

Capítulo primero

Separación de poderes y sistemas de gobierno. El caso del proyecto de Constitución de Chile de 2023

Diego VALADÉS*

SUMARIO: I. *Marco general*. II. *Consideraciones sobre el anteproyecto de Constitución en Chile, de 2023*. III. *Reflexión final*. IV. *Fuentes*.

I. Marco general

1

La democracia constitucional contemporánea es de una complejidad no imaginada hace apenas un siglo. El constitucionalismo del siglo XIX asoció la democracia con los procesos electivos conforme a la matriz helénica. Nuestros primeros constituyentes tuvieron presente la gran experiencia griega; en los elocuentes y eruditos debates protagonizados por los fundadores del constitucionalismo, en nuestra América se escuchaban los nombres de Clístenes, Efialtes y Pericles, acompañados por las categorías políticas de Aristóteles y de Polibio. La democracia, vinculada a la soberanía popular y nacional de los Estados nacientes, era entendida sólo como el derecho del pueblo a elegir con libertad a sus gobernantes.

En nuestra América, los cálculos fallaron y las ilusiones naufragaron porque la suma de inercias coloniales, confesionalismo clerical, caudillismo militar, caciquismo político, intervencionismo extranjero y analfabetismo consolidaron la desigualdad. El discurso de la libertad no bastaba

* Investigador emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador emérito del Sistema Nacional de Investigadores; miembro de la Academia Mexicana de la Lengua, del Colegio Nacional, del Colegio de Sinaloa y de la Academia Mexicana de Ciencias.

en sociedades dominadas por comerciantes, curas, militares y terratenientes, afectadas por una desigualdad muy profunda, donde las mujeres, los indígenas y los pobres padecían desventajas de todo orden, incluyendo las jurídicas. Las distorsiones culturales, económicas y étnicas imprimieron un rumbo equivocado al constitucionalismo incipiente e impidieron advertir que la democracia tiene cuatro grandes objetivos: bienestar, igualdad, justicia y libertad.

Se tuvo como ejemplo deslumbrador a la Constitución de Filadelfia, cuyo éxito impedía ver que desde mucho antes de su independencia las colonias ya tenían organización jurídico-política propia, incluyendo asambleas deliberantes; que la colonización británica se traducía en dominación económica y territorial pero no en control dogmático a través del aparato eclesiástico, y que había una sólida clase intelectual y política con aptitudes de gobierno.

El constitucionalismo originario iberoamericano dejó una huella de fracasos sucesivos. De manera paradójica, en la mayor parte de nuestros países las sustituciones incesantes de las normas fundamentales realimentaban la pérdida de confianza en ellas mismas, de manera que la construcción de la democracia tropezó con escollos colosales. El ritmo de desplazamiento de las constituciones no fue igual en todos los Estados latinoamericanos. En algunos casos, los menos, fue posible mantener estándares razonables de confianza en las instituciones, con resultados alentadores para la vida democrática electoral, pero no sucedió lo mismo en la mayor parte de las naciones nacientes.

Se produjo, por consiguiente, una implantación desacompañada de los procesos democráticos. Con el tiempo, las experiencias jurídico-políticas acumuladas, la visibilidad internacional de los problemas nacionales, el laicismo y la terminación de la guerra fría abrieron nuevas oportunidades y hoy han disminuido los casos de sistemas electorales manipulados o ineficientes. En términos generales la democracia electoral ha prosperado entre nosotros, aunque no está exenta de riesgos, en especial los que conllevan la corrupción, la demagogia y la violencia.

Otro aspecto que denota el avance en materia de libertades públicas es la paulatina consolidación de los sistemas representativos. En este punto tampoco ha habido un desarrollo sincrónico en nuestro hemisferio, pero prevalecen los Estados con organismos parlamentarios funcionales. Las libertades, por ende, presentan un panorama prometedor, sin que se

pueda ni deba descuidar su destino, pues aún nos encontramos en una fase de riesgos.

La vertiente de la igualdad, en cambio, deja mucho por desear. Los datos del Banco Mundial con relación al coeficiente de Gini mostraban en 2022 que, de 158 países estudiados, la totalidad de los latinoamericanos figuraba entre los 60 más desiguales. En otras palabras, en el planeta había 98 países menos desiguales que los de América Latina. El proceso constructivo de la igualdad lleva un ritmo más pausado que el de la libertad, entre otras razones porque esta última representa el instrumento central para evitar el uso monopólico o arbitrario del poder, mientras que la igualdad supone mejores normas y políticas redistributivas que tropiezan con intereses muy poderosos.

Hay un hecho que se suele pasar por alto. La esencia del constitucionalismo moderno implicó remplazar al titular de la soberanía, trasladándolo del monarca al pueblo. El argumento más contundente fue el contractualismo, del que J. J. Rousseau es una figura paradigmática. Sin embargo, hay un conflicto conceptual entre la idea de representación política, de oriundez inglesa, y la de voluntad general sustentada por Rousseau. El autor ginebrino acertó en la consideración teórica de esa voluntad, pero luego tuvo que aceptar la pertinencia de la representación cuando examinó la Constitución de Polonia y advirtió que las sociedades políticas muy populosas no tenían forma de ejercer la democracia cotidiana de manera directa. Intuía lo que mucho después demostraron Robert Michels, Gaetano Mosca y Vilfredo Pareto: que los sistemas representativos acaban siendo regidos por élites. En otras palabras, en términos históricos el constitucionalismo sustituyó el poder concentrado en el monarca por el poder compartido por las élites.

Ferdinand Lassalle vio con claridad el problema y formuló su teoría de las constituciones como resultado de las decisiones adoptadas por los factores reales de poder y, desde su posición socialista avanzada, planteó que los militares, los terratenientes y los financieros fueran reemplazados como factores reales de poder por los sindicatos, esto es, por el segmento organizado del pueblo. Muchas de sus tesis fueron puestas en práctica por Otto von Bismarck, no como parte una estrategia igualadora sino como una estratagema para facilitar la gobernabilidad.

El concepto de “pueblo” sigue siendo una categoría inasible, aunque en nombre del pueblo se dispute y se ejerza el poder. Es posible contar con

las libertades que el constitucionalismo ofrece y garantiza, y su beneficio alcanza al conjunto de los integrantes del cuerpo social, pero el bienestar, la igualdad y la justicia siguen siendo un privilegio de las élites, en tanto que todavía no se generalizan ni consolidan los medios constitucionales para su garantía.

A pesar de los casi dos siglos y medio en que se lleva construyendo democracias constitucionales, diversos indicadores muestran que menos del 10% de la población mundial disfruta de sistemas cuyos estándares en cuanto a cultura política, funcionamiento gubernamental, libertades civiles, participación política, pluralismo y procesos electorales, permiten hablar de plenitud democrática. El 93% de la humanidad vive en sistemas constitucionales que van del déficit democrático a la dictadura. Este bajo porcentaje de habitantes de democracias plenas se estrecha todavía más cuando se incluyen otros componentes, de manera que el número de seres humanos que disfrutan a la vez de condiciones de bienestar, igualdad, justicia y libertad es muy reducido con relación al total planetario.

El éxito de los instrumentos constitucionales para garantizar libertades e igualdad depende del diseño institucional, por lo que en muchos casos distan de los objetivos perseguidos. Cuando las asambleas parlamentarias tomaron cuerpo y se diseminaron en los Estados constitucionales a lo largo del siglo XIX, un mal diseño ocasionó el problema que de manera coloquial se identificó como “asambléismo”, para denotar una intervención excesiva de los parlamentos en la toma de decisiones gubernamentales. De manera paulatina se introdujeron correctivos mediante los cuales los sistemas parlamentarios se volvieron funcionales. Era necesario, y fue posible, conciliar las libertades y los controles parlamentarios con gobiernos responsables y eficaces, si bien esto sólo se generalizó en el parlamentarismo de la segunda posguerra mundial. La gobernabilidad democrática de los sistemas parlamentarios ya está resuelta, y ahora se avanza en la concernida con los sistemas presidenciales.

En adición a la armonización entre las potestades parlamentarias y gubernamentales, ha sido crucial la aparición de los tribunales constitucionales para imprimir un elemento que se hacía indispensable en la configuración de la democracia de los modernos: la juridicidad de las constituciones. La función histórica de la justicia es más relevante de lo que se suele admitir. Strayer, por ejemplo, atribuye a la función jurisdiccional medieval en Francia e Inglaterra, haber sido el complemento de

la función financiera para generar la aparición del Estado moderno. De manera paulatina se admitió que la recaudación exigía que los gobernados contaran con representación ante el monarca, en tanto que el acceso a la justicia, entorpecido por los intereses señoriales, implicaba la presencia del monarca entre los gobernados, lo que permitió asimismo una mayor uniformidad de criterios al juzgar.¹

En nuestro tiempo la actividad jurisdiccional tiene una nueva dimensión. Antes de que se contara con la justicia constitucional, la expansión del contenido de las constituciones tendía a convertirlas catálogos de enunciados indicativos pero no preceptivos. Incluso se llegó a denominar como “programática” a la parte de la Constitución donde figuraban los derechos fundamentales, individuales, colectivos y sociales. Ese contenido programático equivalía a una aspiración, no a un deber ser. En cambio, la jurisdicción constitucional conlleva la vigencia y la validez de la norma fundamental, como fundamento del ordenamiento estatal al completo. El carácter normativo de la Constitución es lo que permite que las disposiciones atinentes al bienestar, la igualdad y la justicia adquieran eficacia.

