



Estrasburgo, 18 de marzo 2022

CDL-AD(2022)004

Opinión nº 1075 / 2022

Or. ingl.

COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA A TRAVÉS DEL DERECHO
(COMISIÓN DE VENECIA)

CHILE

OPINIÓN

**SOBRE LA REDACCIÓN Y ADOPCIÓN
DE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN**

**Adoptado por la Comisión de Venecia
en su 130ª Sesión Plenaria
(Venecia y en línea, 18-19 de marzo de 2022)**

Sobre la base de los comentarios de

**Sr. Paolo CAROZZA (Miembro, Estados Unidos de América)
Sr. Josep Maria CASTELLA ANDREU (Miembro, España)
Sra. Janine OTALORA MALASSIS (Miembro suplente, México)
Sra. Hanna SUCHOCKA (Presidenta honoraria, Polonia)
Sr. Kaarlo TUORI (Miembro, Finlandia)**

Opinion co-funded
by the European Union



Indice

I.	Introducción.....	3
II.	Antecedentes	3
III.	Observaciones generales y alcance de la presente opinión	6
IV.	Respuestas a las preguntas del Senado	8
	i. ¿Cómo considera la Comisión que debe alcanzarse el estándar de neutralidad y estabilidad constitucional, y evitar así el riesgo de una Constitución "contingente"?	8
	ii. ¿Cómo considera la Comisión que debe interpretarse la norma establecida en el artículo 133 de la Constitución actualmente en vigor, según la cual "la Convención adoptará su reglamento y sus normas de votación por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio"?	9
	iii. ¿Cuál es la opinión de la Comisión sobre la posibilidad de transformar el Congreso Nacional en un órgano unicameral? ¿Cree que esta medida podría afectar a la representación política en términos de descentralización?	11
	iv. Si se sustituye la forma de gobierno, ¿podría alterarse el mandato presidencial y el de los miembros del Congreso Nacional?	13
	v. ¿Considera conveniente eliminar el Tribunal Constitucional de la eventual nueva Constitución de Chile? ¿Cuál es su opinión sobre la competencia de este órgano para ejercer el control previo de constitucionalidad, y es esta forma de control previo acorde con un sistema democrático? Si se suprimiera el Tribunal Constitucional, ¿debería seguir existiendo un sistema de control de constitucionalidad; qué competencias y qué órgano debería ejercerlas?	16
	vi. En cuanto a la compatibilidad con las normas internacionales de	18
	a. Sistema de evaluación.....	19
	b. Mandatos fijos para el servicio judicial	20
	c. Extinción de la inmunidad judicial	20
	d. Organismo autónomo que realice la formación y selección de jueces	21
	e. Jurisdicción indígena	22
	f. La introducción de la perspectiva de género en la función jurisdiccional.....	22
	g. El requisito de la paridad de género en la estructura judicial	23
	vii. Si el principio de pluralismo jurídico (que implica una justicia indígena paralela) y la provisión de escaños reservados para los pueblos indígenas cumplen con las normas internacionales y cuáles serían sus ventajas y desventajas.	23
	viii. Si la posible retirada de los acuerdos internacionales de libre comercio y sus efectos sobre los derechos adquiridos en virtud de los mismos (en particular el derecho a la propiedad) se ajusta a las normas internacionales.	27
	ix. Si la reformulación de la disposición constitucional sobre el derecho de propiedad en términos más restrictivos que la disposición constitucional actual iría en contra de las normas internacionales.	27
	x. Si la opción binaria que se ofrecerá en el referéndum constitucional es compatible con la necesidad de lograr amplios acuerdos y consensos y si debiese haber opciones adicionales ofrecidas a los votantes.	30
V.	Conclusión:	31

I. Introducción

1. Mediante carta de 5 de enero de 2022, la Sra. Ximena Rincón González, Presidenta del Senado de la República de Chile, y el Sr. Raúl Guzmán Uribe, Secretario del Senado, así como 22 senadores, solicitaron una opinión de la Comisión de Venecia sobre determinadas cuestiones relacionadas con la Convención Constitucional de la República de Chile.
2. El Sr. Paolo Carozza, el Sr. Josep Maria Castellà Andreu, la Sra. Janine Otálora Malassis, la Sra. Hanna Suchocka y el Sr. Kaarlo Tuori actuaron como ponentes de esta opinión.
3. Del 28 de febrero al 2 de marzo de 2022, una delegación compuesta por el Sr. Gianni Buquicchio, representante especial de la Comisión de Venecia, los Sres. Paolo Carozza, Josep Castellà Andreu, la Sra. Simona Granata-Menghini, secretaria de la Comisión de Venecia, así como el Sr. Serguei Kouznetsov, de la Secretaría, se reunió con la Sra. Ximena Rincón González, presidenta del Senado y un grupo de senadores; el Sr. Sebastián Piñera Echenique, Presidente de la República y el Sr. Hernán Larraín, Ministro de Justicia; el Sr. Diego Alfredo Paulsen Kehr, Presidente de la Cámara de Diputados; la Sra. María Elisa Quinteros Cáceres, Presidenta, el Sr. Gaspar Domínguez, Vicepresidente y los miembros de la Convención Constitucional; los Tribunales Constitucional y Supremo, Dña. Antonia Urrejola Noguera, Ministra entrante de Asuntos Exteriores y Dña. Macarena del Carmen Lobos Palacios, Subsecretaria entrante del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en el Gobierno del Presidente electo Gabriel Boric), los ex Presidentes de Chile, Sres. Eduardo Frei Ruiz-Tagle y Ricardo Lagos Escobar; el Sr. Gonzalo De la Maza, Director de la Secretaría Técnica de Participación Popular de la Convención Constitucional; el Colegio de Abogados, la Asociación de Magistrados, la academia nacional, varias ONG nacionales y la comunidad diplomática internacional. La Sra. Otálora Malassis participó en las reuniones celebradas en el Tribunal Constitucional y en los locales del Senado en línea. La Comisión de Venecia agradece al Senado y al Tribunal Constitucional de Chile la organización de estas reuniones.
4. Esta opinión se ha elaborado a partir de la traducción al inglés de las preguntas presentadas por el Senado de la República de Chile. La traducción puede no reflejar con exactitud la versión original en todos sus puntos.
5. Esta opinión se elaboró a partir de las observaciones de las y los ponentes y de los resultados de la visita a Santiago de Chile del 28 de febrero al 2 de marzo de 2022. Fue examinado por la reunión conjunta de las Subcomisiones de América Latina y de Instituciones Democráticas el 17 de marzo de 2022. Tras un intercambio de opiniones con el Sr. Juan Castro Prieto, miembro del Senado, fue adoptado por la Comisión de Venecia en su 130th Sesión Plenaria (Venecia y online, 18 y 19 de marzo de 2022).

II. Antecedentes

6. La actual Constitución de la República de Chile se aprobó en 1980 durante el régimen de Pinochet. Fue enmendada por primera vez en 1989 (a través de un referéndum) y posteriormente casi 60 veces. La reforma de 2019 se llevó a cabo para facilitar el actual proceso constituyente. En septiembre de 2005, bajo la presidencia de Ricardo Lagos, el Congreso aprobó amplias modificaciones de la Constitución en un nuevo texto, eliminando la firma de Pinochet y añadiendo la de Lagos y eliminando también las disposiciones antidemocráticas procedentes del régimen de Pinochet, como los senadores vitalicios y los senadores designados, así como los poderes especiales de las Fuerzas Armadas.
7. El 15 de noviembre de 2019, tras las protestas civiles iniciadas el 18 de octubre, casi todos los partidos políticos firmaron un acuerdo (Acuerdo por la paz social y la nueva constitución) en el que se estipulaba que se celebraría un referéndum para dar a las y los chilenos la

oportunidad de aprobar o rechazar la redacción de una nueva constitución¹ y el mecanismo a través del cual se redactaría.

8. El "proceso constituyente" se inició formalmente el 24 de diciembre de 2019, con la publicación de la Ley 21200,² que introdujo las enmiendas a la Constitución vigente, modificando su Capítulo XV. El texto modificado incluye dos tipos de disposiciones relativas al procedimiento de cambios de la Constitución:

- a) las enmiendas a la Constitución vigente (artículos 127 - 129) aprobadas por el Congreso (preexistentes),
- b) preparación de una nueva Constitución de la República (artículos 130 - 143) por un órgano especial (disposición introducida por las enmiendas de 2019).

9. El referéndum nacional se celebró en Chile el 25 de octubre de 2020 ("plebiscito de entrada"). Debía determinar si se debía redactar una nueva Constitución, y si ésta debía ser elaborada por una convención constitucional formada por miembros electos directamente para esta convención, o por una convención constitucional mixta, compuesta por un número igual de miembros del Congreso en funciones y de ciudadanos electos directamente. El 78% de los votantes (de una participación total del 50,95%) aprobó la propuesta de cambiar la Constitución y el 79% la de tener una convención constitucional elegida directamente, lo que permitió el proceso de elección de una Convención Constitucional formada por 155 personas.

10. En una segunda votación, que se celebró paralelamente a las elecciones municipales y de gobernadores entre el 15 y el 16 de mayo de 2021, se eligieron a las y los miembros de la Convención Constitucional.³ La composición de la Convención no tiene precedentes. En primer lugar, se reservaron 17 escaños para los pueblos indígenas. En segundo lugar, el órgano fue elegido con paridad de género, es decir, se modificó el sistema de votación para que ni hombres ni mujeres pudieran tener más del 55 por ciento de los escaños de la Convención. En tercer lugar, las candidaturas independientes o no afiliadas a partidos políticos fueron mayoría.⁴

11. Las competencias de la Convención se limitan a la elaboración de la nueva Constitución. Según el artículo 135 de la Constitución, mientras la Nueva Constitución no entre en vigor en la forma establecida en este apartado, la Constitución vigente seguirá plenamente válida, sin que la Convención pueda negarle competencias o modificarla. El mismo artículo establece que "la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes". El Congreso y otras instituciones del Estado siguen ejerciendo sus competencias. El último párrafo del artículo 135 también es importante, ya que establece que el texto de la Nueva Constitución que se someta a plebiscito⁵ debe respetar la naturaleza de la República del Estado de Chile, su régimen democrático, las resoluciones judiciales firmes y ejecutables y los tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes.

¹ La Constitución actual suele describirse como la "Constitución de 1980". A veces se la denomina "Constitución de 2005", ya que fue objeto de reformas sustanciales en 2005, incluido un nuevo decreto de promulgación que eliminó las firmas de los miembros de la Junta de la Constitución y las sustituyó por las del Presidente Ricardo Lagos, elegido democráticamente, y los miembros de su gabinete. Este intento de dotar de nueva legitimidad a la Constitución se considera en general fallido, y por ello la Constitución se denomina con más frecuencia Constitución de 1980.

²El texto de la ley está disponible en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340>.

³ Servicio Electoral de Chile (SERVEL) <https://www.servel.cl/estadisticas-2/>.

⁴ Según las observaciones enviadas a la Comisión por el Senado de Chile, "los independientes participaron en la práctica formando verdaderas listas partidistas, sin ser partidos, con una mayoría de candidatos que han demostrado representar una determinada visión político-ideológica."

⁵ el término "plebiscito" se utiliza con el significado de "referéndum".

12. La Convención Constitucional inició sus trabajos en julio de 2021 con el mandato de redactar una Constitución democrática hasta el 4 de julio de 2022.⁶ El presidente convocará (mediante un decreto presidencial) un referéndum en los tres días siguientes a la fecha en que se le comunique la propuesta de nueva Constitución adoptada por la Convención.⁷ El referéndum se celebraría aproximadamente 2 meses después de la publicación en el boletín oficial ("Diario Oficial") del decreto presidencial que convoca el referéndum, con voto obligatorio para la ciudadanía.⁸

13. Según la información recibida por la delegación de la Comisión de Venecia durante la visita, la Convención Constitucional funciona de forma transparente. Sin embargo, en los últimos meses los debates se han acelerado y acortado. Se han organizado debates públicos para buscar la aportación directa de la ciudadanía, especialmente con iniciativas populares de propuestas de normas constitucionales, con un requisito de 15.000 firmas para ser discutidas en la Convención.⁹ En cuanto a la discusión del contenido de las iniciativas populares, éstas se transmiten a una de las siete comisiones temáticas (de un total de diez). Sus propuestas se encuentran actualmente en proceso de votación en el pleno de la Convención. Estas siete comisiones permanentes son:

- Sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral;
- Principios constitucionales, democracia, nacionalidad y ciudadanía;
- Forma de Estado, ordenamiento, autonomía, descentralización, equidad, justicia territorial, gobiernos locales y organización fiscal;
- Derechos fundamentales;
- Medio ambiente, derechos de la naturaleza, bienes naturales comunes y modelo económico;
- Sistemas de justicia, Órganos autónomos de control y reforma constitucional
- Sistemas de conocimiento, culturas, ciencia, tecnología, artes y patrimonios.¹⁰

14. El proceso de preparación de las propuestas por parte de las comisiones de la Convención y la aprobación por parte del Pleno es continuo. Tras la aprobación por mayoría simple en la comisión competente, cada propuesta pasa al Pleno, donde se requiere una mayoría de 2/3 para su aprobación. Si no se alcanza dicha mayoría, se produce un nuevo debate en la comisión. Tras la aprobación por el Pleno de todos los capítulos de la nueva constitución, una Comisión de Armonización (aún por crear) llevará a cabo una revisión final

⁶ El primer párrafo del artículo 137 de la actual Constitución establece que la Convención debe elaborar y aprobar una propuesta de texto para una Nueva Constitución en un plazo máximo de nueve meses, contados a partir de su instalación, el cual podrá ser prorrogado, por una sola vez, por tres meses.

⁷ Según el artículo 142, inciso segundo, de la actual Constitución chilena "una vez comunicada al Presidente de la República la propuesta de texto constitucional aprobada por la Convención, éste deberá convocar dentro de los tres días siguientes a dicha comunicación, mediante decreto supremo, a un plebiscito constitucional nacional para que la ciudadanía apruebe o rechace la propuesta."

