



Decálogo Constitucional



S O F O F A[®]

II. Decálogo Constitucional

El momento constitucional que enfrenta el país se da en un escenario complejo. A los acontecimientos de octubre de 2019, catalizadores del proceso constitucional, se suma la crisis sanitaria y económica producida por el Covid-19. Ambas coyunturas nos dan luces respecto a los anhelos y deseos de la población, pero también han dejado al descubierto las grietas existentes en nuestro pacto social, el creciente deterioro del Estado de Derecho, de la fortaleza y legitimidad de las instituciones y la degradación del diálogo y la búsqueda de acuerdos en la esfera de lo público. La estridencia y la polarización se han abierto paso y pugna por instalarse. En un contexto así, el proceso constitucional no está exento de riesgos.

Sin embargo, así como el desafío de recuperación económica presenta riesgos y oportunidades, el proceso constitucional también muestra ambas caras de la moneda. En efecto, el proceso constitucional representa una oportunidad para que, manteniendo aquellas instituciones que han favorecido el progreso del país y de las personas, de paso a la modernización de aquellas que han perdido eficacia, eficiencia y legitimidad.

Para que los riesgos se acoten y las oportunidades se desplieguen, es fundamental la activación de la academia y de la sociedad civil organizada, la que, por supuesto, incluye al mundo empresarial a través de sus instituciones representativas. Porque, en efecto, la diferencia entre los países que alcanzaron el desarrollo y aquellos que quedaron en el camino, está en una sociedad civil organizada fuerte y activa en la esfera de lo público, que sirve de contrapeso a las instituciones del Estado y de la política, lo que su vez redundará en que éstas se desafían a evolucionar para aumentar su eficacia, fortaleza y legitimidad. Esta reflexión es especialmente pertinente cuando tantas veces en nuestro país -desde la sociedad civil, desde la empresa y desde la academia- se traspasa toda la responsabilidad del estado actual de las cosas a la política, y peor aún, se le endosa el encontrar las soluciones.

Inspirados por esta reflexión, desde SOFOFA presentamos este decálogo constitucional que busca abordar aquellas temáticas relevantes para la discusión, con énfasis en que la iniciativa privada y el emprendimiento sigan siendo pilares fundamentales en nuestra sociedad y su proyecto de desarrollo, así como en las condiciones habilitantes vinculadas con el marco institucional y regulatorio del país.

A pesar de que no existe un camino único, la evidencia demuestra, una y otra vez, que el derecho de propiedad, la responsabilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica que se encuentran presentes en el diseño institucional de los últimos 30 años, son principios que no pierden vigencia y relevancia en el contexto de cambios que vivimos. Por ello, este decálogo acentúa, entre otras cosas, la idea de mantener la autonomía del Banco Central y la exclusividad de la iniciativa presidencial sobre ciertas materias de ley. En esta misma línea, se releva la importancia de entregar certeza jurídica sobre los bienes y la propiedad, pues es una garantía de un progreso sustentable en el tiempo y condición fundante del resto todas nuestras libertades.

En la medida en que las sociedades se complejizan, aparecen nuevos temas en la agenda pública que deben ser resueltos por la autoridad. De esta manera, la discusión constitucional deberá hacerse cargo de la creciente demanda por el reconocimiento de mayores derechos sociales, económicos y culturales que se ha gestado en el país. En este marco, el llamado es a la cautela, pues la relación entre elevar estos temas a rango constitucional y la satisfacción de las demandas no es evidente, siendo más lógico dejar estas materias supeditadas al campo de acción de la política pública, sin obviar el valioso aporte que pueden realizar los privados o la sociedad civil en la provisión de dichos bienes públicos.

Las sociedades modernas requieren de Estados más complejos, por lo que es muy probable que la discusión sobre la modernización del Estado abarque gran parte de la discusión constitucional. Este decálogo presenta algunas directrices en esa dirección sosteniendo que se deben incorporar a la Constitución, entre otras materias, el derecho a la buena administración pública y modelos de gobernanza que aislen a ciertas instituciones del estado de los vaivenes de la política electoral. Además, se abre una oportunidad para avanzar en una modernización del proceso legislativo, garantizando la adecuada participación de los stakeholders en el debate prelegislativo, una mayor consideración de la evidencia y el análisis técnico, así como mecanismos de evaluación de las políticas públicas una vez implementadas.

En línea con lo anterior, el país enfrenta nuevos desafíos propios de las sociedades del siglo XXI. De esta forma, las discusiones sobre cómo lograr un desarrollo sostenible o el rol que tienen las comunidades, los pueblos originarios y los territorios en la definición de sus políticas y destino también serán relevantes, no solo durante la discusión constitucional, sino que con consecuencias duraderas para el sector privado, pues la empresa se encuentra inserta en un ecosistema que incluye al medio ambiente y sus comunidades.