La supremacía de la Constitución tiene otro efecto en cuanto a la relación entre los órganos del poder, pues confiere a los tribunales constitucionales facultades no imaginadas por Montesquieu ni por otros autores clásicos acerca de la tripartición del poder. En una conceptualización extrema, Bickel planteó la denominada “dificultad contramayoritaria”, para significar la paradoja de que hubiera decisiones jurisdiccionales derogatorias de las leyes.² Esta hipotética dificultad puede resolverse de otra manera: los jueces constitucionales hacen valer la Constitución sobre las leyes que la contravienen, y con este motivo lo que predomina es la mayoría constituyente sobre la mayoría constituida. Viéndolo así, no habría una dificultad contramayoritaria sino una reafirmación de la mayoría que sustenta a la Constitución misma. Subsiste, empero, otra cuestión muy discutida: que el juez constitucional se pronuncie con relación a la constitucionalidad de la Constitución misma. Este es un asunto acerca del cual ya existen debates teóricos como los que se recogen en la obra de Astudillo y Córdova.³ Hay

¹ Strayer, Joseph R., *On the medieval origins of the modern State*, Princeton, Princeton University Press, 2016, pp. 49.

² Bickel, Alexander M., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986, pp. 16 y ss.

³ Astudillo Reyes, César Iván, y Córdova Vianello, Lorenzo, (coords.) *Reforma y control de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2011.

consenso en cuanto a que es admisible que los juzgadores se pronuncien acerca del procedimiento seguido para una reforma, pero no hay acuerdo en lo que atañe a determinar si el contenido de una norma de la Constitución es constitucional o no. Por mi parte he sostenido que los tribunales son constitucionales, no constituyentes. La confusión ha sido utilizada por algunos sistemas, como el nicaragüense, para legitimar decisiones políticas como la reelección presidencial a pesar de una disposición constitucional expresa prohibiéndola, apoyándose en que es inconstitucional que la Constitución limite sus derechos políticos a una persona en particular.⁴ La discusión es de *iure condendo*, pues no hay Constitución alguna que faculte a sus tribunales para pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus propios preceptos, pero muestra qué tanto ha escalado esa figura jurisdiccional y las tensiones que puede llegar a producir.

Regresando a la observación de Bickel, conviene tener presente está referida de manera específica al sistema estadounidense. Como se sabe, La Constitución de Estados Unidos no prevé la facultad que la Corte asumió a partir de 1803; en cambio en los sistemas donde la Constitución regula de manera expresa a los tribunales especializados para controlar la constitucionalidad de las leyes, debe entenderse que la atribución procede de un instrumento jurídico superior a la ley ordinaria y por tanto los jueces son los defensores permanentes del ordenamiento supremo al que obedecen. La asunción de la tesis de Bickel en contextos constitucionales distintos al de Estados Unidos implica una extrapolación, válida como parte de una deliberación académica, aunque no aplicable donde las facultades de los tribunales constan de manera expresa en el texto de la norma suprema.

Empero, tampoco conviene incurrir en la simplificación de considerar que hay instituciones perfectas. De la misma forma que en su fase formativa diversos parlamentos tendieron a bloquear las acciones de go-

⁴ La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia consideró que al constituyente derivado le está permitido “ampliar, extender y facilitar” los principios constitucionales y que “*contrario sensu* le está prohibido por cualquier circunstancia limitarlos”, por lo que haber introducido en la Constitución una interdicción de reelección resultaba violatorio del principio de igualdad jurídica que la propia Constitución consagra, pues discriminaba a Daniel Ortega por el hecho de ser presidente de la República. Con este argumento la Sala amparó a Ortega en contra del Supremo Consejo Electoral por haberle negado el registro como candidato a la presidencia y declaró inaplicable el artículo 147 de la Constitución que prohibía la reelección sucesiva del presidente u ocupar la presidencia por más de dos periodos. Sentencia 504 del 19 de octubre de 2009.

bierno y se deslizaron hacia un ejercicio irresponsable del poder, dando lugar al ya mencionado asambleísmo, también es posible identificar expresiones excesivas de los tribunales constitucionales que, como analogía con el asambleísmo, podrían ser identificadas como “tribunalismo”. El activismo judicial puede desbordar hasta el extremo de decidir si una norma constitucional prevalece sobre otra, o si una adición o reforma constitucional es inválida aun cuando el procedimiento aplicado para tramitar y adoptar la modificación se haya ajustado a lo previsto por la propia Constitución. En otras palabras, se registran casos en los que el tribunal constitucional se convierte, o intenta hacerlo, en tribunal constituyente. Aun cuando este fenómeno es poco frecuente, existe la propensión a extenderlo. Lo que sí ocurre es una creciente generación de normas generales a través de las sentencias, que puede ser calificado como tribunalismo.

Es previsible que las prácticas jurisdiccionales proclives a asumir potestades constituyentes, o a actuar como órganos legiferantes, encuentren una meseta y luego comiencen a declinar, conforme la experiencia permita mejores diseños institucionales. Por lo pronto se dejan sentir efectos adversos a la justicia constitucional, como sucede con las constituciones reglamentarias, pues muchas veces el abigarramiento de los textos constitucionales, saturados de detalles, tiene entre otros objetivos limitar la capacidad interpretativa del juez constitucional.

Para alcanzar los puntos de equilibrio en el diseño de los tribunales constitucionales lo primero que se debe hacer es estudiarlos a fondo y sin concesiones. Conviene identificar y valorar lo que significan para cohesionar los pilares del Estado constitucional: bienestar, igualdad, justicia y libertad, y también lo que puede suceder cuando desvían su objetividad. Los tribunales constitucionales corresponden a una nueva dimensión de la especialización orgánica y funcional del Estado, por lo que la teoría clásica tiene que ser revisada; es asimismo necesario admitir que el juzgador constitucional está dotado de atribuciones legiferantes limitadas sin las cuales su labor sería inviable, pero de cuyo ejercicio debe hacer un uso razonable. Las mejores prácticas jurisdiccionales en materia constitucional se han venido decantando de manera paulatina. Hechas estas salvedades, se impone aceptar que estos tribunales son de hechura más o menos reciente, pues si bien su andadura formal inició hace un siglo, su expansión se ha registrado en etapas posteriores: una primera ola se produjo en la segunda

posguerra mundial y otra, más extendida, a partir del fin de la denominada Guerra Fría.⁵

El proceso evolutivo de estos tribunales no ha concluido. La teoría ha podido resolver la cuestión de enmendar los actos inconstitucionales de todos los órganos del poder, incluidos los jurisdiccionales, pero se ha configurado un órgano cuya supremacía e infalibilidad altera el principio de que el poder controla al poder. El hecho constitucional de que todos los órganos del poder estén sujetos a control, excepto uno, perturba la lógica de los constructos constitucionales elaborados a partir del siglo XVIII. Las respuestas están en ciernes y se harán tanto más necesarias conforme se expanda el activismo judicial.

Al colocar a los tribunales constitucionales en la cúspide de la nueva pirámide institucional, dotándolos de atribuciones inimpugnables y ajenas a cualquier modalidad de control, las teorías de la separación de poderes y de los controles constitucionales, que eran tenidas como auténticos teoremas demostrados por la práctica institucional, pueden devenir en conjeturas si no se encuentra un diseño razonable para lo que ahora es un órgano necesario pero extravagante del poder. Su existencia y su utilidad son inobjetables pero los problemas teóricos que plantean son inocultables. Previendo ese escollo dogmático, el inolvidable maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio explica cómo, en Francia, en aras de la racionalización del poder se ha querido conciliar la tradición roussoniana con la justicia constitucional al adoptar una modalidad de impugnación de las leyes expedidas por el órgano legislativo previa a su promulgación.⁶ Esta es una solución atendible pero sólo satisface algunas inquietudes de los actores legislativos, mas no las controversias promovidas por los particulares.

El carácter normativo de las constituciones se vio fortalecido por la presencia de órganos jurisdiccionales encargados de su defensa, pero la teoría clásica de la separación de poderes estaba asentada en la hipótesis de la

⁵ La expansión de los tribunales constitucionales en América Latina a partir de la segunda posguerra mundial está documentada con amplitud en las obras monumentales de Ferrer Mac-Gregor y de García Belaunde. Véanse Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, (coord.) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003; García Belaunde, Domingo, y Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1980, pp. 17 y ss., y 167 y ss.

relación horizontal, complementaria y controlable entre ellos. El cabo que quedaba suelto en cuanto a las potestades jurisdiccionales de los tribunales se podía resolver merced a las facultades de indulto por parte del Ejecutivo y de amnistía por parte del Legislativo, de manera que resultaba posible mantener la racionalidad de la separación de poderes.

La creación de los tribunales constitucionales no significó un problema conceptual para Hans Kelsen al menos por dos razones: fue un crítico de la teoría de la separación de poderes y en su pirámide de las normas figuraba una de orden fundamental.⁷ Empero, él mismo abogaba por controles eficientes, y en este caso tampoco indagó acerca de los efectos de tener un órgano incontrolado del poder. Estas cortes han sido un pilar de las democracias constitucionales, y sólo hay que conjurar el riesgo de que su hipertrofia dé lugar a una respuesta política que las desnaturalice. Hasta ahora los órganos constituyentes han optado por incorporar ese tipo de tribunales, si bien ya se registran reacciones adversas por parte del aparato político, que tiende a colonizar los tribunales constitucionales para someterlos a los partidos o a los gobiernos. Cuando esto sucede, al afectar a esos órganos jurisdiccionales se fractura al Estado constitucional.