⁸ La norma pertinente es el numeral 8 del artículo 142 de la actual Constitución chilena que establece que "este plebiscito deberá celebrarse sesenta días después de la publicación en el Diario Oficial del decreto supremo a que se refiere el inciso primero, si ese día fuera domingo, o el domingo inmediatamente posterior. Sin embargo, si de acuerdo a las normas anteriores la fecha del plebiscito se encuentra dentro del período comprendido entre los sesenta días anteriores o posteriores a una votación popular de las referidas en los artículos 26, 47 y 49 de la Constitución, el día del plebiscito se retrasará hasta el domingo inmediato posterior. Si, como consecuencia de la aplicación de la regla anterior, el plebiscito cae en el mes de enero o febrero, el plebiscito se celebrará el primer domingo del mes de marzo."

⁹ Más de 6.000 iniciativas fueron enviadas a la plataforma digital de participación popular. Un millón de personas participan con al menos una iniciativa. Según el Reglamento, cada ciudadano puede firmar un máximo de 7 iniciativas. En la plataforma de participación popular de la Convención se publicaron 2496 propuestas que cumplían los requisitos de admisibilidad: https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa_popular/aprobadas . Setenta y siete iniciativas alcanzaron el quórum requerido de 15.000 firmas, además de otra de los pueblos indígenas (120 firmas), antes de la fecha límite del 1 de febrero, y se están debatiendo en los 7 comités temáticos de la Convención. Esta información fue proporcionada por el equipo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que está estudiando dichas iniciativas.

¹⁰ Las otras tres comisiones de la Convención Constitucional son: Participación popular, Derechos de los pueblos indígenas y Relaciones plurinacionales y transversales. [Convención Constitucional \(constituyente.cl\)](https://www.constituyente.cl) .

de la constitución, corrigiendo las incoherencias formales y proponiendo nuevos cambios de fondo al Pleno en los casos en que considere que existen incoherencias normativas.

15. La solicitud dirigida a la Comisión de Venecia por el Senado de la República de Chile el 5 de enero de 2022 incluía preguntas sobre la mayoría necesaria para la adopción de las decisiones de la Convención, la neutralidad y estabilidad constitucionales, la supresión del Senado y del Tribunal Constitucional y los cambios relativos a los derechos fundamentales. El 28 de febrero, el Senado, a iniciativa del senador Juan Castro, envió preguntas adicionales a la Comisión. Éstas estaban relacionadas con la organización del poder judicial; la retirada de los tratados internacionales; el carácter regional, plurinacional e intercultural del Estado; así como la posible modificación de la actual Constitución para prever un procedimiento a seguir en caso de que el nuevo proyecto de Constitución no sea aprobado en el referéndum final.

III. Observaciones generales y alcance de la presente opinión

16. A principios de enero de 2022, la Comisión de Venecia recibió del Senado chileno varias preguntas relacionadas con el proceso de elaboración de una nueva Constitución y con algunos aspectos de su contenido. Cuando la delegación de la Comisión viajó a Santiago de Chile para celebrar reuniones los días 28 de febrero, 1 y 2 de marzo de 2022, se actualizaron y ampliaron las preguntas del Senado (véase más arriba).

17. En el momento de esta visita, el proceso de redacción de la Constitución estaba ya muy avanzado, y de hecho bastante cerca de su final, que se ha fijado para el 4 de julio de 2022. El proceso parecía estar en una fase crítica: las diferentes comisiones temáticas trabajaban en paralelo, adoptando sus propios textos por mayoría simple, enviándolos al Pleno para su adopción por mayoría de 2/3, recibiendo a menudo el texto de vuelta por no haber alcanzado la mayoría cualificada y teniendo que ser reelaborarlo antes de ser enviado de nuevo al Pleno para su votación final. Sólo unos pocos textos fueron finalmente adoptados y los debates siguieron un ritmo muy sostenido. Las propuestas se modificaban con frecuencia y a menudo de forma sustancial en pocos días. De las discusiones con los interlocutores de la delegación tampoco surgió ningún acuerdo claro sobre las soluciones propuestas en los ámbitos que afectaban a las preguntas del Senado.

18. En el momento de la elaboración de esta opinión, todavía no existe un texto finalizado o consolidado del nuevo proyecto de Constitución. En estas circunstancias, las respuestas de la Comisión a las preguntas del Senado no pueden sino ser más bien abstractas y generales. No obstante, la Comisión pretende aportar una contribución concreta al éxito de los trabajos de la Convención Constitucional de Chile, proporcionando información sobre las normas internacionales y sobre la experiencia comparada de otras democracias modernas con el fin de ayudar a la Convención Constitucional a tomar sus decisiones de la manera más informada. La Comisión de Venecia está convencida de que, en el breve plazo de que dispone la Convención Constitucional para finalizar sus trabajos, puede beneficiarse en gran medida de la larga y variada experiencia de la Comisión de Venecia en el ámbito de la elaboración de constituciones y, a través de la Comisión, de la experiencia de varios Estados que han llevado a cabo procesos similares de redacción de constituciones y se han enfrentado a opciones institucionales comparables.

19. La Convención Constitucional de Chile ha sido investida con la tarea crucial de preparar una nueva constitución como expresión de toda la sociedad chilena, incluyendo a los pueblos indígenas y a las minorías. Este proceso ha despertado el interés y ha creado expectativas muy altas en gran parte de la sociedad chilena en cuanto al contenido de la futura Constitución y a su papel en la definición de la misma, por lo que hay mucho en juego. Evidentemente, es muy deseable que el texto constitucional final sea capaz de concitar un amplio apoyo de la población chilena, de modo que pueda ser aprobado por el voto popular y posteriormente aplicado con

éxito. Para ello, la nueva Constitución deberá ser un documento unificador capaz de recuperar la confianza de la ciudadanía; en opinión de la Comisión de Venecia, es necesario que la nueva Constitución:

- satisfaga, en la mayor medida posible, las expectativas de numerosas y muy diversas categorías de personas y grupos políticos;
- sea suficientemente clara, y técnicamente completa y sólida;
- sea políticamente viable para que se aplique debidamente y con prontitud tras su adopción.

20. Para cumplir estas tres condiciones previas, parece necesario que la nueva constitución logre un equilibrio entre peticiones y aspiraciones contrapuestas. Esto, a su vez, requiere a menudo recurrir a un mayor grado de generalidad en el lenguaje constitucional y a un menor grado de detalle, dejando una flexibilidad adecuada en el texto para la interpretación y el desarrollo de los principios fundamentales contenidos en la constitución por parte de las instituciones ordinarias del Estado: el Congreso, el gobierno, el poder judicial y el Tribunal Constitucional. La Comisión de Venecia ha expresado anteriormente la opinión al respecto de que la autoridad constituyente no debería "cimentar [...] sus preferencias políticas y el ordenamiento jurídico del país [...]".¹¹ En general, las autoridades políticas deberían tener el poder de tomar sus propias decisiones de política económica, social, fiscal, familiar, educativa, etc., a través de mayorías simples, para que las elecciones no pierdan su sentido. El principio de democracia exige que sólo los principios constitucionales más básicos y el nombramiento de ciertos altos cargos (como los miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Judicial, el Defensor del Pueblo...) se fijen mediante requisitos de supermayoría (en la constitución o en las leyes orgánicas), además de las normas sobre la enmienda constitucional.

21. En este contexto, la Comisión de Venecia también desea subrayar que varios de sus interlocutores en Santiago destacaron que el proceso en curso de redacción de una constitución completamente nueva representa un nuevo comienzo y un momento "refundacional" para la democracia chilena; en este contexto, la Convención Constitucional se esfuerza por adoptar soluciones novedosas y no se siente atada a las soluciones constitucionales anteriores. En efecto, el mandato de esta Convención Constituyente parece ser muy amplio, por lo que puede decidir adoptar nuevas disposiciones y soluciones institucionales que no existían en las constituciones anteriores. Sin embargo, debe recordarse que la nueva constitución no existirá en un vacío histórico, jurídico y político y deberá operar en el contexto de la amplia cultura y tradiciones jurídicas que prevalecen en Chile. Las tradiciones y la cultura jurídicas influyen necesariamente en el desarrollo y la aplicación satisfactoria de cada constitución.¹² Prescindir totalmente de la cultura constitucional del país a la hora de diseñar la nueva constitución supondría el riesgo de crear un obstáculo para la comprensión, la aceptación y, sobre todo, la interpretación y la aplicación de las nuevas normas por parte de los políticos, los jueces, la administración, los profesionales del derecho, el mundo académico y todos aquellos que tendrán que aplicar la constitución. Esto provocaría inevitablemente retrasos y problemas y un grado mucho mayor de incertidumbre sistémica. Además, hay que tener en cuenta el impacto de las nuevas opciones institucionales en la cultura constitucional: por ejemplo, la elección del unicameralismo se percibirá de forma diferente si se mantiene a partir de experiencias anteriores que si se introduce tras un periodo de bicameralismo. Por estas razones, la Comisión de Venecia opina que las tradiciones jurídicas nacionales deben tenerse debidamente en cuenta a la hora de diseñar la nueva constitución.

¹¹ Comisión de Venecia, CDL-AD(2013)012, Opinión sobre la cuarta enmienda a la Ley Fundamental de Hungría, §§ 129 y ss; véase también CDL-AD(2020)001, Informe sobre la enmienda constitucional, §§ 135-137 y ss.

¹² La Comisión de Venecia se refirió a la "cultura constitucional" como uno de los factores que influyen en el funcionamiento de las normas formales sobre la enmienda: CDL-AD(2020)001, Informe sobre la enmienda constitucional, §§ 18 y siguientes.

IV. Respuestas a las preguntas del Senado

i. ¿Cómo considera la Comisión que debe alcanzarse el estándar de neutralidad y estabilidad constitucional, y evitar así el riesgo de una Constitución "contingente"?

22. Una Constitución debe establecer reglas neutrales y generalmente aceptadas para el proceso político: no forma parte del "juego político", sino que establece las reglas para que se juegue de forma justa;¹³ es un marco en el que las diferencias políticas y sociales pueden armonizarse para la gobernanza pacífica, estable y constructiva del país a lo largo del tiempo. La Constitución debe proporcionar un sentido de constitucionalismo en la sociedad, un sentido de que la Constitución es realmente un documento fundamental y no una simple declaración política incidental.

23. La estabilidad y la "neutralidad" de la constitución y el evitar una constitución "contingente", requieren legitimidad y sentido de propiedad colectiva, lo que a su vez exige un proceso constitucional transparente, abierto e inclusivo, que permita un pluralismo de opiniones y un debate adecuado de las cuestiones controvertidas.¹⁴ Como la Comisión de Venecia ha subrayado constantemente,¹⁵ la adopción de una nueva y adecuada Constitución debe basarse en el más amplio consenso posible dentro de la sociedad; un debate amplio y sustantivo en el que participen las distintas fuerzas políticas, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones de ciudadanos, el mundo académico y los medios de comunicación, es un importante requisito previo para adoptar un texto sostenible, aceptable para el conjunto de la sociedad y acorde con las normas democráticas.¹⁶

24. La consulta y la inclusión no conducen necesariamente a un consenso absoluto, ya que inevitablemente habrá divergencias de expectativas y de programas y visiones políticas. Sin embargo, debería alcanzarse un amplio consenso sobre las opciones fundamentales. La consulta debe ser significativa, pero la responsabilidad de procesar las aportaciones recibidas a través del proceso de consulta y de plasmarlas en el texto constitucional, cuando proceda, corresponde al órgano constituyente.

25. La Comisión de Venecia también ha señalado que el procedimiento de aprobación de las enmiendas constitucionales o, eventualmente, de las nuevas constituciones, debe atenerse a las disposiciones de la Constitución en vigor.¹⁷ "El poder de enmienda no es un tecnicismo jurídico, sino un conjunto de normas cuyos detalles pueden influir en gran medida o determinar procesos políticos fundamentales."¹⁸ "Además de garantizar la estabilidad constitucional y política, las disposiciones relativas a los procedimientos cualificados de modificación de la Constitución tienen como objetivo asegurar un amplio consenso; esto refuerza la legitimidad de la Constitución y, por tanto, del sistema político en su conjunto".¹⁹

26. Esto es coherente con el artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana que prescribe que: "La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho por parte de todas las instituciones y

¹³ Véase la nota 9.

¹⁴ CDL-AD(2020)001, Informe sobre la enmienda constitucional, §§ 202-205.

¹⁵ Véanse entre otros muchos: Comisión de Venecia, CDL-AD(2011)001, Opinión sobre tres cuestiones jurídicas surgidas en el proceso de elaboración de la nueva Constitución de Hungría, §§ 18,19; CDL-AD(2013)010, Opinión sobre el proyecto de nueva Constitución de Islandia, § 17.

¹⁶ Comisión de Venecia, CDL-AD(2019)015 - Parámetros sobre la relación entre la mayoría parlamentaria y la oposición en una democracia: Una lista de comprobación, párrafos. 66-67, 85, 113-114.

¹⁷ Comisión de Venecia, CDL-AD(2020)001, Informe sobre la enmienda constitucional, § 124. CDL-AD(2011)002, Opinión sobre el documento conceptual relativo a la creación y el funcionamiento de la Asamblea Constitucional de Ucrania.

¹⁸ CDL-AD(2020)001, Informe sobre la enmienda constitucional, § 5.

¹⁹ Ibidem, §§ 15, 38-39; CDL-AD(2015)014, Opinión conjunto sobre el proyecto de ley "Sobre la introducción de cambios y enmiendas a la Constitución" de la República Kirguisa, § 23.

sectores de la sociedad son igualmente esenciales para la democracia."²⁰ La exigencia de respeto al Estado de Derecho (y, por tanto, a la Constitución vigente) se aplica también a la Convención Constitucional, que es una "institución del Estado".