En suma, este documento busca contribuir al debate constitucional, teniendo como norte el aporte del mundo empresarial, entregando directrices que permitan mayor prosperidad y avanzar hacia el anhelado desarrollo de nuestro país.

A continuación se presenta el desarrollo de cada uno de los diez pilares del Decálogo Constitucional.

1. Preservar la libertad de emprendimiento y asociación, fortaleciendo el principio de no discriminación entre Estado empresario y emprendimiento privado.

Uno de los presupuestos fundamentales de toda sociedad es el derecho de las personas a desplegar al máximo su creatividad, emprendimiento y capacidad de innovación. Por ello, la nueva constitución debe asegurar el derecho a emprender: toda persona debe tener la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquier actividad por diversa que sea, garantizando, por consiguiente, la realización de labores productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes y servicios, así como también la libertad de emprender en el ámbito de las artes, ciencia, cultura, innovación y tecnología.

Por ello, la nueva constitución debiera también **garantizar la libre asociación de las personas en todo tipo de cuerpos intermedios**, pilar clave sobre el cual se erige una sociedad civil democrática y libre, activa y vivificante, respetando todas las visiones de quienes la componen cuando éstas se den dentro de los marcos legales. Es a través de estos cuerpos intermedios que nuestra sociedad se estructura, organiza y manifiesta, siendo piezas claves dentro de ese gran andamiaje, permitiendo a las personas alcanzar objetivos que, por sí solos, no lograrían, fortaleciendo además el sentido de pertenencia a una comunidad. El Estado debe reconocerlos y ampararlos, garantizándoles autonomía para el cumplimiento de los fines específicos para los que cada uno fue constituido. Esta es esencial para que las personas puedan asociarse y agruparse de forma libre y según sus propios intereses, respetando así la diversidad que existe entre nosotros, reconocimiento y protección que no debe entenderse como contraria a la acción regulatoria del Estado en la búsqueda del bien común, sino como que es justamente en estas diferencias donde reside la verdadera riqueza de una sociedad.

Por otra parte, cuando el emprendimiento es realizado por el Estado, es importante que la nueva constitución garantice que éste la desarrolle en igualdad de condiciones, es decir, sin valerse de su condición de regulador que le confiere, a la vez, la posibilidad de establecer las reglas bajo las cuales se despliega el emprendimiento, y llevar adelante cualquier actividad bajo las reglas establecidas por sí mismo. Es esencial entonces **establecer un principio accionable de no discriminación contra los privados que impida al Estado valerse de sus privilegios regulatorios**. Exigencia de igualdad ante la ley o no discriminación que no debiera ser aplicable sólo el Estado empresario, sino que a todo el aparato estatal en el trato que brinde a la actividad empresarial –sea privada o estatal- en materia económica, pues la nueva constitución debe resguardar que no puedan adoptarse decisiones (legislativas, administrativas o de cualquier naturaleza) que importen discriminar entre sus destinatarios.

Finalmente, la nueva constitución debiera también **consagrar una directriz de excelencia técnica y de diseño de gobierno corporativo, transparencia y rendición de cuentas** para los órganos directivos de las empresas estatales, compatible con la regla anterior de igualdad de condiciones y aplicación de la legislación común.

2. Consagración del derecho de propiedad privada con estatuto de expropiación y principio de proporcionalidad de la limitación regulatoria justificada en su fin social.

La propiedad es un derecho fundamental consagrado en tratados internacionales de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en la historia constitucional chilena desde 1833. En efecto, la propiedad es una de las bases esenciales de la democracia constitucional, del funcionamiento eficiente de los mercados y del sistema jurídico de los contratos por su condición *sinequanon* para poder llevar a cabo cualquier proceso de desarrollo y crecimiento en un país.

El estatuto constitucional de la propiedad es, entonces, un elemento esencial que entrega certeza jurídica y provee reglas claras a quienes deciden emprender actividades económicas basadas en la agregación de valor, garantizando fuentes de trabajo y progreso sustentable.