El diseño constitucional de los tribunales constitucionales tendrá que afinarse, ante la insuficiencia teórica que acople la separación de poderes, los controles del poder y esos tribunales en un sistema coherente de relaciones equilibradas. La presencia de un órgano dotado de poderes absolutos, es decir, soberanos y sin control, escapa a los postulados esenciales del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

El constitucionalismo se construyó mediante la invención y el desarrollo de instituciones y procedimientos alineados con los constructos de la soberanía popular y el contrato social, más los estándares de la teoría de la separación de poderes. En cuanto a los tribunales constitucionales, cuya trascendencia es reconocida, caben tres opciones teóricas: mantenerlos como están y con la trayectoria que llevan, lo que implica aceptar los efectos negativos apuntados; neutralizarlos mediante artilugios políticos que los reducirían a aparatos ornamentales en detrimento de la juridicidad de la Constitución y en provecho de formas nuevas o ya conocidas de dominación autoritaria, o encontrar en la lógica de los constructos de la soberanía

⁷ Es llamativo que desde 1921 Cardozo llamaba la atención para la figura del juez como legislador. Véase Cardozo, Benjamin, *The nature of judicial process*, New Haven Yale University Press, 1949, pp. 98 y ss. (edición facsímil de la correspondiente a 1921).

popular, del contrato social y de la separación de poderes un diseño imaginativo, racional y funcional.

Una buena teoría se pone a prueba ante problemas de apariencia irresoluble y, si sus postulados permiten sortear los desafíos, justifica la consideración que se tenga de ella. Para solucionar la contraposición de los tribunales constitucionales como instrumentos de control de la constitucionalidad y como titulares de un poder supremo absoluto, incompatible con el constitucionalismo ¿sería posible acudir a la razón jurídico-política del veto? Este elemento del procedimiento legislativo fue previo a la enunciación formal de la teoría de la separación de poderes y subsistió cuando esta teoría ya estaba en plena vigencia a través de construcciones normativas. Como es evidente, el veto supone una excepción al principio general de la separación de poderes, pero es una reiteración del principio complementario de que el poder controla al poder. El jefe de Estado interviene con sus observaciones en el proceso legislativo sin conculcar la facultad legislativa del parlamento; sólo introduce un factor de racionalidad al evitar que actúe como un órgano dotado de un poder absoluto. A este mismo objetivo se orientó el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas, si bien no se previó que después de revocar las normas los tribunales constitucionales asumirían un papel proactivo en el sentido de también crear normas.

Como ya señalé, no comparto el criterio de que los tribunales constitucionales actúan contra la mayoría cuando declaran la inconstitucionalidad de una norma, pues sólo reafirman la voluntad mayoritaria expresada por el constituyente. Además, en la mayor parte de los Estados constitucionales es una función cuyo ejercicio se basa en las atribuciones conferidas por la propia Constitución. Sin embargo, no hay Constitución alguna que faculte a los tribunales para emitir normas de carácter general; más aún, esta sí es una facultad reservada a los congresos y, con excepciones, a los gobiernos. La creación normativa por parte de los tribunales es *paraconstitucional*, en tanto que se ejerce al margen de la Constitución. Aquí sí se presenta una paradoja pues los tribunales constitucionales tienen como finalidad afirmar el sentido normativo de la Constitución y en cierta medida la vuelven nominal cuando ellos mismos asumen una potestad por decisión propia e inatacable.

La actividad legiferante de los jueces es un fenómeno antiguo.⁸ Según Mommsen, los pretores romanos desde la época republicana “adquirieron el Poder Legislativo” al “determinar más detalladamente los preceptos de [las] leyes”.⁹ Si bien durante siglos este fenómeno no volvió a presentarse, su incidencia se ha vuelto cada vez más frecuente con la acción de los tribunales constitucionales, dando lugar a lo que llamo tribunalismo. Este aspecto, sin embargo, es superable pues las normas adoptadas por los tribunales no tienen rango constitucional por lo que el legislador puede asumirlas o modificarlas, con lo cual se vuelve a la normalidad constitucional. El problema que permanece insoluble es la absolutidad de la revocación de las leyes por parte de los tribunales, mediante resoluciones de una sola instancia que no admiten forma alguna de control. Ya Carpizo había advertido que los tribunales constitucionales corrían el riesgo de verse sobrecargados de “funciones y atribuciones” que los podían atrofiar, configurándolos “sin control alguno”.¹⁰

Para contribuir a la solución de ese problema podría pensarse en la propuesta dialógica de Gargarella.¹¹ En su concepto el modelo de separación de poderes corresponde a la lógica de una democracia mayoritaria cuyo mérito consistía en proveer balances adecuados en el ejercicio del poder y cuyo defecto principal se tradujo en ser “poco favorable a la cooperación política y al diálogo”.¹² Comparto su posición en favor de una democracia basada en el diálogo, pero en el caso de la justicia la tesis dialógica tiene un doble efecto: un diálogo entre órganos del poder, y un diálogo entre gobernados y gobernantes. Si por diálogo se entiende argumentar después de escuchar, los tribunales tienden a practicarlo con frecuencia creciente mediante las audiencias públicas. La posibilidad de que las personas que no forman parte de una controversia se acerquen a

⁸ En Atenas “los magistrados [en este caso, entendidos como los juzgadores] poseen el mayor poder del Estado [*polis*]”. Aristóteles, *Política*, 1275a. El filósofo ya anticipaba, por otra parte, lo que ahora se identifica como “función dialógica en el ejercicio de la democracia”: al concebir al ciudadano como quien “tiene el derecho de participar en una actividad deliberativa o judicial”, *Ibidem*, 1275b.

⁹ Mommsen, Theodor, *Compendio del derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1899, p. 412.

¹⁰ Carpizo, Jorge, *El tribunal constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009, p. 126.

¹¹ Gargarella, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, vol. 14, diciembre de 2013.

¹² *Ibidem*, p. 15.

los tribunales a través del *amicus curiae*. La institución, que en la época moderna inició en Inglaterra a principios del siglo XVII, es muy utilizada en la actualidad. Ofrece la posibilidad de que personas y organizaciones aporten sus puntos de vista jurídicos a los juzgadores y respondan las preguntas o dudas que estos les formulen. Mediante este procedimiento se puede llevar a cabo un diálogo esclarecedor y enriquecedor.

Friedman, a quien Gargarella también cita, muestra que en la justicia constitucional estadounidense existe una interacción entre los jueces y el cuerpo político nacional integrado por ciudadanos que hacen oír su opinión. Sin embargo, también agrega que las características de generalidad del texto constitucional permiten que haya varias opciones interpretativas, incluso divergentes, acerca de los derechos de los justiciables; esa amplitud provee un espacio considerable para que los juzgadores adopten criterios muy variados.¹³ La experiencia estadounidense en este sentido ha recorrido un amplio camino a partir de 1803. Este no es el caso de las constituciones latinoamericanas donde la creciente exuberancia verbal acorta las posibilidades interpretativas, de manera que las tensiones entre juzgadores y legisladores se intensifican cuando los primeros crean normas a través de sus sentencias.

El ambiente de reprobación hacia los juzgadores se está enrareciendo. Ya desde 1921 Lambert comenzó a hablar del gobierno de los jueces,¹⁴ para denotar, entre otras cosas, el riesgo de una aristocracia judicial. Una crítica en esa misma dirección. El análisis del comparatista francés se basaba en la circunstancia de que los jueces de su país o permitían que los jueces se pronunciaran con relación a la constitucionalidad de las leyes. Su obra apareció poco después de que Hans Kelsen introdujera el tribunal constitucional en la Constitución de Austria (1920), si bien este acontecimiento jurídico no fue mencionado por Lambert. Su libro fue objeto de un comentario de Hand, jurista erudito y uno de los jueces federales descollantes de Estados Unidos, quien señaló que las enmiendas quinta y decimocuarta habían convertido a la Corte en una tercera cámara, dotada de veto.¹⁵ Este aspecto ya

¹³ Friedman, Barry, "Dialogue and judicial review", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan University, vol. 91, núm. 4, 1993, p. 654.

¹⁴ Lambert, Eduard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Marcel Giard, 1921.

¹⁵ Hand, Learned, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, by Edouard Lambert, *Political Science Quarterly*, Oxford University Press, vol. 37, núm. 1, marzo de 1922.

había sido advertido por Tocqueville desde el siglo XIX, por lo que señaló que los jueces norteamericanos tenían el “derecho de fundamentar sus decisiones sobre la Constitución más bien que sobre las leyes”.¹⁶ El tema ha sido recogido, en nuestros días en este caso con una perspectiva crítica para los juzgadores italianos, por Cassese.¹⁷

Ese fenómeno ha sido utilizado por los gobernantes, legisladores y dirigente políticos desafectos con la democracia en tanto que la independencia de una judicatura poderosa se convierte en un inconveniente para la discrecionalidad de las decisiones políticas. La radicalización del discurso del poder en contra de la judicatura, de otras instituciones de control e incluso contra las organizaciones sociales, los medios y otros protagonistas críticos de la vida social son hechos políticos propios del talante autoritario. La jurisdicción constitucional muestra también su vulnerabilidad ante el poder. Salazar examina el caso de una consulta popular convocada en México para que los lectores decidieran en las urnas si se enjuiciaba o no a los expresidentes de la República por presuntos actos de corrupción. Con abundancia de argumentos, muestra cómo el poder puede derrotar al derecho.¹⁸ Estas actitudes hostiles existieron en América Latina casi desde el inicio de la vida independiente, pero se enmascaraban exteriorizando posición de falsa tolerancia. Durante siglos lo recurrente fue la radicalización explícita del discurso de los gobernados inconformes con los gobernantes, pero el fenómeno se ha invertido y muchos de quienes gobiernan son quienes desafían a los gobernados. Como actitud política, esto sucede siempre con los regímenes despóticos, sólo que por lo general se había tenido el cuidado de evitar los arrestos verbales y de encubrir la realidad con palabras halagüeñas que ocultaran o al menos paliaran la realidad opresiva.