27. El mismo punto se desarrolla en la Opinión Consultiva sobre la Reelección Presidencial Indefinida de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que señala lo siguiente

"71. En segundo lugar, el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana establece como elemento constitutivo de la democracia representativa el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho. *En una democracia representativa, el ejercicio del poder debe estar sujeto a reglas fijadas de antemano y de las cuales los ciudadanos son informados previamente para evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto de Estado de Derecho.* En esa medida, el proceso democrático requiere ciertas reglas que limiten el poder de la mayoría expresado en las urnas para proteger a las minorías. Por lo tanto, las reglas de acceso al ejercicio del poder no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político. La identificación de la soberanía popular con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático, el cual se justifica realmente en el respeto de las minorías y la institucionalización del ejercicio del poder político, el cual está sujeto a límites jurídicos y sometido a un conjunto de controles."²¹

ii. ¿Cómo considera la Comisión que debe interpretarse la norma establecida en el artículo 133 de la Constitución actualmente en vigor, según la cual "la Convención adoptará su reglamento y sus normas de votación por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio"?

28. La Convención Constitucional de Chile tiene el derecho de adoptar sus propias reglas de procedimiento, pero está obligada a respetar los principios fundamentales de la legislación propia que se derivan de la Constitución vigente, tal como fue enmendada en 2019. Debe haber coherencia entre las normas promulgadas en la Constitución y el Reglamento de la Convención y, especialmente, entre las normas de la Constitución y su aplicación por la Convención. La Convención, aun teniendo un papel tan específico y fundacional, debe respetar los principios fundamentales del procedimiento legislativo. Esto se enmarca en el requisito estándar del Estado de Derecho de congruencia entre las normas jurídicas y el comportamiento de los funcionarios que están sujetos a dichas normas.²² Las normas de procedimiento tienen un gran impacto en los resultados del proceso. Desempeñan un papel importante para que la futura constitución se considere un bien común.

29. Según el artículo 133 de la reforma de 2019, la Constitución establece un quórum de 2/3 para la aprobación de las normas (y reglas de procedimiento), y este quórum no puede ser modificado por la Convención. El pueblo votó en el referéndum de octubre de 2020 sobre la base y asumiendo el cumplimiento de las reglas establecidas en la reforma constitucional en la ley 21.200, que incluía la mayoría de 2/3 del artículo 133. La Convención ha entendido en el Reglamento General de la Convención Constitucional que dicho quórum se aplica a la aprobación de las "normas constitucionales" por el Pleno y a las nuevas formulaciones y revisiones por la Comisión de Armonización de todo el texto (artículo 96). Todos los actores relevantes tienen claro que esa norma exige la aprobación por mayoría de 2/3 de cada una de las normas constitucionales. Hubo un debate sobre si la mayoría de 2/3 se extendía también a una última y definitiva aprobación de todo el texto (y no sólo a la aprobación de cada norma).

²⁰ <https://www.oas.org/en/democratic-charter/default.asp>

²¹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A No. 28, § 71, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. (Énfasis añadido.)

²² Comisión de Venecia, CDL-AD(2016)007rev, Lista de control del Estado de Derecho, A.2

Este debate parece haberse resuelto en el Reglamento de la Convención, que aprobó el requisito de los 2/3 para cada norma, pero no exigió una votación final sobre todo el texto.²³

30. Sólo se requiere una mayoría simple para la aprobación de las propuestas de normas por parte de las Comisiones. Así, el Pleno de la Convención tiene la tarea de aprobar la Constitución, y las Comisiones tienen una función deliberativa y de filtro de las propuestas. Sin embargo, si una propuesta de la Comisión es aprobada por mayoría, pero por menos de 2/3 de los miembros del Pleno, entonces el texto vuelve a la Comisión y tras una nueva deliberación y propuesta se presenta al Pleno para una segunda votación. Si no se alcanzan los 2/3 del quórum, se rechaza, salvo en el caso de que se consigan 3/5 de los votos en el Pleno (art. 97). En este caso, el Reglamento convoca un referéndum popular ("plebiscito dirimente"), desarrollado por el Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente.²⁴ Sin embargo, a pesar de su inclusión en el reglamento de la Convención, dicho referéndum requeriría primero una nueva reforma constitucional, ya que no está contemplado en el Título XV de la Constitución y añade un requisito que cambia la regla de los 2/3 de las y los miembros de la Convención para su aprobación, introduciendo una convocatoria directa a los ciudadanos para cada propuesta. Esta propuesta de "plebiscito dirimente" es diferente del referéndum final (conocido como "plebiscito de salida") que exige el nuevo Título XV de la Constitución (véase el apartado 32 más abajo).

31. El reglamento de la Convención y las normas de participación popular han añadido algunos mecanismos de participación durante los trabajos de la Convención: audiencias con la sociedad civil y expertos, e iniciativa popular de propuestas a la Convención (con al menos 15.000 firmas de 4 regiones) ("iniciativa popular de normas"). Setenta y ocho iniciativas obtuvieron el número mínimo necesario de firmas antes del 1 de febrero de 2022, fecha en la que se cerró el proceso,²⁵ y actualmente se están discutiendo en Comisión y se están votando para su discusión y aprobación en el Pleno, aplicando las mismas reglas que una propuesta de un miembro constituyente. Hay que valorar positivamente que la Convención, además de los mecanismos tradicionales del procedimiento legislativo, haya introducido formas de democracia participativa. Es responsabilidad de la Convención Constitucional dar un seguimiento adecuado y significativo a estas iniciativas, para que no surja un posible sentimiento de frustración e incluso de falta de confianza en el sistema.

32. El referéndum del nuevo Título XV de la Constitución estipula una votación obligatoria para que la ciudadanía apruebe la nueva Constitución en un plazo aproximado de 60 días tras la publicación del decreto del Presidente por el que se convoca un referéndum para decidir sobre la aprobación o el rechazo de la nueva Constitución, en términos binarios (Art. 142). Este referéndum da a la ciudadanía la última palabra sobre la propuesta de cambio constitucional. En

²³ Así, el artículo 96 del Reglamento del Convenio dice:

"Artículo 96.- Aprobación de las normas constitucionales.

Finalizado el debate, la propuesta de norma constitucional será sometida a votación en el Pleno y se aprobará sin más trámite en caso de obtener el voto a favor de dos tercios de las y los convencionales en ejercicio. El mismo quórum se requerirá para la aprobación de nuevas redacciones o de rectificaciones que, de conformidad al párrafo 6º de este Título, se realicen a las normas constitucionales ya incluidas en el proyecto de Constitución.

A medida que las normas constitucionales sean aprobadas por el Pleno se publicarán en el sitio web de la Convención."

Tras la aprobación de las normas por una mayoría de 2/3, habrá una "Comisión de Armonización" que elaborará propuestas de enmienda en materia de estilo, coherencia y otras cuestiones formales. La Convención recibirá propuestas sobre dichas enmiendas formales y, tras la votación de las mismas, la Presidencia de la Convención declarará finalizado el proceso de revisión del texto. El texto resultante será la propuesta de una nueva Constitución (véase el artículo 102 del Reglamento de la Convención). El Reglamento de la Convención está disponible aquí: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-version-para-publicar-enero-2022.pdf>.

²⁴ Los arts. 37-41 de este Reglamento prevén un voto obligatorio para los mayores de 18 años, y un voto voluntario para los jóvenes de 16-18 años; consistiría en un único plebiscito con todas las preguntas; y la última palabra sobre las consecuencias del voto correspondería a la Comisión de Armonización.

²⁵ Véase la nota 7.

caso de rechazo por parte de la ciudadanía, la Constitución actual sigue en vigor, sin que el nuevo Título XV contenga ninguna disposición para el futuro. En tal caso, se aplica la regla general: la primera (y antigua) parte del Título XV sobre la modificación constitucional. El requisito de un referéndum final para la aprobación de la Constitución es otra razón para buscar un consenso sustancial entre las fuerzas políticas y la pluralidad de la sociedad civil en Chile, para evitar que el plebiscito polarice aún más a la sociedad chilena y que el apoyo a las diferentes alternativas (a favor y en contra de la nueva Constitución) se divida según las líneas partidistas ordinarias.

iii. ¿Cuál es la opinión de la Comisión sobre la posibilidad de transformar el Congreso Nacional en un órgano unicameral? ¿Cree que esta medida podría afectar a la representación política en términos de descentralización?

33. Las cuestiones relativas a la estructura del poder legislativo pertenecen a un grupo de soluciones constitucionales en las que el ámbito de libertad de los Estados es muy amplio. De hecho, es difícil encontrar una norma común europea o internacional en relación con la estructura organizativa del poder legislativo.

34. No existe una regla general a favor o en contra del bicameralismo. En el derecho constitucional comparado existen diferentes soluciones en la actualidad y en el pasado. Varios países democráticos como Suecia, Finlandia, Hungría, Portugal, Eslovaquia, Dinamarca y Bulgaria no tienen una segunda cámara. También merece la pena referirse a la dinámica de debate que tiene lugar en Italia o España en torno al bicameralismo. Cada país tiene una tradición y unas normas específicas sobre la composición del Parlamento, y sobre las normas electorales y las funciones de cada Cámara. Pero no se trata de un enfoque estático. Cada tradición constitucional evoluciona, por lo que la tradición constitucional aplicable no es en sí misma un obstáculo definitivo para cambiar el sistema de bicameral a unicameral. No obstante, en otras experiencias constitucionales ha sido más frecuente la reforma de la segunda cámara que su supresión (por ejemplo, los casos del Reino Unido, donde la Cámara de los Lores, recientemente, se reformó en 1999 y 2014; Bélgica en 2014; o el Bundesrat alemán en 2007). Al referirse al unicameralismo o al bicameralismo, la teoría política y constitucional considera diferentes modelos. Desde un primer punto de vista, el bicameralismo instituye el principio de pesos y contrapesos dentro del poder legislativo. Tras una larga evolución, la segunda cámara en el Reino Unido y en Canadá funciona ahora para "enfriar" o moderar a la Cámara de los Comunes. En Estados Unidos, el Senado cumple esa misma función, pero también funciona como cámara territorial o federal, en representación de los Estados. Muchos países con estructuras federales, o incluso regionales y descentralizadas, han adoptado este sistema, con notables diferencias entre ellos en cuanto a las competencias específicas y la composición de la segunda cámara. Por el contrario, el unicameralismo ha estado a menudo ligado a momentos revolucionarios o de democracia radical, desde las Constituciones francesas de 1791 y 1793 (posteriormente, la tercera Constitución del Año III o Thermidor adoptó el bicameralismo). En España, la Constitución de Cádiz de 1812 y la de la II República de 1931 son también unicamerales. Desde al menos 1828 la tradición chilena ha sido sistemáticamente bicameral. Por último, es importante ver dónde y cuándo se ha abolido el Senado en las últimas décadas: en el contexto latinoamericano, ocurrió en Perú (en el contexto de la Constitución de Fujimori de 1993 y no se reintrodujo en 2018) y en Venezuela (en el contexto de la Constitución de Chávez de 1999), ambos es su momento regímenes autoritarios. Aunque se trata de una muestra pequeña, estos casos sugieren una posible correlación en América Latina entre los regímenes autoritarios o populistas y la eliminación de la segunda cámara.

35. La Comisión de Venecia ha realizado algunas observaciones y reflexiones sobre la cuestión del bicameralismo. En primer lugar, en los países pequeños el Senado es menos frecuente que en los grandes:²⁶

"Parece que las segundas cámaras son especialmente poco útiles en los países más pequeños o menos poblados de Europa (Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia, Estonia, Letonia, Lituania, Portugal, Chipre, Malta, Grecia, Eslovaquia, Bulgaria y Hungría). Es decir, todos estos países con menos de 15 millones de habitantes consideran innecesario el funcionamiento de una segunda cámara. (...) Además, la falta de una segunda cámara ha obligado a estos países a establecer órganos alternativos que representen sus diversos intereses económicos, culturales y sociales para complementar su cámara única".²⁷

36. En segundo lugar, en el contexto del debate sobre la descentralización, también presente en la actual discusión constitucional en Chile, el papel del Senado es importante:

"El reciente desarrollo de la regionalización o descentralización consagrada constitucionalmente apunta al mismo resultado. Todo Estado muy descentralizado necesita una segunda cámara que garantice el diálogo entre el centro y la periferia. Dado que el Consejo de Europa considera que la descentralización, o más precisamente el autogobierno local, es un componente esencial de la democracia, es evidente que las segundas cámaras tienen un brillante futuro".²⁸

37. En tercer lugar, un Senado también puede tener otras funciones importantes. "Las segundas cámaras se caracterizan a menudo por encarnar una medida particular de sabiduría, equilibrio y experiencia. Algunas cámaras han contribuido de forma destacada al proceso legislativo y a la mejora de la calidad de la legislación".²⁹ Esto se debe en parte al tiempo adicional que suelen tener para estudiar mejor los temas: "Las segundas cámaras suelen tener más tiempo a su disposición y pueden interesarse por temas que, con demasiada frecuencia, son descuidados por las cámaras inferiores, enfrentadas a asuntos más urgentes".³⁰ Esta aportación de calidad compensa el retraso que puede suponer el debate de un proyecto de ley en las dos Cámaras del Parlamento en lugar de en una sola.

