

Algunas observaciones a disposición de la Comisión de Armonización

Dr. Francesco Biagi
Profesor de Derecho constitucional comparado
Departamento de Ciencias Jurídicas – Universidad de Bolonia
Santiago de Chile, Ex Congreso Nacional
27 Mayo 2022

A. Introducción

Muy buenos días a todas y a todos. Muchísimas gracias por recibirnos. Es un verdadero placer y honor tener la posibilidad de intervenir frente a un órgano tan importante como la Comisión de Armonización. Me gustaría compartir con ustedes algunas observaciones que quizás puedan ayudar su tarea. Se trata de observaciones técnicas, observaciones hechas por una persona externa, extranjera, que no tiene ninguna agenda política. Me voy a ocupar en particular de cuestiones relativas a la forma de estado y a la justicia constitucional.

B. Chile como “Estado regional”

Cuando leí por primera vez el Borrador de la nueva Constitución, hubo algunos aspectos que me llamaron la atención. El primer aspecto fue que el Artículo 142 del Borrador define Chile como un “Estado regional”. Este aspecto me llamó la atención porque yo soy italiano, y Italia es un Estado regional. Entonces pensé: ahora Italia y Chile tienen en común no solamente muchos aspectos culturales (la importancia de la familia, de la amistad, también del fútbol...), sino que ahora tienen en común también la forma de estado. Italia y Chile son estados regionales.

Pero luego, cuando seguí leyendo el texto constitucional me di cuenta de que quizás no sea así, que quizás Chile e Italia en realidad podrían tener una forma de estado diferente. **Y por que? Porque no está claro, o por lo menos no está claro para mi, cual es la verdadera autonomía legislativa de las regiones.** El borrador establece que las regiones pueden “iniciar el trámite legislativo ante el Consejo territorial [Cámara de las Regiones] en materias de interés regional” (Art. 171 punto no. 11). Y el punto no. 12 del mismo artículo 171 dice que las asambleas regionales pueden también “solicitar al Congreso la transferencia de la potestad legislativa en materias de interés de la Región autónoma respectiva, en conformidad a la ley.” El Artículo 33 del Borrador establece más en detalle este procedimiento de transferencia de potestad legislativa a las regiones. En primer lugar el artículo 33 dice que es la Cámara de las regiones (y no el Congreso) que conoce de las solicitudes de delegación de potestades legislativas realizadas por las Regiones. Por lo tanto, no está claro cual es el órgano que conoce de las solicitudes de potestad legislativa y que puede delegar esta potestad: El Congreso (como dice el artículo 171), la Cámara de las Regiones (como dice el artículo 33), o se trata de un procedimiento que ve la participación de ambos órganos (el artículo 33 dice que esta potestad legislativa es delegada a través de una “ley”)? Sería importante aclarar estos aspectos.

Además, la Constitución parece otorgar al legislador nacional una discrecionalidad muy amplia: es decir, puede delegar la potestad legislativa en algunas materias a las regiones, pero pueden también decidir discrecionalmente de no delegar esta potestad. Esto nos dice una cosa bastante clara: la autonomía legislativa de las Regiones es una autonomía “condicionada”, porque depende de la discrecionalidad del legislador nacional.

Por estas razones, es interesante destacar el hecho de que la forma de estado de Chile puede evolucionar de maneras muy diferentes. Puede evolucionar hacia un modelo más cercano a lo de Italia o de España, que son países regionales donde las regiones sí tienen poderes legislativos muy amplios, sí tienen autonomía legislativa muy amplia. Pero, lo que

puede pasar, si las regiones no solicitan la transferencia de potestad legislativa o si el legislador nacional no va a delegar esta potestad, es que Chile va a evolucionar hacia un modelo mucho más cercano a el de Francia, que es un Estado unitario y centralizado, donde las regiones no tienen autonomía legislativa, sino exclusivamente poderes reglamentarios o administrativos.

Entonces, el Borrador de la Constitución chilena habla de Chile como Estado regional. Pero no podemos saber cual será el tipo de Estado regional: puede ser un Estado regional más cercano a el de Italia o España (entonces un Estado realmente descentralizado) o un Estado más cercano al modelo francés (entonces un estado centralizado, unitario, con una autonomía bastante limitada para las regiones).

C. Leyes regionales y rol de la Contraloría

Hablando de leyes regionales, hay una disposición que me parece bastante problemática, que es el artículo 33 (último apartado) del Borrador, que establece que “La Contraloría General de la República deberá tomar razón de las leyes regionales dictadas de conformidad con este artículo, debiendo rechazarlas cuando ellas excedan o contravengan la autorización referida.” Que significa “rechazar” la ley regional? Significa que la ley regional no puede entrar en vigor? O significa que la ley es inconstitucional? Se trata de una formulación bastante diferente respecto a lo que establece el Artículo 426(4) del Borrador, según el cual a la Contraloría “le corresponderá tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos, cuando ellos excedan o contravengan la respectiva ley delegatoria”. Como el lenguaje utilizado por el Borrador es diferente, no está claro si la función de la Contraloría es la misma cuando se trate de controlar leyes regionales o decretos con fuerza de ley. Sería importante aclarar este aspecto.