Para denotar la confusión de planos, tiende a aludirse a la judicialización de la política, y de esta manera contar con una coartada para la politización de la justicia. En este punto Orozco Henríquez nos previene que la expresión “judicialización” de la política admite al menos dos significados: dar un carácter jurisdiccional a lo que había sido objeto de soluciones políticas, y dar poder político a la judicatura. El primer caso

¹⁶ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957, p. 107.

¹⁷ Cassese, Sabino, *Il governo dei giudici*, Roma, Editori Laterza, 2022.

¹⁸ Salazar, Pedro, *El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2021, pp. 91 y ss.

es el que corresponde a la garantía de los derechos fundamentales, ante lo cual añade que la legitimidad democrática de los representantes políticos no es un argumento para justificar sus eventuales violaciones de los derechos establecidos por la Constitución.¹⁹

En cuanto al problema de la hegemonía jurisdiccional, que es un hecho contemporáneo difícil de encuadrar en un sistema de relaciones simétricas entre los órganos del poder, ha recibido atención por la doctrina contemporánea. Un ejemplo son las tesis dialógicas, como la de Gargarella, con diversas derivaciones. El eje consiste en atribuir un papel relevante al diálogo entre autoridades, y entre estas y los destinatarios de sus decisiones. El diálogo es una característica necesaria de la democracia constitucional en tanto que contribuye al esclarecimiento de las razones propias y ajenas y puede incluso conducir a un acuerdo; empero las decisiones jurisdiccionales sólo resultan de un entendimiento entre las partes cuando el asunto admite la posibilidad de concesiones recíprocas, pero este no es el caso tratándose de determinar la coincidencia entre la Constitución y una norma inferior a ella.

En todo caso hay un ejercicio dialógico cuando se celebran en las audiencias procesales e incluso cabe la posibilidad de institucionalizar y regular el *amicus curiae* como una etapa previa a la resolución en materia constitucional, para abrir un espacio dialogante razonable. López Ayllón, apoyado en evidencia empírica muy sólida, apunta que el papel de los tribunales no está exento de riesgos por lo que recomienda “una política adecuada de comunicación con la sociedad y con los medios que permita a los ciudadanos entender el marco de acción... en el que se desarrolla la función jurisdiccional”. Además, subraya la vinculación creciente entre la justicia nacional y la internacional.²⁰ En Argentina, México y Perú, por ejemplo, ya se tomaron algunas medidas iniciales que apuntan en ese sentido. Otro tanto sucede, aunque en una jurisdicción distinta, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹ Aun así, subsiste el problema de absolutidad de

¹⁹ Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006, pp. 332 y ss.

²⁰ López Ayllón, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 159 y ss.

²¹ En Argentina la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Acordada 28/2004 en el siguiente sentido: “Autorízase la intervención de Amigos del Tribunal en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”.

las sentencias del juzgador constitucional, en tanto que resultan de una sola instancia y son inimpugnables.

El fenómeno de la prevalencia jurisdiccional tiende a ser rechazado desde una perspectiva democrática formal. La *juristocracia*,²² entendida como la asunción jurisdiccional de decisiones que antes estaban en manos de gobiernos y parlamentos, da la apariencia de ser adversa a la democracia. La divergencia con la democracia sería verdadera si el constitucionalismo democrático fuera ajeno a los derechos fundamentales y si estos a su vez no dependieran de las constituciones normativas. Las constituciones políticas nominales son por definición inoperantes y por ende sus instituciones resultan incapaces de tutelar los derechos fundamentales. Serna afirma que la justicia constitucional entra en sinergia con la democracia para hacer del derecho “una regulación más técnica y eficiente de las relaciones sociales”.²³ El constitucionalismo democrático contemporáneo sería incomprensible si no ofreciera garantías sólidas para tales derechos. No hay democracia posible sin libertades, seguridad jurídica e igualdad, y

En México el artículo 68 la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II, del artículo 105, constitucional dice: “Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto.” La Suprema Corte de Justicia adoptó el Acuerdo General 10/2007 estableciendo los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el tribunal pleno. En su considerando séptimo dice: “Con base en las disposiciones constitucionales y legales mencionadas en los considerandos que anteceden, la Suprema Corte Justicia de la Nación tiene atribución de convocar a especialistas en distintas disciplinas para que comparezcan ante ella a emitir su opinión experta sobre temas vinculados con las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y los juicios de amparo cuyo conocimiento y resolución le competen”.

En Perú el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional del Perú dice: “Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119, del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”.

En la Corte Interamericana de Derechos Humanos el artículo 2.3, del Reglamento de la de 2009 dice: “la expresión *amicus curiae* significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.”

²² Cfr. Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004, pp. 169 y ss.

²³ Serna, José María, *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa-UNAM, 2018, p. 371.

estos derechos subjetivos son inviables cuando carecen de órganos y procedimientos de garantía. La consideración de que las decisiones mayoritarias son *per se* democráticas no tiene sustento empírico, pero es muy clara la ausencia de un constructo que resuelva la paradoja de las contradicciones entre los órganos legiferantes y los jurisdiccionales, en la que estos últimos escapan a cualquier forma de control.

La Revolución francesa se decantó por la elección popular de los juzgadores²⁴ y esta práctica también fue adoptada y quedó establecida en varios estados de la unión americana. Rosanvallon explica que a lo largo del siglo XIX numerosos republicanos franceses postularon la preservación de ese procedimiento electoral para dar legitimidad popular al ejercicio de la judicatura, pero aclara que la experiencia propició la destrucción partidista de las instituciones.²⁵ Por otra parte, este autor aporta una observación acertada: las decisiones de los juzgadores constitucionales no son finales por necesidad en tanto que la mayoría puede reformar la Constitución.²⁶ Aun aceptando que la reforma fuera una solución de última ratio, considero que es una medida extrema dificultada por los mecanismos de reforma previstos por la propia norma.

Un opción sería utilizar las facultades interpretativas de los congresos, de manera que por esta vía pudieran introducir en las normas los criterios compartidos con los juzgadores, estableciendo así una modalidad dialógica. En este caso, sin embargo, sería más sencillo sustituir las normas declaradas inconstitucionales, si bien esto tampoco resolvería la cuestión del *tribunalismo*, en la medida en que los congresos habrían carecido de instrumentos para impugnar las decisiones jurisdiccionales.

En un sistema constitucional democrático no tiene cabida un órgano con poder absoluto. Una expresión de absolutidad supone poner en crisis el esquema argumentativo que hasta ahora ha servido para diseñar instituciones ajenas a un poder inobjetable y para garantizar los principios constitucionales de seguridad jurídica y de libertad, mediante la interdicción del poder concentrado y arbitrario. Las desviaciones, muy frecuentes, no son atribuibles a deficiencias de los constructos, a veces son imputables a errores en la configuración de las instituciones, y en un buen número de casos se

²⁴ Constitución de 1791, cap. V, art. 1o.; Constitución de 1793, art. 95; Constitución de 1795, art. 209; Constitución de 1799 o Constitución del año VIII, art. 60.

²⁵ Rosanvallon, Pierre, *La légitimité démocratique*, París, Editions du Seuil, 2008, pp. 243 y ss.

²⁶ *Ibidem*, p. 261.

trata de problemas relacionados con la idoneidad de quienes desempeñan los altos cargos en la estructura del poder.

En cuanto a los instrumentos para buscar relaciones más o menos simétricas entre los órganos del poder, un caso es la experiencia del veto, que busca el equilibrio en la relación entre los órganos legiferantes y de gobierno. Ahora es indispensable encontrar un equilibrio razonable entre los órganos jurisdiccionales constitucionales y los legiferantes.

Además del veto tradicional, en Estados Unidos se experimentó, durante medio siglo, con el veto legislativo, como se verá más adelante. Es un antecedente que podría ser retomado y rediseñado para aplicarse a las relaciones entre los órganos de control de la constitucionalidad y los congresos, como un medio democrático para superar el monopolio jurisdiccional de la verdad, la infalibilidad de los jueces y la presencia de una institución substraída de manera total de la posibilidad de ser controlada.

Para mostrar que siguen vigentes las teorías de la supremacía constitucional y de la separación de poderes, y el principio de que todo poder es controlable, una opción sería analizar que la invalidación de una ley pudiera ser superada por el órgano legislativo si fuera ratificada conforme a un procedimiento dificultado lo más semejante posible al que se siga para la reforma constitucional. De esta manera el legislador tendría una segunda oportunidad de confirmar su decisión, como sucede cuando la objeción procede del gobierno. Se corroboraría así que en un Estado constitucional ningún órgano del poder es absoluto.

La dificultad consistiría en que ese procedimiento implicaría modificar las reglas del procedimiento y las de legitimación para impugnar las leyes reputadas como inconstitucionales. Son las minorías parlamentarias quienes objetan las decisiones de la mayoría que estiman contrarias al ordenamiento constitucional. En esta medida sería imposible que un cambio radical de criterio llevara a componer una mayoría calificada que refrendara la decisión estimada inconstitucional por los jueces. Lo que plantea no es una propuesta sino un ejemplo de que es posible buscar pistas para reflexionar acerca de un problema que además de sus implicaciones teóricas, perturba las relaciones entre los órganos del poder. Más que bosquejar una solución me interesa apuntar un problema que, a más de un siglo de existencia de los tribunales constitucionales, debe ser abordado a la luz de las experiencias nacionales y de la teoría de la Constitución.