38. Otra crítica posible al Senado es el costo de las segundas cámaras. Sin embargo, la Comisión de Venecia ha constatado que:

"En la práctica, estos argumentos están demasiado simplificados y merecen un análisis más profundo. El supuesto alto costo de las segundas cámaras es en realidad muy relativo (...) el número de congresistas en los Estados monocamerales y bicamerales no difiere significativamente. Por último, los sistemas monocamerales incluyen a menudo una forma de cámara "fantasma", como el Consejo de Estado de Luxemburgo, que recurre a grupos de expertos, incluidos académicos, para examinar proyectos de ley y de opinión. Estas instituciones también tienen un coste".³¹

39. La última crítica está relacionada con el carácter menos democrático de algunos Senados, cuando las y los miembros son electos por sufragio indirecto (particularmente en algunos estados federales). "El sufragio indirecto no es en sí mismo antidemocrático, pero debe basarse en reglas claras y transparentes. Tampoco es incorrecto utilizar una variedad de métodos para seleccionar a los miembros de las segundas cámaras".³² Los diferentes métodos de elección de

²⁶ Chile, según datos de 2020, tiene más de 20 millones de habitantes. CDL(2006)059rev, Informe sobre las segundas cámaras en Europa, "¿Complejidad parlamentaria o necesidad democrática?", por Patrice Gélard;

²⁷ CDL-AD(2006)059rev, Informe sobre las segundas salas en Europa, § 31.

²⁸ Ibidem, § 33.

²⁹ Ibidem, § 40.

³⁰ Ibidem, § 42.

³¹ Ibidem, § 30.

³² Ibidem, § 36.

las segundas cámaras suelen estar relacionados con otros tipos de representación o con la presencia de otros grupos: "no se ha prestado suficiente atención a la posibilidad que ofrecen de representar a grupos cuya presencia en la cámara baja es limitada o inexistente".³³

40. El bicameralismo era una tendencia común en los países de Europa Central y Oriental al principio de la transformación política de los años noventa. En la mayoría de esos países, el parlamento bicameral se consideraba un retorno a la tradición democrática, tras un periodo de gobierno autoritario. A la luz de esta experiencia europea, el Foro de Senados de 2000 señaló, entre otras cosas, las siguientes características relevantes para el papel del bicameralismo:

- fortalece los sistemas democráticos mediante la diversificación de la representación y la integración de todos los miembros de la nación;
- facilita el proceso de descentralización y contribuye a la regulación de las relaciones entre las autoridades locales y regionales y el gobierno central.³⁴

41. El análisis de la necesidad del bicameralismo y la respuesta a la pregunta de si es una necesidad democrática debe hacerse, por tanto, en la situación concreta de un Estado determinado. Este es también el caso de Chile, donde el bicameralismo pertenece a la tradición constitucional del sistema político en el contexto de los controles y equilibrios de la forma de gobierno presidencial.

42. La Comisión de Venecia considera que el debate sobre el bicameralismo está vinculado a los de la forma de Estado y la forma de gobierno, y las soluciones propuestas deben ser coherentes con ellos. En efecto, el bicameralismo es a menudo una respuesta a las diferencias regionales, a la multietnicidad y al multiculturalismo. En una sociedad en la que estos aspectos adquieren una mayor importancia, el bicameralismo es recomendable.³⁵ La segunda cámara puede desempeñar un papel fundamental en el mantenimiento del equilibrio entre el centro y los componentes del Estado y, por lo tanto, es una especie de garante de la distribución vertical del poder entre el centro y las partes o regiones, o incluso grupos, que lo componen, como señala la opinión del Foro de Senadores antes citada. Una Segunda Cámara adecuadamente diseñada puede desempeñar un papel importante en términos de representación territorial al (a) el fortalecimiento de los sistemas democráticos a través de la diversidad de la representación y (b) el fortalecimiento de la garantía de los derechos de los pueblos indígenas. Además, el bicameralismo es también una garantía para los pesos y contrapesos propios de un sistema presidencialista y son necesarios dos órganos diferentes para la destitución del Presidente y de algunas otras autoridades.

iv. Si se sustituye la forma de gobierno, ¿podría alterarse el mandato presidencial y el de los miembros del Congreso Nacional?

43. No está del todo claro si la pregunta se refiere sólo a los mandatos del actual Presidente y de las y los miembros del Congreso bajo la actual Constitución de Chile, o también a las alteraciones de los mandatos del Presidente y de las y los legisladores bajo la nueva constitución. Por lo tanto, la Comisión de Venecia abordará ambas cuestiones.

³³ Ibidem, § 38.

³⁴ Foro de los Senados del Mundo: Le Bicamérisme, une idée d'avenir, París, Publications du Sénat, 2000, pág. 113,

³⁵ Según Patrice Gélard, es "perfectamente comprensible que los países pequeños y los que aún están estableciendo su sistema democrático consideren que las segundas cámaras no son esenciales. Sin embargo, son necesarias, y lo serán cada vez más, en ...los Estados ...constitucionalmente regionalizados o fuertemente descentralizados, donde las segundas cámaras representan zonas geográficas mientras que las primeras representan pueblos": CDL(2006)059rev, Informe sobre las segundas cámaras en Europa, "¿Complejidad parlamentaria o necesidad democrática?"

44. En cuanto a las consecuencias de un posible cambio de régimen sobre el actual mandato del Presidente y de las y los miembros del Congreso, la Comisión de Venecia desea subrayar, de entrada, que no ha expresado ninguna preferencia por un sistema parlamentario o por uno presidencial. Se trata de una elección que corresponde al poder constituyente en cada caso. La tradición y la experiencia práctica previa pueden ser relevantes en la elección. Lo que es relevante para la Comisión de Venecia es cómo preservar una auténtica separación de poderes con un sistema eficaz de controles y equilibrios entre las instituciones:

"La elección entre un sistema presidencial y uno parlamentario es una decisión política que debe tomar libremente cada Estado. Sin embargo, el sistema elegido debe ser lo más claro posible y las disposiciones no deben dar lugar a complicaciones y conflictos políticos innecesarios. Si se elige un sistema presidencial, deben cumplirse ciertos requisitos mínimos de influencia y control parlamentarios. En un sistema parlamentario, a su vez, deben respetarse los requisitos básicos derivados del principio de separación de poderes".³⁶

45. Además:

"Todo Estado tiene derecho a elegir su propio sistema político, ya sea presidencial o parlamentario, o un sistema mixto. Sin embargo, este derecho no es incondicional. Los principios de la separación de poderes y del Estado de Derecho deben ser respetados, y esto requiere que se incorporen suficientes controles y equilibrios en el sistema político diseñado. Cada constitución es un complejo conjunto de controles y equilibrios y cada disposición, incluidas las que ya existen en la constitución de otro país, debe examinarse teniendo en cuenta sus ventajas para el equilibrio de poderes en su conjunto".³⁷

46. Una primera cuestión que hay que estudiar es la de los límites del mandato presidencial. No existe un derecho humano específico y diferenciado a la reelección.³⁸ En su Informe sobre los límites del mandato (Parte I - Presidentes),³⁹ la Comisión de Venecia señala que existe una variedad de regímenes legales diferentes sobre los límites del mandato presidencial, dependiendo de cada constitución y tradición constitucional. La constitución actual de Chile es un ejemplo de limitación de mandatos consecutivos (sin número máximo), como las de Perú, Uruguay y Suiza. La tendencia general es incluir algunas limitaciones en los sistemas presidenciales: "Casi todos los Estados que han adoptado un sistema presidencial o semipresidencial imponen limitaciones constitucionales al número de mandatos (sucesivos) de un presidente con el fin de preservar un sistema de frenos y contrapesos constitucionales".⁴⁰ Es el caso de Colombia desde 2015, cuando volvió a la prohibición absoluta de la reelección, añadiendo que esta prohibición ahora solo puede ser modificada por referéndum o asamblea constituyente. La Constitución de Ecuador de 2008 permite una sola reelección para el mismo cargo. En los sistemas semipresidenciales podemos mencionar el caso del sistema francés, que desde 2008 tiene un límite de dos mandatos presidenciales consecutivos. Lo importante es evitar una reelección ilimitada, como ocurre en Venezuela desde 2009. El caso de Bolivia también va en contra de la tendencia a limitar los mandatos. Sin embargo, "en opinión de la Comisión, y a la luz del análisis comparativo de las constituciones de los 58 países considerados, la supresión de los límites a la reelección presidencial representa un retroceso en términos de logros democráticos, al menos en los sistemas presidenciales o semipresidenciales".⁴¹

³⁶ Comisión de Venecia, CDL-AD(2003)019, Opinión sobre tres proyectos de ley que proponen enmiendas a la Constitución de Ucrania, párrafo 14

³⁷ Comisión de Venecia, CDL-AD(2017)005, Opinión sobre las enmiendas a la Constitución de Turquía, párrafo 124.

³⁸ Ver Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28., para 102.

³⁹ Comisión de Venecia, CDL-AD(2018)010, Informe sobre la limitación de mandatos, Parte 1 - Presidentes.

⁴⁰ Ibidem, § 90.

⁴¹ Ibidem, § 101.

47. El lugar para afianzar los límites del mandato presidencial es la Constitución.⁴² El objetivo de los límites del mandato es un control contra el abuso de poder del presidente:

"La limitación del mandato presidencial es habitual tanto en los sistemas presidenciales como en los semipresidenciales, y también existe en los sistemas parlamentarios (tanto en los que el Jefe del Estado es elegido directa como indirectamente), mientras que en estos últimos sistemas no se impone a los primeros ministros, cuyo mandato, a diferencia del de los presidentes, puede ser retirado por el parlamento en cualquier momento. En los sistemas presidenciales y semipresidenciales, la limitación del mandato del Presidente es, por tanto, un freno al peligro de abuso de poder por parte del jefe del poder ejecutivo. Como tal, persiguen los objetivos legítimos de proteger los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. (...) La restricción del derecho a ser elegido de los presidentes en ejercicio se deriva de una elección soberana del pueblo en la búsqueda de los mencionados objetivos legítimos de interés general, que prevalecen sobre el derecho del presidente en ejercicio. Los criterios para dicha restricción deben ser objetivos y razonables y no pueden ser discriminatorios, en la medida en que deben ser neutrales y no deben imponerse o eliminarse de manera que se destituya prematuramente a alguien del cargo o se asegure la continuidad de alguien que actualmente ocupa el cargo (es decir, levantando los límites del mandato). Este riesgo puede evitarse si tales cambios no benefician al titular". (párrafo 120).

48. En conclusión, "los límites de los mandatos pueden promover la rendición de cuentas de los funcionarios elegidos al ayudar a prevenir concentraciones inapropiadas de poder" (párrafo 126).⁴³

49. En cuanto a los plazos de las y los diputados, la Comisión de Venecia ha subrayado que:

"69. Los diputados, a diferencia de los presidentes, ejercen un mandato representativo y forman parte de un órgano colegiado. Por lo tanto, no es necesario limitar el mandato de los diputados para evitar el equivalente a un ejercicio ilimitado del poder por parte del Ejecutivo. Hay investigaciones académicas que apoyan la idea de que los límites a los mandatos de los diputados pueden tener un efecto positivo en cuanto a evitar la concentración de poder en manos de unos pocos políticos profesionales y fomentar una representación más precisa y una mayor capacidad de respuesta de los representantes elegidos hacia el electorado. Sin embargo, también debilitan el poder del poder legislativo frente al ejecutivo y disminuyen el papel del legislativo, incluso cuando ambos poderes están sujetos a límites similares. También pueden aumentar la influencia de las direcciones de los partidos, así como de los grupos de presión y del personal legislativo, contribuyendo así a una migración del poder de los representantes elegidos a los funcionarios no elegidos, lo que corre el riesgo de repercutir en la capacidad de los votantes para exigir responsabilidades a los representantes.

70. Por lo tanto, la Comisión no recomienda la introducción de límites a los mandatos de los diputados, aunque reconoce que corresponde a cada sistema constitucional o jurídico decidir sobre su oportunidad a la luz de las circunstancias particulares imperantes y de la voluntad de la población. No obstante, la Comisión opina que, si se introducen límites de mandato para un órgano legislativo, deberían ser menos estrictos que los que se aplican a un órgano ejecutivo.⁴⁴

50. Pasando al segundo aspecto de la pregunta planteada: ¿podría un cambio fundamental en el sistema político de Chile implicar la terminación del mandato del actual Presidente y de las y los actuales miembros del Congreso? En primer lugar, es importante señalar que los términos de la Constitución vigente que establecen y delimitan el trabajo de la Convención Constitucional

⁴² Ibidem, § 127.

⁴³ Ver también, en general, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A No. 28.

⁴⁴ Comisión de Venecia, CDL-AD(2019)007, Informe sobre la limitación de mandatos - Parte II, Miembros del Parlamento, y Parte III, Representantes elegidos a nivel subnacional y local y funcionarios ejecutivos elegidos a nivel subnacional y local, §§ 69-70.

imponen ciertas restricciones a la capacidad de la nueva Constitución para poner fin a los mandatos de los representantes actualmente elegidos. El artículo 138 dice: "La Nueva Constitución no podrá poner término anticipado al mandato de las autoridades elegidas en votación popular, a menos que las instituciones que forman parte de ella sean suprimidas o sometidas a una modificación sustancial. En términos más generales, la cuestión de la garantía del mandato de los órganos elegidos difiere de la de la seguridad en el cargo de los jueces o de los miembros de instituciones estatales como el Defensor del Pueblo o el Consejo Superior de la Magistratura (ninguno de los cuales existe en el actual sistema constitucional chileno), que tiene por objeto proteger a estas instituciones de injerencias en su labor independiente. El Presidente de Chile y el Congreso han sido elegidos directamente para desempeñar las funciones establecidas en la Constitución actual. En caso de que el régimen institucional y las tareas que se les atribuyen cambien sustancialmente, el mandato que les ha otorgado el electorado se vería afectado y es razonable esperar que el electorado tenga la posibilidad de elegir quién debe desempeñar las nuevas tareas.⁴⁵ Si la nueva Constitución conlleva un cambio de régimen, será esencial tanto respetar el actual artículo 138 como incluir disposiciones transitorias adecuadas para resolver la terminación del mandato de los titulares de los cargos elegidos con arreglo a la Constitución anterior y la celebración de nuevas elecciones, garantizando al mismo tiempo la estabilidad y la continuidad institucionales.

v. ¿Considera conveniente eliminar el Tribunal Constitucional de la eventual nueva Constitución de Chile? ¿Cuál es su opinión sobre la competencia de este órgano para ejercer el control previo de constitucionalidad, y es esta forma de control previo acorde con un sistema democrático? Si se suprimiera el Tribunal Constitucional, ¿debería seguir existiendo un sistema de control de constitucionalidad; qué competencias y qué órgano debería ejercerlas?