Además, el control sobre las leyes regionales no parece el típico ámbito de control ejercido por la Contraloría. De hecho, según lo que establece la Constitución (art. 424 del Borrador), la Contraloría se ocupa de la constitucionalidad y de legalidad de actos *administrativos*, más que de leyes. Además, este problema de delegación parece el típico ejemplo de *conflictos de competencia* entre Estado y regiones (es decir, verificar si la región ha respectado o menos el ámbito de delegación previsto por la ley estatal), y hay un órgano que se ocupa de estos conflictos, que es la Corte constitucional. De hecho, el artículo 441 punto 6 del Borrador establece que la Corte debe resolver los conflictos de competencia o de atribuciones que se susciten entre las entidades territoriales autónomas, con cualquier otro órgano del Estado, o entre estos.

D. Competencias de las regiones y poder reglamentario

El artículo 167 del Borrador enumera las competencias de las regiones. Esta disposición, sin embargo, no especifica cuáles son los órganos de las regiones que ejercen estas competencias. Se dice solamente: “Son competencias de la Región autónoma”, y luego sigue la lista de competencias. Pero no está claro si estas competencias son competencias de la Asamblea Regional o del Gobernador. Y esto podría crear un conflicto entre Asamblea Regional y Gobernador: quién tiene la última palabra en estas materias? La Asamblea Regional o el Gobernador?

Otro aspecto problemático: el poder reglamentario. No está muy claro cual es el órgano que ejerce este poder. Por ejemplo, el artículo 171(8) del Borrador establece que la potestad reglamentaria puede ser ejercida por la Asamblea Regional conjuntamente con el Gobernador Regional. Y luego, el apartado 9 del mismo artículo 171 establece que la Asamblea Regional ejerce “la potestad reglamentaria de ejecución de ley (...) y dicta los demás reglamentos en materia de competencia de la región autónoma”. Por lo tanto, no está claro cuándo tiene que intervenir el Gobernador en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Además, hay otro artículo, el 172(6) del Borrador, que establece que el Gobierno Regional tiene la facultad exclusiva de ejercer la potestad reglamentaria en “todas aquellas materias que se encuentren dentro del ámbito de sus competencias, en conformidad a la Constitución, la ley y el Estatuto Regional”. En su estado actual, estas competencias incluirían las enumeradas en el artículo 167 del Borrador, sobre las que la Asamblea Regional también parece tener potestad reglamentaria en virtud del artículo 171(9).

Por lo tanto, sería importante aclarar el rol de la Asamblea Regional, del Gobernador, o del Gobierno regional (como órgano “colegial”).

E. Gobierno y Gobernador regional

El artículo 163 del Borrador habla de “Gobierno regional”, y lo define como “órgano ejecutivo de la Región autónoma”. Esta disposición parece sugerir la existencia de un órgano “colegial”, como un Consejo de Ministros a nivel regional. Pero si así es, porque este artículo reglamenta exclusivamente el “Gobernador” regional, que es un órgano monocrático? Además, el artículo 162 del Borrador establece que “La organización institucional de las regiones autónomas se compone del Gobernador o Gobernadora regional y de la Asamblea Regional”. Pero el “Gobierno regional” no está incluido. Entonces no está muy claro si el órgano ejecutivo de la Región es un órgano colegial (es decir, hay un Gobierno y un Gobernador) o si es un órgano monocrático (hay solo un Gobernador)? Creo que esto es otro aspecto que tendría que ser aclarado.

Hablando del Gobernador, otro aspecto problemático es el siguiente. El artículo 163 del Borrador establece que las elecciones a Gobernador regional deben pasar a una segunda vuelta si ningún candidato obtiene el 40% de los votos. Sin embargo, en la segunda vuelta sí se requiere la mayoría absoluta, la mayoría del 50%. No está claro por qué un candidato puede ser elegido en la primera ronda sin la mayoría del 50%. Esto no es lo que pasa, por ejemplo, en la elección del Presidente de la República, donde se requiere la mayoría del 50% también en la primera votación. Y esto es lo que pasa también en el derecho comparado. En Francia, por ejemplo, el Presidente de la República necesita para ser elegido una mayoría del 50% también en la primera votación. Establecer una mayoría del 50% en las elecciones del Gobernador regional en Chile también en la primera vuelta sería importante porque de esta manera tanto los candidatos elegidos en la primera como en la segunda vuelta tendrían el mismo nivel de legitimidad.