En cambio, una posibilidad viable y acorde con la evolución del constitucionalismo sería acudir a la jurisdicción internacional. A los tribunales constitucionales los acompañan ahora tribunales internacionales. La garantía de los derechos humanos cuenta con una instancia supranacional que ha probado su efectividad. Por esto mismo no debe descartarse la posibilidad de que la jurisdicción internacional se expanda y pueda conocer las discrepancias entre los órganos nacionales del poder, derivadas de sentencias en materia constitucional. Ayala Corao apunta una tendencia creciente en el sentido de la internacionalización constitucional,²⁷ y no es extravagante considerar que los Estados nacionales puedan llevar sus diferencias a una instancia objetiva y neutral que revise las actuaciones del juzgador constitucional nacional. Con esta solución no se vería afectado el principio de soberanía nacional habida cuenta de que la aceptación en el ámbito nacional de las normas de origen internacional es una tendencia en aumento y significa una expresión de voluntad emanada de los órganos internos del poder; de la misma forma la jurisdicción internacional se fundamenta en las determinaciones soberanas del Estado nacional, siempre revocables. La internacionalización y la transnacionalización de la justicia son fenómenos recientes, como apuntan Fix-Zamudio y Fix-Fierro,²⁸ y por esto mismo es posible considerar nuevos derroteros para un futuro cercano.

Lo que se debe intentar, con esa o con otra solución, es superar un problema conceptual y factual que genera tensiones en el Estado constitucional y que no se adecua, hasta ahora, a las claves del constitucionalismo democrático. El problema de la inconstitucionalidad de las leyes está resuelto, pero la solución generó a su vez una nueva dificultad que también debe ser superada.

II. Consideraciones sobre el anteproyecto de Constitución en Chile, de 2023

Chile llevó a cabo dos intentos por renovar su Constitución en un lustro. Con independencia de los resultados, en ambos casos fueron puestos en

²⁷ Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71 y ss.

²⁸ Fix-Zamudio, Héctor, y Fix-Fierro, Héctor, *Introducción al derecho procesal internacional*, México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2019, pp. 57 y ss.

práctica procedimientos novedosos que corresponden a una eminente vocación democrática. A continuación, examinaré los aspectos relacionados con la separación de poderes, en lo que atañe a la segunda de esas tentativas. Por lo que concierne al primer caso puede consultarse la obra de Jaime Cárdenas²⁹ que, además del rigor del análisis, muestra el interés con el que el constitucionalismo mexicano ha seguido la experiencia chilena.

1. *Separación de poderes*

A semejanza de la Constitución española, la chilena de 1980 sólo alude al Poder Judicial, en tanto que se refiere a gobierno y congreso cuando regula estos órganos del poder. La propuesta aprobada por el Consejo Constitucional³⁰ se aleja de la norma vigente en cuanto a que retoma de manera expresa el principio de separación de poderes.³¹ No obstante, a lo largo del proyecto reserva el sustantivo “poder” al Judicial, como sucede con la norma vigente.

Esta construcción de la norma propuesta corresponde a la tendencia dominante en el constitucionalismo reciente. La referencia del artículo 3o. se entiende como una reafirmación de que el poder político no se concentra en un órgano. Además, una alusión general a la “separación de poderes”, sin precisar su número, se adecua a la posibilidad de que varios órganos ejerzan poderes públicos, sin que por necesidad se circunscriban a la tríada clásica.

Hay, sin embargo, un matiz significativo. La Constitución en vigor utiliza el adjetivo “presidencial” cuando hace referencia a la elección o al periodo del presidente, en tanto que la propuesta lo aplica al régimen de gobierno, como un elemento que matiza la separación de poderes. Al decirse que el gobierno es “con separación de poderes y régimen presidencial”, se imprime un sentido específico a esa separación, que podría inducir a una lectura sesgada del texto si en algún momento surgiera una tendencia hegemónica desde la presidencia de la república.

²⁹ Cárdenas, Jaime, *El proceso constituyente chileno: de la esperanza al rechazo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2023.

³⁰ Utilizo el texto publicado por en octubre 6 de 2023.

³¹ Artículo 3, 1: “Chile adopta para su gobierno la república democrática, con separación de poderes y régimen presidencial”.

La calificación de república presidencial resulta problemática cuando además se asocia a la referencia a la separación de poderes, pues en ciertas circunstancias inhibiría el tono de los controles políticos por parte del Congreso, aduciéndose una posible afectación al principio de la separación de poderes.

2. Sistema presidencial

Los problemas del presidencialismo que inciden en forma negativa en la vida democrática del Estado están asociados a varios factores: la elección del presidente, la extensión de su periodo, sus atribuciones, la forma de su ejercicio y la relación de control por parte del congreso.

Con relación al personalidad, periodo, elección y atribuciones del presidente, la Constitución vigente y la propuesta del Consejo establecen lo siguiente:

Personalidad. La norma vigente caracteriza al presidente como titular del gobierno y de la administración, y agrega que “su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la república” (artículo 24). Esta misma fórmula, centralizadora del poder, se reproduce en la propuesta (artículo 91), acentuando que además de ser jefe de Estado lo es de gobierno. Esto último concuerda con el sistema presidencial, pero llama la atención que, pese a las múltiples experiencias constitucionales que matizan la concentración del poder presidencial, una nueva Constitución democrática reitera la fórmula del presidencialismo arcaizante.

Periodo. En su versión original la Constitución establecía que el periodo presidencial de ocho años (artículo 25); la reforma de 1994 lo redujo a seis³² y la de 2005 a cuatro.³³ Mediante estas modificaciones, en veinticinco años la duración del mandato disminuyó a la mitad, con efectos favorables para la democracia. La brevedad entre una elección y otra permite a la ciudadanía evaluar los resultados de la gestión de un jefe de Estado y gobierno, acelera la movilidad en el desempeño de los cargos que dependen de la confianza presidencial y genera mayor participación

³² Ley 19.295

³³ Ley 20.050

en las urnas. La propuesta mantiene el periodo de cuatro años que, por lo demás, es el prevaleciente en los sistemas constitucionales democráticos.

Elección

Requisitos. La Constitución de 1980 exigía una edad mínima de cuarenta años para ser elegido presidente (artículo 25); en 2005 fue reducida a treinta y cinco, con lo que se facilitó el acceso al poder por parte de generaciones más jóvenes, como sucedió con el presidente Gabriel Boric, elegido en 2021 cuando tenía la edad mínima constitucional. Se propone la misma edad (artículo 92), lo que resulta razonable.

Procedimiento. Desde 1980 se prevé la elección por mayoría absoluta (artículo 26), lo que se mantiene en la propuesta en curso (artículo 93), no obstante los inconvenientes de esa exigencia y los problemas para la gobernabilidad ocasionados por el balotaje.

Reelección. La norma suprema en vigor sólo prohíbe la reelección inmediata (artículo 25), por lo que está abierta la posibilidad de reelección indefinida, siempre que no sea para periodos consecutivos; la norma a discusión limita la posibilidad de reelección a una ocasión (artículo 92.2). Es un avance democrático, pues la experiencia muestra que la posibilidad de reelección discontinua ilimitada es un pretexto para que los expresidentes controlen la vida interna de sus partidos con objeto de mantener latentes sus posibilidades reelectorales, en detrimento de la movilidad y la democracia interna de esas organizaciones políticas.

Atribuciones. Las facultades presidenciales establecidas por la Constitución de 1980 confirieron al presidente una posición hegemónica en la constelación del poder público. Del amplio elenco contenido por el artículo 32, en 1989 fue derogada la fracción V que lo facultaba para disolver la Cámara de Diputados, y en 2005 fue modificada la convocatoria al Congreso para celebrar sesiones extraordinarias, obligándolo a indicar los motivos de esa decisión. En cuanto a las atribuciones de las que dispone el presidente en la actualidad, la propuesta sólo suprime dos: velar por la conducta de los empleados del Poder Judicial y otorgar indultos. En cuanto a las conductas de esos empleados, ahora se propone asignar la función de “velar por el correcto actuar de los jueces” y de los demás funcionarios de ese poder, a las fiscalías judiciales de la Corte Suprema y de las Cortes de Ape-

laciones, y al Tribunal de Conducta, según prevé el artículo 166. Es un avance plausible pues independiza a la judicatura del poder presidencial. En cuanto a los indultos, pasan a ser materia de ley (artículo 75, f), lo que fortalece al sistema representativo. Por lo demás, como puede observarse en el siguiente cuadro, las atribuciones se mantienen, en buena parte incluso con la misma redacción:

Tabla 1. Atribuciones presidenciales

<i>Propuesta de 2023</i> <i>Artículo 103</i>	<i>Constitución vigente</i> <i>Artículo 32</i>
Son atribuciones especiales del presidente de la República:	Son atribuciones especiales del presidente de la República:
a) Designar a los embajadores y embajadoras, a los jefes de misiones diplomáticas, y a los representantes ante organizaciones internacionales. Estos funcionarios, mientras dure dicha designación, serán de la confianza exclusiva del presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella. En el caso de los embajadores, una vez designados y antes de iniciar su servicio en el extranjero, deberán concurrir, previa citación, a la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado con el fin de efectuar una presentación en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo. En caso de que dicha comisión no citare al embajador en un plazo máximo de treinta días previo al inicio del servicio en el extranjero, este funcionario puede prescindir de la concurrencia.³⁴	8o. Designar a los embajadores y ministros diplomáticos, y a los representantes ante organismos internacionales. Tanto estos funcionarios como los señalados en el N° 7° precedente, serán de la confianza exclusiva del presidente de la República y se mantendrán en sus puestos mientras cuenten con ella;

³⁴ Se adiciona la posibilidad de que los embajadores designados sean convocados a una audiencia ante la Comisión competente del Senado, pero subsiste la potestad discrecional del nombramiento por parte del presidente.