51. La Comisión de Venecia ha apoyado sistemáticamente la existencia de la revisión constitucional, aunque esa revisión judicial puede adoptar una variedad de formas institucionales diferentes:

"La Comisión de Venecia suele recomendar la creación de un tribunal constitucional o de un órgano equivalente. Lo esencial es una garantía efectiva de la conformidad de la acción gubernamental, incluida la legislación, con la Constitución. Puede haber otras formas de garantizar dicha conformidad. Por ejemplo, la legislación finlandesa prevé al mismo tiempo un control de constitucionalidad a priori por parte de la Comisión de Derecho Constitucional y un control judicial a posteriori en el caso de que la aplicación de una disposición legal conduzca a un conflicto evidente con la Constitución. En el contexto nacional específico, esto ha demostrado ser suficiente".⁴⁶

52. Existen sistemas constitucionales en los que un Tribunal Supremo de jurisdicción más general es responsable de la revisión constitucional y no se ha establecido un Tribunal Constitucional separado. Sin embargo, la Comisión de Venecia se ha mostrado siempre a favor de la creación de un tribunal constitucional separado y especializado, particularmente en las nuevas democracias.⁴⁷ Un tribunal constitucional especializado puede ofrecer una protección más eficaz de los derechos humanos, la separación de poderes, la legalidad constitucional y la

⁴⁵ La Comisión de Venecia ha declarado que "es legítimo sustituir a los ministros y otros titulares de cargos políticos tras las elecciones; pero si en el sistema nacional una institución goza de algún tipo de autonomía o, a fortiori, se define como "independiente", sustituir a los titulares de cargos clave a causa del cambio de la mayoría política y con el pretexto de una reforma legislativa parece ir en contra de la Constitución y del Estado de Derecho": CDL-AD(2021)012, Opinión sobre el proyecto de enmiendas a la Ley de la Fiscalía del Estado y el proyecto de Ley de la Fiscalía para la Delincuencia Organizada y la Corrupción de Montenegro, §30). Véase también, para las instituciones independientes, CDL-PI(2020)014, Urgent Joint Amicus Curiae Brief Of The Venice Commission And The Directorate General Of Human Rights And Rule of Law (DGI) Of The Council Of Europe On Three Legal Questions Concerning The Mandate Of Members Of Constitutional Bodies in the Republic of Moldova, § 19, §28).

⁴⁶ Comisión de Venecia, CDL-AD(2016)007rev, Rule of Law checklist, párrafo 108.

⁴⁷ CDL-AD(2016)025, Opinión conjunto sobre el proyecto de ley "sobre la introducción de enmiendas y cambios en la Constitución" de la República Kirguisa, párrafo 47; Lista de control del Estado de Derecho, § 108.

supremacía de la constitución que un Tribunal Supremo en el que la revisión constitucional es una tarea entre otras. Además, la experiencia necesaria en la revisión constitucional puede diferir de la típica de un tribunal de apelación. Además, la legitimidad del control constitucional, incluido el papel de "legislador negativo", plantea requisitos distintivos para la composición del tribunal y el procedimiento de nombramiento de sus miembros, requisitos que difieren de los que se aplican a un Tribunal Supremo como jurisdicción de apelación ordinaria. Todos estos puntos de vista hablan a favor de un tribunal constitucional separado y especializado.

53. También se pueden identificar requisitos más específicos para un sistema adecuado de revisión judicial constitucional:

"[I]a revisión judicial plena de la constitucionalidad es, en efecto, el medio más eficaz para garantizar el respeto de la Constitución e incluye una serie de aspectos... En primer lugar, la cuestión del locus standi es muy importante: dejar la posibilidad de solicitar un control de constitucionalidad sólo al poder legislativo o al ejecutivo puede limitar gravemente el número de casos y, por tanto, el alcance del control. Por lo tanto, el acceso individual a la jurisdicción constitucional se ha desarrollado en la gran mayoría de los países, al menos en Europa. Este acceso puede ser directo o indirecto (mediante una objeción planteada ante un tribunal ordinario, que remite la cuestión al tribunal constitucional).⁴⁸ En segundo lugar, no debe haber ninguna limitación en cuanto a los tipos de actos que pueden someterse al control constitucional: debe ser posible hacerlo tanto para los actos normativos (generales) como para los individuales (administrativos o judiciales). Sin embargo, puede exigirse un interés individual por parte de un solicitante privado".⁴⁹

54. En lo que respecta a la designación/elección de las y los jueces de un Tribunal Constitucional, la Comisión de Venecia ha considerado anteriormente que la composición de un Tribunal Constitucional y el procedimiento de designación de las y los jueces del Tribunal Constitucional se encuentran entre las cuestiones más importantes y delicadas de la adjudicación constitucional y para la preservación de un sistema creíble de Estado de Derecho constitucional.⁵⁰ Es necesario garantizar tanto la independencia de las y los jueces del Tribunal Constitucional como la participación de los diferentes órganos del Estado y de las fuerzas políticas en el proceso de nombramiento para que las y los jueces sean considerados algo más que el mero instrumento de una u otra fuerza política.⁵¹ La Comisión de Venecia también ha recomendado que, si las y los jueces constitucionales son elegidos por el parlamento, su elección se haga por mayoría de dos tercios con un mecanismo contra los empates, y que el mandato de las y los jueces constitucionales no sea renovable.⁵²

55. En cuanto al número de jueces, la Comisión de Venecia ha declarado con anterioridad que "sería mejor que el número de jueces del Tribunal Constitucional fuera impar. Un número par de jueces haría recaer una responsabilidad demasiado grande sobre el Presidente que, en caso de empate, se vería obligado en la práctica a tomar la decisión en solitario haciendo uso de su voto de calidad".⁵³

⁴⁸ Comisión de Venecia, CDL-AD(2021)001, Informe revisado sobre el acceso individual a la justicia constitucional, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e), §§ 42 y siguientes.

⁴⁹ Lista de control del Estado de Derecho, párrafo. 109

⁵⁰ Comisión de Venecia, CDL-AD(2013)032, Opinión sobre el proyecto final de Constitución de la República de Túnez, § 126.

⁵¹ CDL-AD(2004)043 Opinión sobre la propuesta de modificación de la Constitución de la República de Moldavia (introducción del recurso individual ante el Tribunal Constitucional), apartados 18-19.

⁵² Opinión sobre el proyecto de enmiendas a tres disposiciones constitucionales relativas al Tribunal Constitucional, al Fiscal Supremo del Estado y al Consejo Judicial de Montenegro; véase también: CDL-AD(2007)047, §§ 122,123; CDL-AD(2012)024, § 35; CDL-AD(2011)040 § 24; CDL-AD (2017)001 §§ 58-59.

⁵³ CDL(1995)045, Opinión sobre el proyecto de enmiendas a la Constitución de la República de Hungría, § 11; CDL-JU(1997)034rev2 Informe sobre la composición del Tribunal Constitucional y cuadro comparativo, página 23, sección 9.

56. En el derecho constitucional comparado, la forma paradigmática de revisión judicial es el control *a posteriori*. Sin embargo, existen al menos algunos mecanismos de control *a priori* en muchos sistemas constitucionales. Francia es probablemente el ejemplo más conocido, pero la revisión *ex ante* o preventiva para algunas cuestiones también existe en otros países. Por ejemplo, en España existe la revisión *ex ante* para los tratados internacionales (artículo 95 de la Constitución Española) y para los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas (artículo 79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, introducida en 2015). Aunque es la excepción a la regla más general de la revisión *a posteriori*, los objetivos de estos mecanismos parecen justificar este control preventivo: evitar la incompatibilidad entre la Constitución y los tratados internacionales o prevenir un conflicto de legitimidad entre el Parlamento regional y el nacional. Por estas razones, la Comisión de Venecia ha señalado en el pasado que:

"la revisión constitucional *ex ante* se considera en muchos países, es decir, antes de la promulgación de la legislación, como un dispositivo muy importante para garantizar la constitucionalidad de la legislación. Sin embargo, no existe una norma europea común en cuanto a los iniciadores y las modalidades concretas de esta revisión. Los Estados deciden, de acuerdo con sus propias tradiciones constitucionales y necesidades específicas, qué órganos, y en qué medida, están autorizados a realizar una revisión *a priori* y quién debe tener derecho a iniciarla".⁵⁴

57. Entre estos diferentes modelos institucionales, la Comisión de Venecia ha concluido en el pasado, basándose en la práctica constitucional comparada, que "el Tribunal Constitucional debería ser considerado como el único y mejor situado para llevar a cabo un control *ex ante* vinculante."⁵⁵ Al mismo tiempo, es cierto que el control *ex ante* podría considerarse más problemático desde el punto de vista de la separación de poderes. Por esta razón, "para evitar una politización excesiva de la labor del Tribunal Constitucional y de su autoridad como órgano judicial, el derecho a iniciar un control *ex ante* debería concederse de forma bastante restrictiva".⁵⁶ Además, la revisión *ex ante* puede organizarse de forma que se minimice el riesgo o la impresión de injerencia inadecuada de un órgano judicial en el proceso legislativo democrático. Si por revisión constitucional *ex ante* se entiende la revisión que tiene lugar después de la adopción por el Parlamento pero antes de la entrada en vigor de la ley, por ejemplo, el riesgo es algo menos pronunciado. Por el contrario, exigir un umbral de votos más bajo para el ejercicio del control *ex ante* que para la revisión *ex post* de la legislación (como ocurre actualmente en Chile) le parece a la Comisión de Venecia que no tiene precedentes y que aumenta el riesgo de politización.

vi. En cuanto a la compatibilidad con las normas internacionales de

- a. un sistema de evaluación para todos los jueces;
- b. mandatos fijos para los jueces de los Tribunales de Apelación y del Tribunal Supremo;
- c. la supresión de la inmunidad judicial;
- d. la creación de un órgano autónomo encargado de la gestión del poder judicial (Consejo de la Magistratura), compuesto por representantes de los poderes del Estado, miembros de la sociedad civil y de los pueblos indígenas;
- e. la creación de una jurisdicción especial indígena, encargada de impartir justicia a los miembros de los pueblos indígenas;
- f. la introducción de la perspectiva de género en la función jurisdiccional;
- g. el requisito de la paridad de género en la estructura judicial.

⁵⁴ CDL-AD(2011)001 Opinión sobre tres cuestiones jurídicas que se plantean en el proceso de elaboración de la Nueva Constitución de Hungría, apartados 34-35.

⁵⁵ CDL-AD(2011)001 Opinión sobre tres cuestiones jurídicas que se plantean en el proceso de elaboración de la Nueva Constitución de Hungría, apartado 37.

⁵⁶ CDL-AD(2011)001 Opinión sobre tres cuestiones jurídicas que se plantean en el proceso de elaboración de la Nueva Constitución de Hungría, apartado 37.

58. Cabe destacar desde el principio que la independencia del poder judicial es un elemento clave del Estado de Derecho: "El ejercicio del poder legislativo y ejecutivo debe poder ser revisado en cuanto a su constitucionalidad y legalidad por un poder judicial independiente e imparcial. Un poder judicial que funcione bien, cuyas decisiones se apliquen efectivamente, es de suma importancia para el mantenimiento y la mejora del Estado de Derecho."⁵⁷ "El poder judicial debe ser independiente. La independencia significa que el poder judicial está libre de presiones externas y no está sujeto a la influencia o manipulación política, en particular por parte del poder ejecutivo. Este requisito es parte integrante del principio democrático fundamental de la separación de poderes. Los jueces no deben estar sujetos a la influencia o manipulación política".⁵⁸

59. Según la Comisión de Venecia, "los principios básicos que garantizan la independencia del poder judicial deben figurar en la Constitución o en textos equivalentes."⁵⁹ Entonces, la Constitución o una Ley Orgánica o equivalente, y no un Estatuto ordinario, debe definir los mecanismos de preservación de la independencia del poder judicial.

60. La independencia judicial no es un fin en sí mismo, sino que su objetivo está relacionado con la preservación de los derechos fundamentales de la ciudadanía: "La independencia del poder judicial tiene un componente objetivo, como cualidad indispensable del poder judicial como tal, y un componente subjetivo como derecho de un individuo a que sus derechos y libertades sean determinados por un juez independiente. Sin jueces independientes no puede haber una aplicación correcta y legal de los derechos y libertades. La independencia del poder judicial no es un privilegio personal de los jueces, sino que se justifica por la necesidad de que los jueces puedan cumplir su función de guardianes de los derechos y libertades de las personas".⁶⁰

a. Sistema de evaluación

61. En cuanto a la posibilidad de que las y los jueces estén sujetos a un sistema de evaluación: "[l]as evaluaciones periódicas de la actuación de un juez son instrumentos importantes para que éste mejore su trabajo y pueden servir también de base para su promoción. Es importante que la evaluación sea principalmente cualitativa y se centre en las habilidades profesionales, la competencia personal y la competencia social del juez. No debe haber ninguna evaluación basada en el contenido de las decisiones y veredictos y, en particular, en criterios cuantitativos".⁶¹

62. En cuanto a los criterios cuantitativos, la Comisión ha añadido que "la calidad de la actuación de un juez no puede medirse contando el número de asuntos tramitados, independientemente de su complejidad, o el número de sentencias confirmadas en la instancia superior".⁶²

⁵⁷ CDL-AD(2016)007, Lista de control del Estado de Derecho, § 39.

⁵⁸ Ibidem, § 74. Ver también Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268, párrafo 188: "uno de los principales objetivos de la separación de los poderes públicos es garantizar la independencia de los jueces. El objetivo de protección se deriva de la necesidad de evitar que el sistema judicial, en general, y sus miembros, en particular, se vean sometidos a posibles coacciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos jueces que ejercen funciones de revisión o apelación."