F. Creación, modificación, delimitación y supresión de las regiones

El artículo 143(3) del Borrador establece que “La creación, modificación, delimitación y supresión de las entidades territoriales deberá considerar criterios objetivos en función de antecedentes históricos, geográficos, sociales, culturales, ecosistémicos y económicos, garantizando la participación popular, democrática y vinculante de sus habitantes, de acuerdo con la Constitución y la ley.”

Pero en realidad la creación de las regiones ya ha sido decidida y reglamentada en otra parte de la Constitución, es decir entre las normas transitorias. De hecho, el Artículo 37 del “Consolidado de propuesta de Normas Transitorias” establece que “Una vez que entre en vigencia esta Constitución, el legislador deberá adoptar las medidas necesarias para consagrar, para los efectos del gobierno y administración del Estado, que el territorio de la República se dividirá en las siguientes Regiones Autónomas: Arica y Parinacota, Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Aconcagua, Valparaíso, Metropolitana, Del Libertador General Bernardo O’Higgins, Maule, Ñuble, Biobío, La Araucanía, Los Ríos, Los Lagos, Chiloé, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y Magallanes y la Antártica Chilena”.

Si la creación de estas regiones ya ha sido decidida, porque este artículo donde se encuentra la lista de todas las regiones, con su propio nombre, se encuentra entre las normas transitorias, y no entre las normas “ordinarias” del Borrador? Es por que estas son regiones “transitorias”? Parece que no, pero de todos modos: 1) si se trata de regiones transitorias, habría que especificarlo; y 2) si no se trata de regiones transitorias sino definitivas, habría que ponerlas entre las normas “ordinarias” del Borrador.

El artículo 143(3) del Borrador de la Constitución es problemático también por otro motivo. Esta disposición no indica, de ninguna manera, el procedimiento que debe seguirse para la creación, modificación, delimitación y disolución de las regiones. Por ejemplo, ¿quién tiene la facultad de proponer la creación/modificación/disolución de una región? ¿Quién toma la decisión final? Se toma la decisión sólo a nivel local o se requiere de alguna manera la intervención del Estado central? Estas cuestiones se dejan totalmente en manos de la legislación ordinaria, lo que es bastante arriesgado. Muchas constituciones sí regulan (al menos en general) estos aspectos.

G. Corte constitucional y órgano legislativo

Otro aspecto que también me llamó la atención es relativo a la justicia constitucional. El artículo 436 del Borrador establece que “La Corte Constitucional es un órgano autónomo, técnico y profesional, encargado de ejercer la justicia constitucional con la finalidad de garantizar la supremacía de la Constitución, de acuerdo a los principios de deferencia al órgano legislativo, presunción de constitucionalidad de la ley y búsqueda de una interpretación conforme con la Constitución.” Esta disposición me llamó la atención porque es la primera vez que leo una disposición constitucional de este tipo. No sé si es un *unicum*, pero seguramente no es común en el derecho comparado.

Me parece una disposición muy problemática por lo que se refiere al principio de separación de poderes. Aquí el Borrador de la Constitución nos está diciendo que la Corte constitucional debe ser *deferente* al órgano legislativo. Esta idea de la deferencia es muy problemática porque es contraria a la naturaleza de la Corte constitucional misma. La Corte constitucional es el órgano “contra-mayoritario” por excelencia, es el órgano encargado justamente de anular leyes y actos legislativos aprobados por el Parlamento que resulten contrarios a la Constitución. Probablemente el objetivo de los constituyentes es evitar un hiper-activismo judicial de la Corte, que naturalmente puede representar un problema. Sin embargo, esta expresión puede ser muy peligrosa porque puede amenazar la independencia y autonomía de la Corte constitucional, puede amenazar la manera a través de la cual este órgano va a ejercer sus funciones (sobretudo su función interpretativa), y puede fácilmente generar abusos. Esta disposición pone la Corte, *de facto*, en una posición de subordinación respecto al poder legislativo. Además, me parece una disposición contraria al espíritu del nuevo texto constitucional que Chile quiere establecer. Uno de los objetivos de la nueva Constitución es marcar una discontinuidad respecto a la Constitución autoritaria de 1980: la idea es aprobar un texto fundado sobre la idea de la separación de poderes, y no de la concentración del poder. Si así es, es muy problemático pedir a un órgano autónomo, independiente y contra-mayoritario de ser deferente al poder legislativo. Una solución para tratar de evitar el hiper-activismo judicial, pero en el mismo tiempo evitar de poner la Corte en una posición subordinada, podría ser la de introducir una disposición que establece que la Corte constitucional ejerce sus funciones en el respeto del principio de separación de poderes.

Muchísimas gracias por su atención.