<i>Propuesta de 2023</i> <i>Artículo 103</i>	<i>Constitución vigente</i> <i>Artículo 32</i>
b) Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, y a los jueces letrados, en conformidad al procedimiento dispuesto en el inciso 2 del artículo 164 de esta Constitución.	12o. Nombrar a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y a los jueces letrados, a proposición de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, respectivamente; a los miembros del Tribunal Constitucional que le corresponde designar; y a los magistrados y fiscales judiciales de la Corte Suprema y al Fiscal Nacional, a proposición de dicha Corte y con acuerdo del Senado, todo ello conforme a lo prescrito en esta Constitución;
c) Nombrar a los miembros del Tribunal Constitucional, al fiscal nacional y al contralor general de la República, conforme a lo prescrito en esta Constitución.	9o. Nombrar al contralor general de la República con acuerdo del Senado;
d) Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea en conformidad al artículo 118, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas en la forma que señala el artículo 117.	16o. Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al general director de carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105;
e) Designar y remover al general director de carabineros de Chile y al director general de la Policía de Investigaciones de Chile y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de carabineros y funcionarios policiales en la forma que señala el artículo 124.	16o. Designar y remover a los comandantes en jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al general director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105;
f) Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, a los subsecretarios, a su representante en cada una de las regiones y provincias, y a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que esta determine.	7o. Nombrar y remover a su voluntad a los ministros de Estado, subsecretarios, intendentes y gobernadores; 10o. Nombrar y remover a los funcionarios que la ley denomina como de su exclusiva confianza y proveer los demás empleos civiles en conformidad a la ley. La remoción de los demás funcionarios se hará de acuerdo a las disposiciones que ésta determine;

<i>Propuesta de 2023</i> <i>Artículo 103</i>	<i>Constitución vigente</i> <i>Artículo 32</i>
g) Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas.	1o. Concurrir a la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, sancionarlas y promulgarlas;
h) Solicitar, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible.	2o. Pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las ramas del Congreso Nacional. En tal caso, la sesión deberá celebrarse a la brevedad posible;
i) Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución.	3o. Dictar, previa delegación de facultades del Congreso, decretos con fuerza de ley sobre las materias que señala la Constitución;
j) Convocar a referendos y plebiscitos en los casos establecidos en esta Constitución.	
k) Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución.	5o. Declarar los estados de excepción constitucional en los casos y formas que se señalan en esta Constitución;
l) Dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la implementación de las leyes.	6o. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;
m) Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes.	11o. Conceder jubilaciones, retiros, montepíos y pensiones de gracia, con arreglo a las leyes;
n) Conducir las relaciones políticas con otras naciones y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 60, requiriendo también, y en todo caso, la aprobación del Congreso para denunciar, retirar o terminar de común acuerdo un tratado internacional que ya haya sido aprobado por este. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos podrán ser declaradas reservadas o secretas si el presidente de la República así lo exigiere.	15o. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el presidente de la República así lo exigiere;

<i>Propuesta de 2023</i> <i>Artículo 103</i>	<i>Constitución vigente</i> <i>Artículo 32</i>
ñ) Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad de la Nación.	17o. Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuirlas de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional ;
o) Conducir la defensa nacional y asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas.	
p) Declarar la guerra, previa autorización por ley.	19o. Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional, y
q) Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. 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 de la Nación o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante trasposos. Los ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este literal serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.	20o. Cuidar de la recaudación de las rentas públicas y decretar su inversión con arreglo a la ley. 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. El total de los giros que se hagan con estos objetos no podrá exceder anualmente del dos por ciento (2%) del monto de los gastos que autorice la Ley de Presupuestos. Se podrá contratar empleados con cargo a esta misma ley, pero sin que el ítem respectivo pueda ser incrementado ni disminuido mediante trasposos. Los ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos.

<i>Propuesta de 2023</i> <i>Artículo 103</i>	<i>Constitución vigente</i> <i>Artículo 32</i>
r) Disponer, mediante decreto supremo fundado, suscrito por los ministros a cargo de la Seguridad Pública y de la Defensa Nacional, que las Fuerzas Armadas se hagan cargo de la protección de la infraestructura crítica del país cuando exista peligro grave o inminente a su respecto, determinando aquella que deba ser protegida, de conformidad con lo dispuesto en esta Constitución. La protección comenzará a regir desde la fecha de su publicación.	

FUENTE: Elaboración propia.

En adición a las anteriores, el presidente está facultado para dictar disposiciones con fuerza de ley (artículo 64), lo que se reproduce en la propuesta (artículo 76).

Las amplias atribuciones conferidas por la Constitución al presidente se vieron extendidas por la disposición transitoria decimocuarta que facultó, en este caso sólo a Augusto Pinochet, para “Decretar por sí mismo los estados de emergencia y de catástrofe”, lo que le permitía restringir los derechos y garantías constitucionales conforme al artículo 39, sin seguir el procedimiento constitucional. También se le facultó para “Designar y remover libremente a los alcaldes de todo el país, sin perjuicio de que pueda disponer la plena o gradual aplicación de lo previsto en el artículo 108”. Conforme a este último precepto en la designación debían intervenir el consejo comunal y el consejo regional de desarrollo. Ni siquiera esta mínima expresión participativa se dejó abierta. Por supuesto, esto formó parte del pasado y la disposición fue derogada con antelación.

Se propone un cambio en el orden enunciativo de los órganos del poder que conviene subrayar. En la Constitución vigente el capítulo acerca del gobierno precede al del Congreso, en tanto que en la propuesta que se discute en 2023 esa colocación de los capítulos se ha invertido. Se sigue así el estándar de las constituciones democráticas.

La Constitución en vigor prevé que la Cámara de Diputados puede fiscalizar los actos de gobierno y determinar si hay lugar a las acusaciones contra el presidente de la República, los ministros de Estado, los magistrados y los militares de alta graduación (artículo 48). En el caso del presidente se establece que la acusación procede “por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes”. Este precepto no se relaciona con modalidades de control político regular sino con el enjuiciamiento de los altos cargo.

Conforme a la norma en vigor los ministros están facultados para intervenir en los debates congresuales (artículo 37), pero las cámaras carecen de instrumentos para supervisar el desempeño del gabinete, dar seguimiento a los programas de gobierno y preguntar e interpelar a los ministros. Como es evidente, si no se cuenta con esos instrumentos mínimos, tampoco se considera la opción de otorgar o retirar la confianza a quienes integran el gobierno. La propuesta reitera la participación de los ministros en los debates camarales (artículo 106) y añade una fórmula innocua que faculta a las cámaras para citarlos a concurrir a sesiones especiales.

En el contexto de las constituciones democráticas contemporáneas, esta propuesta no se acoge la tendencia general de incorporar instrumentos de control político como los que fueron mencionados más arriba.

4. Órganos constitucionales

Son relevantes dos órganos: el Banco Central, previsto como un organismo autónomo de carácter técnico (artículo 97), y la Contraloría General de la República (artículos 87 y siguientes), que también figura en la propuesta (artículos 194 y siguientes) con el carácter de organismo autónomo. Se trata de un ente con un enorme poder. Los cambios propuestos en cuanto a sus funciones se pueden advertir en el cuadro siguiente:

Tabla 2. Contraloría General de la República

<i>Propuesta</i>	<i>Constitución vigente</i>
<i>Artículo 194</i>	<i>Artículos 61, 93, 98, 99</i>
1. Un organismo autónomo, denominado Contraloría General de la República, ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración del Estado y de la administración regional y local, así como de la probidad en el ejercicio de la función administrativa.	Art. 98. Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes;
2. La Contraloría General de la República tiene por funciones:	
a) Controlar la legalidad de los actos de la Administración, pudiendo tomar razón de los decretos y resoluciones, y emitir dictámenes.	
b) Fiscalizar y auditar la legalidad del ingreso, el gasto y la inversión de los fondos públicos, de la Administración del Estado, regional y local, y de los demás organismos y servicios públicos que determinen las leyes.	
Cuando corresponda, la Contraloría podrá fiscalizar a los privados solo respecto de la recepción de fondos públicos para un fin específico, y para el único efecto de determinar si se ha dado cumplimiento a dicha finalidad.	
c) Informar la gestión financiera y emitir la normativa contable de la Administración.	
d) Examinar y efectuar reparos a las cuentas, de acuerdo con la ley.	(Art. 98)... llevará la contabilidad general de la Nación, ...
3. La Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones en cada una de las regiones del país, de acuerdo a lo establecido en la ley institucional. Las contralorías regionales tienen por función principal el control de la administración regional y local del Estado.	

<i>Propuesta</i>	<i>Constitución vigente</i>
<i>Artículo 194</i>	<i>Artículos 61, 93, 98, 99</i>
4. Los actos de la Contraloría General de la República se registrarán por los principios de probidad, transparencia, publicidad, celeridad y rendición de cuentas. El contralor general rendirá cuenta anual al Congreso Nacional en la forma que determine la ley.	
5. Una ley institucional regulará su organización, funcionamiento y otras competencias y determinará las atribuciones que tendrá a nivel regional y local, de conformidad con lo dispuesto en este capítulo.	(Art. 99) En lo demás, la organización, el funcionamiento y las atribuciones de la Contraloría General de la República serán materia de una ley orgánica constitucional.
	(Art. 98)... examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades ...
<i>Artículo 195</i>	
1. La Contraloría será dirigida por un contralor general de la República. Será designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio. Ejercerá su cargo por un período de ocho años, no podrá ser designado para el período siguiente y será inamovible. Con todo, cesará en su cargo al cumplir setenta y cinco años de edad. El proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes de que el titular en ejercicio cese en el cargo.	(Art. 98) ³⁵ El contralor general de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado, haber cumplido cuarenta años de edad y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Será designado por el presidente de la República con acuerdo del Senado adoptado por los tres quintos de sus miembros en ejercicio, por un período de ocho años y no podrá ser designado para el período siguiente. Con todo, al cumplir 75 años de edad cesará en el cargo.
2. El Contralor General deberá tener a lo menos quince años de título de abogado y contar con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones, así como poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.	(El contralor general de la República deberá tener a lo menos diez años de título de abogado.)

