemas Judiciales* N°10, CEJA, p. 7.

<sup>29</sup>Estos criterios son comúnmente aceptados para evaluar la independencia judicial. Ver en este sentido CEJIL (2019). Compendio de estándares internacionales para la protección de la independencia judicial, disponible en línea en: [https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio\\_de\\_estandares\\_judiciales\\_online.pdf](https://www.cejil.org/sites/default/files/compendio_de_estandares_judiciales_online.pdf); Comisión Europea para la democracia por el Derecho (Comisión Venecia) (2010). Informe sobre la independencia judicial, disponible en línea en: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-spa)