⁵⁹ CDL-AD(2010)004, Informe sobre la independencia del sistema judicial Parte I: la independencia de los jueces, párrafo 22.

⁶⁰ Ibidem, § 6.

⁶¹ CDL-AD(2011)012, Opinión conjunto sobre la ley constitucional sobre el sistema judicial y el estatuto de los jueces de Kazajistán, § 55.

⁶² CDL-AD(2014)007, Opinión conjunto de la Comisión de Venecia y la Dirección de Derechos Humanos (DHR) de la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho (DGI) del Consejo de Europa sobre el Proyecto de Ley que modifica y complementa el código judicial (sistema de evaluación de los jueces) de Armenia; § 34.

63. Además, "[l]a valoración no debe ser vista como una herramienta para vigilar a los jueces, sino, por el contrario, como un medio para alentarlos a mejorar, lo que se reflejará en el sistema en su conjunto".⁶³ En este sentido, debe respetarse el principio de la primacía de la independencia. Como ha explicado el Consejo Consultivo de Jueces Europeos:

"la regla fundamental para cualquier evaluación individual de los jueces debe ser que mantenga el total respeto a la independencia judicial. Cuando una evaluación individual tiene consecuencias para la promoción, el salario y la pensión de un juez, o incluso puede conducir a su destitución, existe el riesgo de que el juez evaluado no decida los casos de acuerdo con su interpretación objetiva de los hechos y el derecho, sino de una manera que pueda ser pensada para complacer a los evaluadores".⁶⁴

b. Mandatos fijos para el servicio judicial

64. La Comisión de Venecia ha afirmado claramente que "los mandatos limitados o renovables pueden hacer que las y los jueces dependan de la autoridad que los nombró o que tiene la facultad de volver a nombrarlos".⁶⁵ "Cualquier posible renovación de un mandato podría afectar negativamente a la independencia e imparcialidad de los jueces".⁶⁶ Por esta razón, la Comisión de Venecia recomienda encarecidamente que el mandato de los jueces termine con la jubilación.⁶⁷

65. Además, la Comisión ha aclarado que "la edad de jubilación de los jueces debe estar claramente establecida en la legislación. Debe evitarse cualquier duda o ambigüedad y el órgano que tome las decisiones sobre la jubilación no debe poder ejercer ningún tipo de discrecionalidad. [...]"⁶⁸ "[...] La Comisión de Venecia ha expresado una fuerte crítica a la reducción de la edad de jubilación cuando ésta se aplica a los jueces en activo, pero no ha expresado ninguna objeción de principio a la ampliación de la edad de jubilación, si los jueces en activo mantienen la posibilidad de jubilarse según las normas actuales."⁶⁹

66. De acuerdo con las normas internacionales, las y los jueces sólo pueden ser destituidos por decisión de un órgano independiente en razón de graves infracciones a las disposiciones disciplinarias o penales establecidas por la ley, tras un proceso adecuado y con la posibilidad de recurrir la decisión de destitución ante una autoridad judicial superior.⁷⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha confirmado decisivamente estos principios.⁷¹

c. Extinción de la inmunidad judicial

67. La Comisión de Venecia ha declarado que "es indiscutible que los jueces tienen que estar protegidos contra influencias externas indebidas. Para ello, deben gozar de inmunidad funcional

⁶³ Ibidem, § 24.

⁶⁴ Opinión nº 17 (2014) del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), "La evaluación del trabajo de los jueces, la calidad de la justicia y el respeto de la independencia judicial". Par. 6.

⁶⁵ CDL-AD(2016)007, Lista de control del Estado de Derecho, §76.

⁶⁶ CDL-AD(2002)012, Opinión sobre el proyecto de revisión de la Constitución rumana, §57.

⁶⁷ CDL-AD(2010)004, Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial Parte I, § 35.

⁶⁸ CDL-AD(2013)034, Opinión sobre las propuestas de modificación del proyecto de ley sobre las enmiendas a la constitución para reforzar la independencia de los jueces de Ucrania, §52.

⁶⁹ CDL-AD(2018)028, Opinión sobre las disposiciones constitucionales y la separación de poderes y la independencia del poder judicial y de la aplicación de la ley de Malta, § 42.

⁷⁰ CDL-AD(2016)007, Rule of Law Checklist, página 20, puntos de referencia ii, iii y iv, §78; CDL-AD(2016)009, Opinión final sobre el proyecto revisado de enmiendas constitucionales sobre el poder judicial (15 de enero de 2016) de Albania, §34; CDL-AD(2014)006, Opinión conjunto de la Comisión de Venecia y la Dirección de Derechos Humanos (DHR) de la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho del Consejo de Europa, y de la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos de la OSCE (OSCE/ODIHR) sobre el proyecto de ley de responsabilidad disciplinaria de los jueces de la República de Moldavia, §12.

⁷¹ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, para. 67-68, 75-79.

-pero sólo funcional- (inmunidad judicial por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, con la excepción de los delitos intencionados, por ejemplo, la aceptación de sobornos)".⁷²

68. Lo anterior, en vista de que "[s]i bien se necesitan salvaguardias funcionales para garantizar la independencia judicial contra la influencia externa indebida, la inmunidad amplia no lo es"⁷³.

69. Además, cabe señalar que "[l]a inmunidad judicial no es un fin en sí mismo, sino que sirve a la independencia del juez, que debe poder decidir los casos sin temer la responsabilidad civil o penal por la adjudicación judicial realizada de buena fe."⁷⁴ "La justificación de la inmunidad procesal de los jueces -cuando existe- no puede ser la de proteger al juez de la persecución penal, sino únicamente de las falsas acusaciones que se formulan contra un juez con el fin de ejercer presión sobre él".⁷⁵

d. Organismo autónomo que realice la formación y selección de jueces

70. La Comisión de Venecia desea subrayar en primer lugar que, independientemente del tipo de organismo que lleve a cabo la formación y selección de las y los jueces, debe establecerse que "[l]as normas institucionales tienen que estar diseñadas de tal manera que garanticen la selección de jueces altamente cualificados y personalmente fiables."⁷⁶ Además, la regulación de la formación y selección de las y los jueces debe estar garantizada en la Constitución, al igual que los "principios básicos que aseguran la independencia del poder judicial."⁷⁷ Además, los estándares internacionales favorecen un sistema con "amplia despolitización del proceso."⁷⁸ Asimismo, "la autoridad que toma las decisiones sobre la selección y la carrera de los jueces debe ser independiente de los poderes ejecutivo y legislativo".⁷⁹ En consecuencia, "todas las decisiones relativas al nombramiento y la carrera profesional de los jueces deben basarse en el mérito, aplicando criterios objetivos en el marco de la ley."⁸⁰

71. La Comisión de Venecia considera que es un método adecuado para garantizar la independencia del poder judicial que un consejo judicial independiente tenga una influencia decisiva en las decisiones sobre el nombramiento y la carrera de las y los jueces.⁸¹

72. El Consejo de la Magistratura debe tener una composición pluralista, con una parte sustancial y al menos la mitad de sus miembros que sean jueces. Con la excepción de los miembros de oficio, estos jueces deben ser elegidos o designados por sus pares. Entre los miembros judiciales del Consejo Judicial debe haber una representación equilibrada de jueces de diferentes niveles y tribunales.⁸²

⁷² CDL-AD(2010)004-e. Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial Parte I: La Independencia de los Jueces, adoptado por la Comisión de Venecia en su 82ª Sesión Plenaria (Venecia, 12-13 de marzo de 2010). Par. 61.

⁷³ CDL-AD(2015)013-e. Opinión sobre el proyecto de enmiendas constitucionales sobre la inmunidad de los diputados y jueces de Ucrania, aprobado por la Comisión de Venecia en su 103ª sesión plenaria (Venecia, 19-20 de junio de 2015). Par. 25.

⁷⁴ CDL-AD(2013)008-e. Escrito de amicus curiae sobre la inmunidad de los jueces del Tribunal Constitucional de Moldavia, adoptado por la Comisión de Venecia en su 94ª sesión plenaria (Venecia, 8-9 de marzo de 2013). Par. 20.

⁷⁵ CDL-AD(2013)008-e. Escrito de amicus curiae sobre la inmunidad de los jueces para el Tribunal Constitucional de Moldavia, § 23.

⁷⁶ CDL-AD(2010)004-e. Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial Parte I: La Independencia de los Jueces, § 8.

⁷⁷ Ibidem, § 22.

⁷⁸ CDL-AD(2007)028-e. Nombramientos judiciales, § 3.

⁷⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación nº R (2010)12 de 17 de noviembre de 2010 sobre los jueces: independencia, eficacia y responsabilidades, p. 46 y 47; Comisión de Venecia, CDL-AD(2011)019, Opinión sobre el proyecto de ley sobre el consejo de selección de jueces de Kirguistán. § 11.

⁸⁰ CDL-AD(2010)004-e. Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial Parte I: La Independencia de los Jueces, § 27.

⁸¹ Ibidem, § 32.

⁸² CDL-AD(2012)024, Opinión sobre dos conjuntos de proyectos de enmiendas a las disposiciones constitucionales relativas al poder judicial de Montenegro, §23.

73. Para garantizar la legitimidad democrática del Consejo Judicial, los demás miembros deben ser elegidos por el Parlamento entre personas con la cualificación jurídica adecuada, teniendo en cuenta los posibles conflictos de intereses.⁸³ Además, "para aislar al Consejo Judicial de la política, sus miembros no deberían ser miembros activos del Parlamento".⁸⁴ Las elecciones del componente parlamentario deberían ser por mayoría cualificada de dos tercios, con un mecanismo contra posibles empates o por algún método proporcional que garantice que la oposición tenga influencia en la composición del Consejo.⁸⁵

74. La Comisión de Venecia, en relación con la composición de los Consejos Superiores de la Magistratura y de la Fiscalía, ha apoyado con firmeza las políticas encaminadas a garantizar la paridad de género en las instituciones públicas y ha expresado su opinión de que deben acogerse con satisfacción y que deben elogiarse todos los esfuerzos realizados en este sentido. Sin embargo, la Comisión también advirtió que una disposición legal inflexible que establezca una cuota según criterios étnicos y de género por encima de los de competencia profesional - teniendo en cuenta el tamaño y la población del país- puede socavar el funcionamiento eficaz del sistema.⁸⁶

e. Jurisdicción indígena

(véase la sección vii.a) más abajo)

f. La introducción de la perspectiva de género en la función jurisdiccional

75. Además de la independencia judicial, la imparcialidad es un principio constitucional crucial con respecto al ejercicio del poder judicial. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos consagran la imparcialidad como un requisito del derecho a un juicio justo.⁸⁷ De ello se desprende que el principio rector debe ser que cualquier requisito impuesto al poder judicial debe contribuir a la imparcialidad judicial y no restarla. En este sentido, la introducción de una "perspectiva de género" en la adjudicación es ciertamente una opción política y social legítima, y puede ser útil para garantizar los derechos humanos, siempre que se especifique adecuadamente para promover la imparcialidad, por ejemplo, para tener en cuenta las situaciones específicas que perjudican a las mujeres, con el objetivo de asegurar la imparcialidad evitando el sesgo hacia ellas en la adjudicación. En ningún caso esta perspectiva debe suponer una posición privilegiada o predeterminar el resultado de un caso.

76. La introducción de estas perspectivas puede hacerse con la intención de concienciar sobre las barreras y obstáculos que históricamente han limitado el acceso de las mujeres a la justicia en condiciones de igualdad. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la obligación de los Estados de garantizar una mayor protección en los casos que involucran a mujeres: "[e]n casos de violencia contra la mujer, las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención

⁸³ Ibidem, §29

⁸⁴ CDL-AD(2007)028-e. *Nombramientos judiciales - Informe adoptado por la Comisión de Venecia en su 70ª sesión plenaria (Venecia, 16-17 de marzo de 2007)*. Par. 32.

⁸⁵ Entre otros muchos: CDL-AD(2013)007, Opinión sobre el Proyecto de Enmiendas a la Ley Orgánica de Tribunales de Jurisdicción General de Georgia, §§52-53.

⁸⁶ CDL-AD(2014)008, Opinión sobre el proyecto de Ley del Alto Consejo Judicial y Fiscal de Bosnia y Herzegovina, §§32 y 35.

⁸⁷ Véase el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

obliga de manera específica a los Estados Parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer."⁸⁸

77. Cuando los Estados incorporan esta estrategia de análisis, deben hacerlo de tal manera que sirva como herramienta para identificar las desigualdades que pueden dar lugar a sesgos en los procesos judiciales, al servicio del fortalecimiento de la imparcialidad judicial, y no sacrificando la imparcialidad judicial a otros objetivos sociales.

g. El requisito de la paridad de género en la estructura judicial

78. Varios tratados internacionales exigen que se tomen medidas para promover la participación paritaria de las mujeres en las instituciones públicas, por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁸⁹ y la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín (1995).⁹⁰ Este objetivo legítimo e importante se aplica también a las instituciones judiciales.

79. Como se ha visto, la Comisión de Venecia, en relación con la composición de los Consejos Superiores de la Magistratura y de la Fiscalía, ha apoyado firmemente las políticas destinadas a garantizar el equilibrio de género en las instituciones públicas y ha expresado la opinión de que deben ser acogidas con satisfacción y que todos los esfuerzos en esta dirección deben ser elogiados.⁹¹ Sin embargo, la Comisión también advirtió de que "una disposición legal inflexible que establezca una cuota según criterios étnicos y de género por encima de los de competencia profesional -teniendo en cuenta el tamaño y la población del país- puede socavar el funcionamiento eficaz del sistema".⁹² El objetivo general es una administración de justicia más eficaz e imparcial.

vii. Si el principio de pluralismo jurídico (que implica una justicia indígena paralela) y la provisión de escaños reservados para los pueblos indígenas cumplen con las normas internacionales y cuáles serían sus ventajas y desventajas.

a) Pluralismo jurídico (justicia indígena)

80. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas proclama que los pueblos indígenas "tienen derecho al pleno disfrute, como colectivo o como individuo, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el derecho internacional de los derechos humanos", "son libres e iguales a todos los demás pueblos e individuos y tienen derecho a no sufrir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la basada en su origen o identidad indígena"; "tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural"; y "tienen derecho a mantener y fortalecer sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, conservando su derecho a participar plenamente, si así lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado".⁹³

⁸⁸ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. Par. 193. Más recientemente, ver también Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27. párr. 65; Corte IDH.