³⁵ Fue reformado mediante la Ley 20.050 de 2005; con anterioridad el Senado aprobaba el nombramiento presidencial por mayoría absoluta, no por mayoría calificada.

<i>Propuesta</i>	<i>Constitución vigente</i>
<i>Artículo 196</i>	
1. El contralor general tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad con la ley y mediante una resolución dictada por este, deben tramitarse por la Contraloría General de la República o representará la ilegalidad de que puedan adolecer.	(Art. 64) A la Contraloría General de la República corresponderá tomar razón de estos decretos con fuerza de ley, debiendo rechazarlos cuando ellos excedan o contravengan la autorización referida.
2. El contralor general deberá dar curso a los decretos y resoluciones cuando, a pesar de su representación por ilegalidad, el presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia completa de los respectivos decretos a la Cámara de Diputadas y Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.	(Art. 99) En el ejercicio de la función de control de legalidad, el contralor general tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el presidente de la República insista con la firma de todos sus ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara.
3. Le corresponderá, asimismo, tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos ³⁶ cuando ellos excedan o contravengan la respectiva ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.	(Art. 99) Corresponderá, asimismo, al contralor general de la República tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

³⁶ En la terminología jurídica de Chile “representación” significa “negativa a tomar razón de un decreto o resolución que efectúa la Contraloría General de la República por considerarlo inconstitucional o ilegal, que habilita al presidente de la República, si no se conforma con ese pronunciamiento, a solicitar al Tribunal Constitucional que lo enmiende si la causa fuese la inconstitucionalidad, o a insistir con la firma de todos los ministros de Estado ante la propia Contraloría en que tome razón si el motivo fuese la ilegalidad.” Véase *Diccionario panhispánico del español jurídico*.

<i>Propuesta</i>	<i>Constitución vigente</i>
<i>Artículo 196</i>	
4. Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el presidente de la República no tendrá la facultad de insistir. En caso de no conformarse con la representación de la Contraloría General de la República, podrá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, con el fin de que este resuelva la controversia.	(Art. 99) Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia.
5. No se tomará razón de ningún decreto o resolución que apruebe desembolsos o que comprometa pecuniariamente en cualquier forma la responsabilidad del Estado, si el gasto no está autorizado por la Ley de Presupuestos o por leyes especiales.	(Art. 100) Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto. Los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago.
6. El contralor general interpretará en forma obligatoria y vinculante para la Administración la legislación administrativa sobre asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los organismos administrativos y servicios públicos sujetos a su fiscalización. La ley asegurará que el procedimiento para la emisión de los dictámenes sea transparente, garantizando la debida intervención de los interesados.	
7. Todo acto de la Contraloría será impugnado judicialmente a través de las acciones constitucionales y legales.	

<i>Propuesta</i>	<i>Constitución vigente</i>
<i>Artículo 196</i>	
8. En el ejercicio de sus competencias, la Contraloría General de la República no podrá pronunciarse acerca del mérito o conveniencia de las decisiones de los sujetos sometidos a su control, ni pronunciarse sobre asuntos sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.	
9. Los actos de los gobiernos regionales y locales de efectos generales, y los que irroguen gasto público, estarán afectos a toma de razón, de conformidad a la ley.	
10. La Contraloría, dentro del ámbito de su competencia, establecerá los criterios de actuación de los órganos de control interno de las municipalidades.	
<i>Artículo 197</i>	
Habrá un Tribunal de Cuentas que juzgará los reparos a las cuentas realizadas por la Contraloría General de la República. Su organización, atribuciones y procedimiento son materias de ley institucional.	
<i>Artículo 173</i>	
h) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el presidente en conformidad con el inciso 4 del artículo 196.	(Art. 82, 6º) Atribuciones del Tribunal Constitucional): Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado por estimarlo inconstitucional, cuando sea requerido por el presidente en conformidad al artículo 88;

FUENTE: Elaboración propia.

Conforme a la Constitución en vigor el presidente se puede inconformar ante el Tribunal Constitucional por las decisiones de la Contraloría; de acuerdo con la propuesta en curso los reparos a las cuentas realizadas por la Contraloría se pueden formular ante el Tribunal de Cuentas (artículo 191),

organismo cuya creación se propone. La Contraloría ve incrementadas sus facultades en la propuesta, si bien aparece un nuevo órgano para evitar excesos. El recurso ante el Tribunal Constitucional procedía cuando se estimaba una violación a la norma suprema, en tanto que la presencia de un Tribunal de Cuentas ofrece mayor seguridad jurídica a los entes de la administración, de tal manera que se conjure la posibilidad de actos sin fundamento legal o arbitrarios. El diseño parece adecuado para contribuir al manejo responsable de los recursos públicos, evitando los excesos potenciales de un órgano dotado de atribuciones exorbitantes y acerca del que no existían medios eficaces de impugnación.

Para entender la función de esta institución, característica del ordenamiento chileno, es necesario tener en cuenta que fue establecida por el decreto ley 400 bis, de 1927. Surgió como parte de las recomendaciones hechas en 1925 por Edwin Kemmerer, economista de la Universidad de Princeton. Concluida la experiencia parlamentarista a la que hice referencia más arriba, el objetivo de la Contraloría se inscribía en la necesidad de reorganizar la administración pública y conjurar la corrupción.³⁷ Esta decisión era fundamental entre, otras cosas, para acceder al crédito internacional.³⁸

Desde su creación se estableció que esa institución sería la oficina central de contabilidad, fiscalización y estadística del Estado, entre cuyas atribuciones estaba “la supervigilancia sobre oficinas públicas, para exigirles el cumplimiento de las leyes, decretos e instrucciones relativos a las materias de su competencia” (artículo 1o.). El objetivo era poner fin a la desorganización en el manejo de los recursos fiscales, que había conducido a una “situación que ha causado verdadera alarma pública por los desgraciados y pavorosos sucesos y defraudaciones en la recaudación e inversión de los fondos públicos”.

La respuesta institucional a ese estado de cosas se tradujo en la creación de un organismo dotado de gran poder público, cuya incorporación a la Constitución se produjo mediante la ley 7727 de reforma constitucio-

³⁷ Para un amplio estudio histórico, véase Obando Camino, Iván Mauricio, y Allesch Penailillo, Johan Stefan, “Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile”, en *Direito, Estado e Sociedade*, Río de Janeiro, Pontificia Universidade Católica, núm. 46, enero/junio de 2015, pp. 156-191.

³⁸ Cfr. Jocelyn-Holt Letelier, Alfredo, “La Contraloría General de la República: su sentido histórico”, en *Estudios Públicos*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, número 137, verano de 2015, pp. 141 y ss.

nal, en 1943. El artículo 21 constitucional fue adicionado para establecer “Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades, llevará la contabilidad general de la Nación y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley.” Sus características institucionales le han impreso una modalidad de control administrativo del gobierno nacional y de los entes locales. Esta situación ha sido objeto de diversos análisis y planteamientos de reforma, muchos de los cuales se ven recogidos en la propuesta en curso, como es el caso de reforzar el control del desempeño de las administraciones.³⁹

La propuesta introduce las modificaciones cotejadas en el cuadro anterior con el texto constitucional vigente, con el propósito de corregir los excesos a los que toda institución se vuelve proclive cuando no se le hacen las adecuaciones que su propia experiencia aconseja. La complejidad de la Contraloría proviene de la amplitud de sus funciones en materias de auditoría, contabilidad, jurisdicción y control jurídico. Esto explica que se proponga la creación de un Tribunal de Cuentas, que coadyuve a la realización de las tareas de la Contraloría. Al frente de la Contraloría ha habido figuras eminentes del servicio público y de la academia; durante casi un siglo de existencia prevalece el reconocimiento de sus resultados con relación a los objetivos previstos.

En cuanto a su nueva configuración considero relevante que el Contralor dé cuenta anual de su actividad al Congreso, pues esto permitirá que los resultados de su trabajo sean utilizados como parte de los controles políticos congresuales. En el marco de un sistema presidencial, este nuevo encuadramiento de la Contraloría puede contribuir a atenuar los efectos de la concentración de facultades presidenciales a las que aludí más arriba.

En un amplio diálogo académico Francisco Zúñiga y Alejandro Vergara apuntaron los puntos vulnerables de la Contraloría y sus propuestas

³⁹ Véase, por ejemplo, Galli Basili, Juan Francisco, “El rol de la Contraloría en el Estado chileno actual: ¿debería actuar la Cámara de Diputados como su mandante en el ejercicio de la función fiscalizadora?”, Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Versión electrónica consultada el 8 de octubre de 2023, disponible en: https://www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUET/Modernizacion_y_Regulacion/Rol_de_la_Contraloria_en_el_Estado_Chilenos_actual.pdf.

de reforma, con anterioridad al proceso constituyente; también se han sugerido modificaciones procedimentales para mejorar la calidad del trabajo de la Contraloría. El tono dominante de las expresiones converge en el reconocimiento de la utilidad de esa institución y de la valoración social positiva que ha recibido.⁴⁰

5. *Balance*

En materia de organización y funcionamiento de los órganos políticos del poder, son pocas y de significación menor las diferencias entre la Constitución de 1980 y la propuesta de nueva Constitución. Cuando la norma vigente fue sometida a plebiscito y luego promulgada por Augusto Pinochet, la suma de potestades conferidas al presidente era parte de un esquema de concentración del poder. Además, el dictador necesitaba instrumentos de apariencia legitimadora, por lo que el transitorio decimocuarto dispuso que “Durante el periodo indicado en la disposición anterior [ocho años, contados a partir del inicio de la vigencia de la Constitución] continuará como presidente de la República el actual presidente, general de Ejército don Augusto Pinochet Ugarte, quien durará en el cargo hasta el término de dicho periodo”. Además, el “artículo final”, carente de número, ordenó que la Constitución fuese aprobada mediante plebiscito. Con anterioridad recurrió al mismo expediente plebiscitario en 1978, utilizando este mecanismo como una estrategia para el desempeño de la presidencia. Nunca se sometió a elecciones libres, por lo que no hubo una decisión democrática y, cuando pretendió alterar la prohibición de reelección inmediata de la Constitución, en el célebre plebiscito de 1988, triunfó la opción del “no”.

El constitucionalismo chileno tiene una tradición favorable a la elección del presidente por mayoría absoluta. La Constitución de 1925 disponía que, si ningún candidato presidencial obtenía la mayoría absoluta, el Congreso pleno “elegiría entre los ciudadanos que hubiesen obtenido

⁴⁰ Vergara, Alejandro, y Zúñiga, Francisco, “Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, No. 2, 2008, pp. 371 y ss. Véase también Waissbluth, Mario, y Von Wolfersdorff, Jeannette, “Reestructuración de la Contraloría General de la República. Reflexiones de valor público”, Centro de Sistemas Públicos, 2018, consultada el 14 de octubre de 2023 en: <https://www.sistemaspublicos.cl/publicacion/contraloria/>

en empate la más alta mayoría relativa” (artículo 64). La ventaja relativa de este procedimiento consistía en que obligaba a la construcción de una mayoría en el Congreso, que se pronunciaba mediante votación secreta (artículo 65). De esta manera al menos se conformaba una mayoría, así fuera efímera, que ofrecía una base mínima de consenso parlamentario. En contraste, el balotaje tiende a fragmentar a las fuerzas políticas y a dificultar la formación de una mayoría parlamentaria estable que contribuya a la gobernabilidad. El pluralismo es una virtud de la democracia, pero la atomización de las fuerzas políticas genera inestabilidad en las relaciones entre los órganos del poder e impredecibilidad en cuanto a la oportunidad y al sentido de las decisiones. El equilibrio necesario para gobernar, y para salir del esquema presidencialista rígido, hace recomendables instrumentos electorales que auspicien la formación de partidos con la mayor capacidad posible de captación de votos, lo que a su vez propicia una integración congresual menos dividida.

No hay fórmulas electorales infalibles, pero sí existen las que conducen a mejores resultados en cuanto a gobernabilidad. La exigencia de mayoría presidencial absoluta no es relevante en cuanto a la legitimidad de los jefes de Estado y de gobierno, a condición de que los comicios sean libres y transparentes; en cambio, corresponde a la idea de que los presidentes sigan siendo jefes supremos, conforme a un patrón explicable en el siglo XIX, cuando se requería la acción pacificadora desde el poder, pero no en una etapa avanzada de desarrollo cívico, social, cultural e institucional.

Chile tiene una tradición presidencialista sólo interrumpida por un breve ensayo parlamentario. Desde la Constitución de 1833 se estableció que el presidente sería “el jefe Supremo de la Nación” (artículo 59), lo que repitió en términos literales el artículo 60 de la Constitución de 1925. Esta tradición fue recogida por la dictadura de la que emanó la Constitución de 1980 y no es reformada en la propuesta en trámite.

III. Reflexión final

Una de las claves del constitucionalismo moderno y contemporáneo consiste en evitar la concentración del poder. De esto dependen, en buena medida, la eficacia del Estado de derecho, la observancia de los derechos fundamentales y la gobernabilidad democrática.

Para el constitucionalismo se ha vuelto irrelevante hacer o no mención expresa de la separación de poderes e incluso aplicar el nomenclador “poder” a los diferentes órganos del Estado. Lo que cuenta es que el diseño de las instituciones públicas prevea la diferenciación de funciones, sus formas de interacción y los controles adecuados para impedir distorsiones.

La teoría clásica de la separación fue muy inspiradora para los constituyentes; resultó indispensable en la lucha contra el absolutismo y entró en sinergia con los constructos del contrato social y de la soberanía popular y nacional. También tuvo, entre otras limitaciones, un carácter estático que en diversos casos condujo a compartimentar el poder, creando ínsulas que reproducían en menor escala el modelo absolutista. Esta tendencia se dejó sentir sobre todo en los órganos políticos del poder, parlamento y gobierno, dando lugar a una competición que acabó generando efectos que la teoría clásica no previó: poderes hegemónicos, que en muchas ocasiones parecieron un sustituto republicano del absolutismo.

Como factor de temperación, Maquiavelo y luego numerosos autores, entre ellos Montesquieu, aludieron a la virtud del gobernante como una necesidad para el éxito de las instituciones. El constitucionalismo remplazó ese concepto por el de sujeción al derecho; los gobernantes virtuosos dejaron su lugar a los gobernantes responsables. Empero, este sigue siendo un objetivo precario; las experiencias históricas de los Estados dan cuenta de las vicisitudes constitucionales por las que atraviesan o lo han hecho.

Las expresiones hegemónicas menudean, y entre ellas descuellan los personalismos, muchas veces auténticos cesarismos, que dejan una huella amarga en la historia constitucional de todos los continentes. La experiencia demuestra que la sola caracterización formal de la separación significa poco; casi todas las constituciones nominales la contemplan. Lo que cuenta es la dinámica del poder; si la previsión normativa corresponde a un diseño adecuado, la separación del ejercicio de las funciones del poder hace posible que el Estado constitucional dé resultados.

De un diseño acertado depende que los órganos del poder cumplan sus funciones y satisfagan las expectativas de los gobernados. La garantía de los derechos depende de que los órganos del poder actúen dentro de los cauces señalados por la norma. Hacer converger el hecho con el derecho es un propósito presente en todo Estado constitucional. Cualquier desviación, trátese de omisión o de exceso, debe ser corregida de manera oportuna y eficaz, sin que esto signifique paralizar u obstruir la acción de los órganos del po-

der. Conducir la dinámica del poder es la parte más difícil que resuelven los diseños, porque las tensiones y rivalidades políticas entre los protagonistas, los apetitos y las patologías personales, incluso las ineptitudes, son factores que influyen en el desempeño de las instituciones. Ignorar los elementos coyunturales y las externalidades a las que están sometidas las instituciones en su acción cotidiana es una causa de diseños defectuosos.

IV. Fuentes

ARISTÓTELES, *Política*.

ASTUDILLO REYES, César Iván, y CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, (coordinadores y coautores) *Reforma y control de la Constitución*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

AYALA CORAO, Carlos, *Hacia una justicia constitucional internacional de los derechos humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2004.

BICKEL, Alexander M., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1986.

CÁRDENAS, Jaime, *El proceso constituyente chileno: de la esperanza al rechazo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2023.

CARDOZO, Benjamin, *The nature of judicial process*, New Haven Yale University Press, 1949.

CARPISO, Jorge, *El tribunal constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009.

CASSESE, Sabino, *Il governo dei giudici*, Roma, Editori Laterza, 2022.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coordinador y coautor) *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, 2003.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1980.

FIX-ZAMUDIO, Héctor y FIX-FIERRO, Héctor, *Introducción al derecho procesal internacional*, México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019.

FRIEDMAN, Barry, "Dialogue and judicial review", en *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan University, vol. 91, núm. 4, 1993.

GALLI BASILI, Juan Francisco, "El rol de la Contraloría en el Estado chileno actual: ¿debería actuar la Cámara de Diputados como su mandante en el ejercicio de la función fiscalizadora?", Sociedad Chilena de Políticas Públicas. Versión electrónica consultada el 8 de octubre de 2023, en: <https://>

www.sociedadpoliticaspublicas.cl/archivos/BLOQUET/Modernizacion_y_Regulacion/Rol_de_la_Contraloria_en_el_Estado_Chilenos_actual.pdf.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de frenos y contrapesos”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, vol. 14, diciembre de 2013.

HAND, Learned, reseña de la obra de Lambert en *Political Science Quarterly*, Oxford University Press, vol. 37, núm. 1, marzo de 1922.

HIRSCHL, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism*, Harvard, Harvard University Press, 2004.

JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo, “La Contraloría General de la República: su sentido histórico”, en *Estudios Públicos*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, número 137, verano de 2015.

LAMBERT, Eduard, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, París, Marcel Giard, 1921.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Globalización, Estado de derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

MOMMSEN, Theodor, *Compendio del derecho público romano*, Madrid, La España Moderna, 1899.

OBANDO CAMINO, Iván Mauricio y ALLESCH PENAILILLO, Johan Stefan, “Una perspectiva histórica y comparada sobre la Contraloría General de la República de Chile”, en *Direito, Estado e Sociedade*, Río de Janeiro, Pontificia Universidade Católica, núm. 46, enero/junio de 2015.

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa, 2006.

ROSANVALLON, Pierre, *La légitimité démocratique*, París, Editions du Seuil, 2008.

SALAZAR, Pedro, *El poder sobre el derecho. El caso de la consulta popular para juzgar a los expresidentes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021.

SERNA, José María, *Derecho constitucional mexicano en su contexto*, México, Porrúa-UNAM, 2018.

STRAYER, Joseph R., *On the medieval origins of the modern State*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, México, FCE, 1957.

VERGARA, Alejandro y ZÚÑIGA, Francisco, “Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República”, en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 35, No. 2, 2008.

WAISSBLUTH, Mario y VON WOLFERSDORFF, Jeannette, “Reestructuración de la Contraloría General de la República. Reflexiones de valor público”, Centro de Sistemas Públicos, 2018.