⁸⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. CEDAW/C/CHL/CO/7. Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile. 14 de marzo de 2018. Par. 15.a.

⁹⁰ Naciones Unidas. A/CONF.177/20/Rev.1. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4-15 de septiembre de 1995. Objetivo estratégico G.1. Par. 190.a.

⁹¹ CDL-AD(2014)008, Opinión sobre el proyecto de Ley del Alto Consejo Judicial y Fiscal de Bosnia y Herzegovina, § 35.

⁹² Ibidem.

⁹³ Artículos 1 - 5.

81. El artículo 2 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (Nº 169),⁹⁴ ratificado por Chile el 15 de septiembre de 2008, establece;

"1. Los gobiernos deberán tener la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para proteger los derechos de esos pueblos y garantizar el respeto de su integridad.

2. Dicha acción incluirá medidas para:

(a) garantizar que los miembros de estos pueblos se beneficien en pie de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional concede a los demás miembros de la población;

(b) promover la plena realización de los derechos sociales, económicos y culturales de estos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones;

(c) ayudar a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de manera compatible con sus aspiraciones y modos de vida.

El artículo 8 establece:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, deberán tenerse debidamente en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Estos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus propias costumbres e instituciones, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Deberán establecerse procedimientos, siempre que sea necesario, para resolver los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los apartados 1 y 2 del presente artículo no deberá impedir a los miembros de estos pueblos el ejercicio de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos ni la asunción de los deberes correspondientes.

El artículo 9 establece:

1. En la medida en que sea compatible con el ordenamiento jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos habitualmente practicados por los pueblos interesados para tratar los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales que se ocupen de estos casos deberán tener en cuenta las costumbres de estos pueblos en materia penal.

82. Por lo tanto, el Estado chileno debe establecer los mecanismos legales necesarios para proteger los derechos de los pueblos indígenas, incluso para garantizar la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la no discriminación. La Comisión de Venecia recuerda que "la participación de las minorías en la vida pública se basa principalmente en el reconocimiento formal del principio de igualdad".⁹⁵ Es relevante señalar que alrededor de 1.565.915 chilenas y chilenos se identifican como indígenas, lo que representa el 9% de la población.⁹⁶

83. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que "los pueblos indígenas pueden ejercer su derecho a la autonomía o al autogobierno a través de sus propias autoridades e instituciones, que pueden ser tradicionales, pero también de creación reciente",⁹⁷ y ha señalado que esto puede ser beneficioso ya que "[e]l respeto de los derechos a la

⁹⁴ Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas; Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 (nº 169).

⁹⁵ CDL-MIN(1998)001rev. *Informe de síntesis sobre la participación de los miembros de las minorías en la vida pública*. Pg. 2.

⁹⁶ IWGIA - Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas. *Pueblos indígenas en Chile*. Disponible en: <https://www.iwgia.org/en/chile.html> . 02/18/2022

⁹⁷ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. (Par. 150)

autonomía o autogobierno indígena permite a los Estados garantizar la estabilidad y la convivencia armónica y democrática de todos los habitantes de sus territorios".⁹⁸

84. Por lo tanto, la existencia del pluralismo jurídico y cultural, dentro del sistema de Estado regional, plurinacional e intercultural que actualmente se debate en el seno de la Convención Constituyente de la República de Chile, debe entenderse como una estrategia constitucional legítima destinada a garantizar el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas de ese país, no obstante la unidad e integridad del mismo. Existen precedentes de jurisdicciones indígenas en algunos otros sistemas constitucionales latinoamericanos (por ejemplo, Ecuador, Bolivia y, en cierta medida, Colombia⁹⁹), así como en Estados Unidos y Canadá.

85. La Constitución y el Estado deben respetar el derecho colectivo a la cultura y a la autodeterminación de los pueblos indígenas. A su vez, el sistema de justicia indígena debe respetar los derechos humanos reconocidos por el Estado chileno en su Constitución y en los tratados internacionales de los que es parte. En una opinión sobre Bolivia, la Comisión de Venecia consideró que, al prever un sistema indígena paralelo, es necesario que la Constitución contenga garantías de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, incluyendo en particular (i) el reconocimiento explícito de los principios de juicio justo e igualdad de acceso a la justicia como principios rectores en la aplicación de la jurisdicción indígena y (ii) la prohibición expresa de tratos crueles, inhumanos o degradantes.¹⁰⁰

86. El establecimiento de una jurisdicción especial indígena también debe cumplir con el principio del estado de derecho, que requiere cierto grado de unidad y coherencia entre la jurisdicción indígena y la estatal.

87. En conclusión, en opinión de la Comisión de Venecia, un sistema de justicia indígena debe tener un grado significativo de autonomía si quiere ser un medio para realizar la autodeterminación. Al mismo tiempo, debe haber un sistema cuidadoso y sustancial de coordinación entre el sistema de justicia indígena y el sistema de justicia ordinario. Cuando se opta constitucionalmente por mantener un sistema de justicia indígena autónomo y paralelo, la CIDH también ha indicado que "corresponde al Estado desplegar esfuerzos para que en la práctica exista una convivencia armónica entre el sistema de administración y justicia estatal, y el indígena"¹⁰¹ y, en esa medida, "[d]ebe promover la coordinación entre estos para evitar desencuentros en la resolución de conflictos y en la administración de proyectos y recursos económicos."¹⁰²

88. En opinión de la Comisión de Venecia, para el diseño constitucional del sistema de justicia indígena y la legislación conexas, se debe desarrollar una consulta libre, previa e informada para que las personas indígenas puedan participar de manera genuina y significativa y exponer sus pensamientos, necesidades y expectativas respecto a un nuevo sistema de justicia.

89. Para garantizar esta coordinación con éxito sin comprometer el Estado de Derecho, será necesario abordar un número importante de cuestiones cruciales y complejas. Por ejemplo: si la jurisdicción del sistema indígena es aplicable sólo a las disputas entre personas indígenas; si debe tener jurisdicción sólo sobre asuntos civiles o también sobre los penales; si, en el caso de

⁹⁸ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. (Par. 150 Véase también Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre cuestiones de los pueblos indígenas*, UNDG. HR/P/PT/16, p. 15 (donde se reconoce que "el derecho a la autodeterminación puede expresarse mediante el reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, la justicia interna y los sistemas de resolución de conflictos, así como las formas de organización sociopolítica").

⁹⁹ Cabe destacar que el porcentaje de la población total que se identifica como perteneciente a comunidades indígenas en Chile es mucho más cercano al de Colombia que al de Ecuador o Bolivia.

¹⁰⁰ CDL-AD(2011)038 al 50

¹⁰¹ CIDH. OEA/Ser.L/V/II. *Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales*. (§ 161)

¹⁰² *Ibidem*.

que tenga jurisdicción penal, la misma esté determinada por la identidad del imputado o de la víctima; si puede haber una opción de las partes para volver a la jurisdicción ordinaria; cuáles son los límites del derecho sustantivo indígena; cómo se resolverían las difíciles cuestiones de coordinación entre los tribunales indígenas y los ordinarios, etc. En definitiva, si la nueva Constitución chilena incluye el reconocimiento de un sistema de justicia indígena paralelo, todavía habrá que resolver muchas cosas para hacerlo viable y compatible con el Estado de Derecho en general.

90. Se propone que los representantes de los pueblos indígenas formen parte del nuevo Consejo Judicial propuesto. No está claro si esto implicará alguna competencia del Consejo sobre la justicia indígena. Este es un asunto que requerirá especial atención.

b) Escaños reservados para personas indígenas

91. En cuanto a la previsión en el sistema electoral de escaños reservados para las personas indígenas, el Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia establece que "De acuerdo con los principios del derecho internacional, la ley electoral debe garantizar la igualdad de las personas pertenecientes a minorías nacionales, lo que incluye la prohibición de cualquier discriminación contra ellas. En particular, debe permitirse a las minorías nacionales crear partidos políticos. La delimitación de las circunscripciones y las normas de quórum no deben ser tales que constituyan un obstáculo para la presencia de personas pertenecientes a minorías en el órgano elegido. Algunas medidas adoptadas para garantizar una representación mínima de las minorías, ya sea reservando escaños para ellas o estableciendo excepciones a las normas normales de distribución de escaños, por ejemplo, renunciando al quórum para los partidos de las minorías nacionales, no infringen el principio de igualdad. También se puede prever que las personas pertenecientes a minorías nacionales tengan derecho a votar tanto en las listas generales como en las de las minorías nacionales. Sin embargo, no se debe exigir a los candidatos ni a los electores que indiquen su afiliación a ninguna minoría nacional."¹⁰³

92. Considerando que las personas indígenas pertenecen a grupos históricamente discriminados y que sufren las consecuencias de las desigualdades sociales y estructurales, instituir diversas formas de acción afirmativa puede servir como mecanismo adecuado para hacerlos parte del proceso de toma de decisiones en los órganos políticos del Estado elegidos democráticamente. Por lo tanto, la Comisión de Venecia considera que contemplar, a nivel constitucional, la reserva de escaños en el parlamento para las personas indígenas es una medida consistente con la realización del principio de igualdad dentro del derecho a la participación política, en términos de los artículos 23.1.c y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 y 21.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 25.c y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

93. La concreción de la propuesta de reserva de escaños para los pueblos indígenas requeriría una considerable especificación adicional para que sea justa y funcional. Debe lograrse a partir de medidas que consideren el contexto histórico, político y cultural de Chile, así como a través de mecanismos de consulta previa, libre e informada. Esto puede hacerse a través de partidos políticos, candidaturas independientes, así como candidaturas determinadas por sus autoridades tradicionales. También será necesario especificar cómo estos escaños reservados equilibrarán y atenderán adecuadamente las necesidades de las múltiples y diferentes comunidades indígenas de Chile, de muy diverso tamaño, algunas de ellas muy dispersas por todo el país y otras más concentradas geográficamente en determinadas regiones.

¹⁰³ CDL-AD(2002)023rev2, Código de buenas prácticas en materia electoral, I.2.4.; véase también CDL-AD(2005)009, Report On Electoral Rules And Affirmative Action For National Minorities' Participation In Decision-Making Process In European Countries, §§ 67-68.

viii. Si la posible retirada de los acuerdos internacionales de libre comercio y sus efectos sobre los derechos adquiridos en virtud de los mismos (en particular el derecho a la propiedad) se ajusta a las normas internacionales.

94. Los tratados de libre comercio son una consecuencia de las políticas económicas y sociales particulares que un Estado puede preferir en un momento dado. Su celebración, así como la retirada de los mismos, corresponde a la decisión soberana de cada Estado.

95. Sin embargo, "el principio *pacta sunt servanda* (los acuerdos deben cumplirse) es la forma en que el derecho internacional expresa el principio de legalidad. No se ocupa de la forma en que el derecho internacional consuetudinario o convencional se aplica en el ordenamiento jurídico interno, pero un Estado "no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado" o del respeto del derecho internacional consuetudinario... El principio del Estado de Derecho no impone una elección entre monismo y dualismo, sino que *pacta sunt servanda* se aplica independientemente del enfoque nacional de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno..."¹⁰⁴

96. Además, es necesario considerar los posibles límites que impone la Constitución vigente al nuevo texto aprobado por la Convención. El artículo 135 de la actual Constitución establece que el nuevo texto debe preservar la forma republicana de gobierno y el régimen democrático de Chile, así como garantizar el cumplimiento de las sentencias judiciales firmes, y lo mismo con los "tratados internacionales ratificados". Una observación importante en este punto es que el artículo 135 se refiere a todos los tratados internacionales ratificados y actualmente en vigor, y no se limita sólo, por ejemplo, a los tratados de derechos humanos o a los tratados relativos a la pertenencia a organizaciones internacionales. Ambos puntos sugieren que los tratados de libre comercio deben incluirse entre las obligaciones jurídicas internacionales que la nueva Constitución debe respetar, y que la denuncia o la retirada de dichos tratados debe llevarse a cabo únicamente dentro de las normas jurídicas y los procedimientos del derecho internacional público; la nueva Constitución no puede derogar esas obligaciones de los tratados simplemente mediante una norma constitucional automática o mediante una nueva norma de derecho municipal. Por supuesto, la nueva Constitución puede prever los mecanismos por los que los futuros gobiernos chilenos puedan, de manera coherente con el derecho internacional público de los tratados, retirarse de los acuerdos de libre comercio existentes, y puedan imponer limitaciones sustantivas o de procedimiento a la celebración de nuevos tratados de libre comercio u otros tratados.

ix. Si la reformulación de la disposición constitucional sobre el derecho de propiedad en términos más restrictivos que la disposición constitucional actual iría en contra de las normas internacionales.

¿Considera que la idea de no abolición de los derechos fundamentales incluye el principio de no regresión de los derechos y libertades?

¿Qué criterios y normas deben seguirse en caso de que se decida reconocer un derecho o libertad de forma diferente a como se reconocía en el anterior texto constitucional?

97. Las constituciones modernas suelen contener amplios catálogos de derechos fundamentales. Estas disposiciones suelen estar abiertas a la modificación, mientras que en algunos países ciertos derechos se consideran tan fundamentales (como el derecho a la dignidad humana en Alemania o la dignidad y la igualdad en Sudáfrica) que la constitución establece que su esencia no está abierta a la modificación.

98. Los tratados internacionales de derechos humanos pretenden establecer normas mínimas. Los Estados están autorizados, e incluso se les anima, a establecer derechos más amplios en

¹⁰⁴ CDL-AD(2016)007rev en 47-48

sus constituciones, siempre que éstos no violen las normas internacionales mínimas. Los Estados también tienen derecho, dentro del margen de apreciación que se les permite, a lograr un equilibrio entre los diferentes derechos que compiten entre sí y que mejor se adaptan a sus tradiciones constitucionales y a su cultura. Los tratados internacionales, que son un sistema subsidiario de protección de los derechos fundamentales, no deben congelarse necesariamente en el sistema primario de protección de los derechos.

99. Si bien es cierto que, por lo general, se han introducido nuevos derechos y se ha ampliado el alcance de la protección de los ya existentes, puede haber peticiones para ajustar o limitar, o incluso reducir, el alcance legal de algunos derechos constitucionales; bien porque deben equilibrarse con otros derechos en conflicto, bien porque en algunos casos se ha juzgado que van demasiado lejos, restringiendo así indebidamente los poderes democráticos legítimos del parlamento y del gobierno para legislar en favor del bien común. La modificación constitucional de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales puede servir para ampliar o restringir el alcance de la protección otorgada al individuo, en ambos casos sujetos a un debate y un desacuerdo razonables en una sociedad democrática.

100. La necesidad de modificar el lenguaje constitucional sobre los derechos fundamentales para tener en cuenta la evolución de la sociedad a lo largo del tiempo depende en gran medida del nivel de detalle de las disposiciones constitucionales y del papel interpretativo de los tribunales nacionales.¹⁰⁵ Por ejemplo, si las disposiciones están formuladas en términos muy amplios y generales, podría ser necesario introducir las restricciones necesarias mediante una enmienda constitucional si los tribunales nacionales las interpretan de forma amplia. Las disposiciones constitucionales muy detalladas (que fijan, por ejemplo, los plazos de detención preventiva o de inculpación) pueden requerir inevitablemente modificaciones tanto para disminuir como para aumentar el nivel de protección, cuando las especificaciones del derecho en el texto ya no se corresponden con las necesidades de la sociedad. Por estas razones, la experiencia de la Comisión de Venecia demuestra que la inclusión de más derechos, y más detallados, en una constitución no se correlaciona necesariamente con niveles más altos o bajos de protección de los derechos humanos en una sociedad. Pero es más probable que un mayor número de derechos y unas especificaciones más detalladas de los mismos requieran un ajuste a lo largo del tiempo, ya sea mediante una enmienda constitucional o un control judicial más activo del catálogo de derechos constitucionales.

101. Hay que subrayar que para los individuos de cualquier comunidad política y constitucional, un debate continuo sobre los derechos fundamentales del individuo también garantiza que estos derechos no se den por sentados. Los debates sobre cuestiones de derechos fundamentales tienen "importancia para animar a las personas a reconocerse a sí mismas y a las demás como portadoras de derechos, como miembros iguales de una comunidad de derechos humanos que sólo seguirá existiendo mientras los propios portadores ejerzan sus derechos".¹⁰⁶ Al mismo tiempo, hay que subrayar que un debate democrático continuo sobre el contenido y las implicaciones de los derechos fundamentales no contradice en absoluto su consagración en la Constitución o en los instrumentos internacionales. A este respecto, también hay que tener en cuenta que, al menos en los países en los que las disposiciones constitucionales sobre los derechos fundamentales no son muy detalladas, la regulación y especificación de los derechos fundamentales se deja en cierta medida en manos del legislador ordinario u orgánico. Por lo tanto, los debates sobre estas cuestiones se traducirán más a menudo en cambios legislativos que en modificaciones constitucionales. Las disposiciones constitucionales y convencionales pueden ser objeto de reinterpretación y especificación, y aquí el debate democrático desempeña un papel importante, incluso cuando la decisión en el caso concreto suele estar en manos de un tribunal constitucional o de un órgano de control constitucional correspondiente.¹⁰⁷

¹⁰⁵ CDL-AD(2010)001, Informe sobre la enmienda constitucional, § 159 y siguientes.

¹⁰⁶ *Ibidem*, § 149.

¹⁰⁷ *Ibidem*, §§ 146 ss.

102. Por lo que respecta a las cláusulas generales de la constitución que prohíben cualquier modificación que restrinja los derechos humanos y las libertades, la Comisión de Venecia considera que no deberían tener un efecto disuasorio sobre la introducción de nuevas disposiciones que respondan a la evolución de la sociedad, sabiendo que el alcance de la protección de los derechos humanos que compiten entre sí, a menudo, se entremezcla y depende de un equilibrio de reivindicaciones opuestas. Este riesgo es mayor cuando las disposiciones constitucionales son muy detalladas.¹⁰⁸

103. En opinión de la Comisión, el legislador constituyente de Chile puede introducir cambios en la formulación de las disposiciones de derechos humanos a nivel constitucional siempre que dichos cambios no vayan en contra del derecho internacional consuetudinario y de los tratados internacionales ratificados. Estas disposiciones deben expresarse de manera que no impidan su desarrollo en el tiempo.

104. En lo que respecta específicamente al derecho a la propiedad, este resulta protegido por el artículo 21¹⁰⁹ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 17¹¹⁰ de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El derecho a la propiedad no es un derecho absoluto, y podría estar sujeto a restricciones; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que el artículo 21 de la Convención Americana establece que la "ley puede subordinar [el] uso y goce [de la propiedad] al interés de la sociedad". Así, la Corte ha sostenido que, de acuerdo con el artículo 21 de la Convención, un Estado puede restringir el uso y goce del derecho de propiedad siempre que las restricciones sean: a) previamente establecidas por ley; b) necesarias; c) proporcionales, y d) con el fin de alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática.¹¹¹ Existen condiciones similares en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la Comisión de Venecia ha recordado que el "derecho de propiedad puede estar sujeto a ciertas limitaciones en interés público y en las condiciones previstas por la ley."¹¹²

105. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que "en los casos de expropiación, el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional."¹¹³ En cuanto a la forma en que debe calcularse la indemnización, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado que "corresponde a los Estados establecer las normas para determinar el pago de una indemnización en el derecho interno por una expropiación, de conformidad con sus normas y prácticas, siempre que éstas sean razonables y acordes con [sic] los derechos reconocidos en la Convención."¹¹⁴ Debe garantizarse una indemnización justa, "que deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre

¹⁰⁸ CDL-AD(2005)003, Opinión conjunta sobre una propuesta de ley constitucional de cambios y enmiendas a la Constitución de Georgia

¹⁰⁹ Artículo 21. Derecho a la propiedad

1. Toda persona tiene derecho al uso y disfrute de su propiedad. La ley puede subordinar dicho uso y disfrute al interés de la sociedad.

2. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino mediante el pago de una justa indemnización, por razones de utilidad pública o interés social, y en los casos y según las formas que establezca la ley.

3. La ley prohibirá la usura y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre.

¹¹⁰ Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, tanto en solitario como en asociación con otros.

2. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su propiedad.

¹¹¹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 Serie C No. 172*. Par. 127.

¹¹² CDL-AD(2021)011. *Georgia - Opinión conjunta de la Comisión de Venecia y la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho (DGI) del Consejo de Europa sobre las recientes enmiendas a la Ley de comunicaciones electrónicas y la Ley de radiodifusión, adoptado por la Comisión de Venecia en su 126ª sesión plenaria (en línea, 19-20 de marzo de 2021)*. Par. 22.

¹¹³ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222*. Par. 60.

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2011 Serie C No. 222*. Par. 61.

el interés general y el interés del propietario"¹¹⁵. Asimismo, debe ser "pronta, adecuada y efectiva".¹¹⁶ La Convención Constitucional de Chile deberá velar por que estos requisitos mínimos se respeten en los nuevos textos sobre derechos de propiedad.

106. En conclusión, al diseñar las nuevas disposiciones constitucionales relativas a la protección del derecho de propiedad y posiblemente de otros derechos fundamentales, la Convención Constitucional debería tener en cuenta sus obligaciones internacionales. Esto es válido no sólo para el derecho de propiedad. Durante su visita a Chile, la delegación de la Comisión recibió una serie de expresiones de preocupación sobre las propuestas avanzadas en la Convención para restringir el alcance de varios derechos humanos - por ejemplo, la libertad de expresión,¹¹⁷ la libertad de religión y creencia, y la libertad de educación - de manera que serían incompatibles con las obligaciones de Chile en los tratados internacionales. Por las razones expuestas al principio de esta opinión, la Comisión considera prematuro comentar los detalles de estas propuestas, ya que aún se encuentran en fase de revisión y en un proceso que las somete a frecuentes cambios. Sin embargo, el principio general aplicable sigue siendo constante: el nivel de protección de cualquier derecho constitucionalmente protegido no puede ser inferior a la garantía internacional. La necesidad de que el legislador y, en última instancia, los tribunales lleven a cabo una ponderación de los derechos concurrentes en virtud de los requisitos generales de necesidad y proporcionalidad debe ser tenida en cuenta también por el legislador constituyente, teniendo en cuenta lo que se ha dicho anteriormente: las autoridades políticas deben tener, en general, el poder de tomar sus propias decisiones de políticas económicas, sociales, fiscales, familiares, educativas, etc. a través de simples mayorías, para que las elecciones no pierdan su sentido.

x. Si la opción binaria que se ofrecerá en el referéndum constitucional es compatible con la necesidad de lograr amplios acuerdos y consensos y si debiese haber opciones adicionales ofrecidas a los votantes.

107. Las opciones del plebiscito de la Convención Constituyente son binarias: concretamente, 1) si se aprueba una nueva Constitución o 2) si se rechaza la nueva Constitución y se mantiene la actual. Esto está en consonancia con el artículo 142 de la Constitución chilena.

108. Desde el punto de vista de las Directrices revisadas sobre referendos (CDL-AD(2020)031), III,5, se prefiere una pregunta binaria. Sin embargo, no se excluye una votación "sobre dos o más alternativas (referéndum de varias opciones)", cuando "pueden proponerse dos o más alternativas". En este caso, "debería ser posible votar por el *statu quo*".

109. La Comisión de Venecia observa que las normas sobre el plebiscito son actualmente claras y se han dado a conocer a la ciudadanía y a los actores políticos. Por lo tanto, cambiar estas normas supondría el riesgo de violar el principio de seguridad jurídica.

"La seguridad jurídica tiene varias funciones: ayuda a garantizar la paz y el orden en una sociedad y contribuye a la eficacia jurídica al permitir que los individuos tengan un conocimiento suficiente de la ley para poder cumplirla. También proporciona al individuo un medio que le permite medir si ha habido arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008 Serie C No. 179*. Par. 96.

¹¹⁶ Corte IDH, *Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008 Serie C No. 179*. Par. 96.

¹¹⁷ En particular, véase el artículo 23 del Reglamento de Ética de la Convención Constitucional, que establece: "Negacionismo. Se entenderá por negacionismo toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, disculpe o enaltezca los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto de la convulsión social de octubre de 2019 y posteriores.

También se entenderá por negacionismo toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice las atrocidades y el genocidio cultural del que han sido víctimas los pueblos originarios y los pueblos tribales afrodescendientes a lo largo de la historia, durante la colonización europea y desde la constitución del Estado de Chile."

Ayuda a los individuos a organizar sus vidas permitiéndoles hacer planes a largo plazo y formular expectativas legítimas".¹¹⁸

110. Si se considerara necesario realizar ajustes en las preguntas que se someterán a referéndum, deberían hacerse a través de enmiendas constitucionales, y deberían debatirse debida y oportunamente con todas las partes interesadas. En esta fase tan tardía del proceso de elaboración de la Constitución, parece poco probable que un cambio de reglas de este tipo pueda evitar que se alteren las expectativas y la estabilidad. Al mismo tiempo, la Comisión reconoce que casi todas las personas con las que ha consultado, en un amplio espectro político chileno, reconocen que debe haber algún tipo de cambio constitucional serio en Chile, basado en el más amplio consenso posible entre el pueblo chileno. Sin embargo, la Comisión de Venecia opina que, si se ofrece la posibilidad de una tercera opción, debería ser a través de los compromisos políticos de los actores políticos relevantes para llevar a cabo una verdadera reforma después del plebiscito, en lugar de cambiar los términos del proceso de revisión formal en esta etapa.

V. Conclusión:

111. El Senado de Chile ha pedido a la Comisión de Venecia que responda a una serie de preguntas relacionadas con el proceso de elaboración y el contenido de la nueva Constitución de Chile. Estas preguntas se han ido actualizando y ampliando a medida que avanzaban los trabajos de la Convención Constituyente de Chile. En el momento de la elaboración de esta opinión, todavía no existe un texto finalizado o consolidado de la nueva Constitución de Chile. En estas circunstancias, las respuestas de la Comisión a las preguntas del Senado no pueden sino ser más bien abstractas y generales. No obstante, la Comisión pretende aportar una contribución concreta al éxito de los trabajos de la Convención Constitucional de Chile, proporcionando información sobre las normas internacionales y sobre la experiencia comparada de otras democracias modernas, con el fin de ayudar a la Convención Constitucional a tomar sus decisiones de la manera más informada. La Comisión de Venecia está convencida de que, en el breve plazo de que dispone la Convención Constitucional para finalizar sus trabajos, puede beneficiarse en gran medida de la larga y variada experiencia de la Comisión de Venecia en el ámbito de la elaboración de constituciones y, a través de la Comisión, de la experiencia de diversos Estados que han llevado a cabo procesos similares de redacción de constituciones y se han enfrentado a opciones institucionales comparables.

112. La Comisión de Venecia queda a disposición de las autoridades de Chile para prestar más ayuda en este asunto.

¹¹⁸ CDL-AD(2012)014-e. *Opinión sobre la seguridad jurídica y la independencia del poder judicial en Bosnia y Herzegovina adoptado por la Comisión de Venecia en su 91ª sesión plenaria (Venecia, 15-16 de junio de 2012)*. Par. 24.