Las constituciones de los países que admiramos contienen (i) una regla de reconocimiento y protección; (ii) una cláusula de limitación cuya concreción compete exclusivamente al legislador sobre la base de justificaciones de interés general que se explicitan en su texto, y, (iii) una regla de expropiación en virtud de una ley, previa compensación a valor de mercado y al contado, por el daño patrimonial efectivamente causado. **La nueva Constitución, entonces, debe mantener este núcleo normativo relacionado con la propiedad privada y agregar un principio de proporcionalidad y de no discriminación en la regulación amparada en su función social** a fin de proteger que las limitaciones y obligaciones que imponga la ley no devengan expropiatorias, garantizando que toda limitación regulatoria sea compatible con la naturaleza y función de este derecho. Además, se requiere establecer un **sistema de compensaciones ante limitaciones regulatorias de tal magnitud que desnaturalicen la esencia del derecho** y que, en definitiva, tienen el mismo efecto económico que una expropiación, con la finalidad que restricciones al dominio tendientes a satisfacer el interés de la colectividad no hagan recaer toda la carga sólo en el propietario.

Ahora bien, en particular respecto de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, **la nueva constitución debe consagrar el principio de que el agua es un bien nacional de uso público** cuyo uso se realizará conforme a la ley, asegurando en forma preferente el consumo humano y la protección de los ecosistemas de las cuencas del territorio nacional, **manteniendo la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento que entreguen seguridad jurídica** para la realización de actividades productivas fundamentales para la economía del país y el bienestar de su población como los son la agricultura, la minería y la generación de energía eléctrica, entre otras.

3. Definición de un marco constitucional en materia económica: regla de responsabilidad fiscal, iniciativa exclusiva de gasto y autonomía del Banco Central de Chile.

La economía, pilar fundamental más no único ni suficiente, para alcanzar el desarrollo integral, requiere de ciertas instituciones y reglas básicas que son requisitos indispensables para dotar a nuestro sistema económico de certeza y credibilidad ante el mundo, los inversionistas y los propios ciudadanos. Entre ellas se encuentran la de endeudamiento público y responsabilidad fiscal, de la cual depende la disciplina fiscal, que a su vez es una condición esencial para una adecuada gestión macroeconómica, y la autonomía del Banco Central, para que ejerza con independencia su función exclusiva de control de la inflación.

La nueva constitución debiera **mantener** entonces una **habilitación legal específica para el endeudamiento público** y **agregar una regla de responsabilidad fiscal** con un mandato al legislador para su determinación en función de variables macroeconómicas establecidas por el Consejo Fiscal Autónomo, y en algunos casos de decisiones de endeudamiento y de gasto fiscal, debiera contemplar exigencias de quórum calificado.

Conjuntamente, es necesario también **continuar con la tradición constitucional que data de 1925 y que ha radicado en el Presidente de la República la iniciativa exclusiva legislativa en materia de gasto público**, pues no sólo permite mantener la disciplina fiscal y promover la prosperidad económica, sino también otras materias igualmente

sensibles al gasto público como la alteración de la organización administrativa del país, la seguridad social, la negociación colectiva, las remuneraciones en el sector público y la fijación de la remuneración mínima en el sector privado.

En el mismo sentido, es fundamental **mantener las atribuciones del ejecutivo y las limitaciones que tiene el legislativo de sólo aprobar o reducir gastos en la ley de presupuesto y entregar facultades acotadas para que los parlamentarios puedan modificar la distribución del presupuesto, sin afectar el nivel agregado de gasto**. Asimismo, la nueva constitución debe asegurar, además, un debido proceso legislativo que habilite una mayor calidad técnica del Congreso como contraparte del Ejecutivo en la discusión de la ley de presupuesto.

Por otro lado, considerando que el Banco Central de Chile ha jugado un rol trascendental en el desarrollo económico del país, ejerciendo de manera autónoma su responsabilidad en el manejo de la política monetaria para el control de la inflación, velando además por el normal funcionamiento del sistema de pagos (internos y externos) que le ha permitido mantener un sistema financiero robusto y estable durante las últimas décadas, es imprescindible que la nueva **constitución fortalezca su autonomía y conserve ambos objetivos, pues son elementos centrales de la solidez y del buen manejo macroeconómico del país**, siendo solo alcanzables por un órgano independiente del gobierno central y de los demás poderes de Estado. En efecto, modificar los actuales mecanismos de rendición de cuentas (*accountability*) del Banco Central exponiendo, por ejemplo, a sus consejeros a mecanismos de destitución que dependan del gobierno de turno o de los legisladores, implica diezmar su autonomía afectando cuestiones esenciales de su funcionamiento. Asimismo, ampliar sus objetivos hacia metas de crecimiento económico y empleo conlleva también afectar el cumplimiento de su mandato principal de mantener la estabilidad de la inflación y del sistema financiero, garantizando el normal funcionamiento de los pagos internos y externos, para ejercer su mandato y funciones con estándares técnicos e independencia del ciclo y/u objetivos político-electorales.

4. Sostenibilidad

El concepto de la sostenibilidad debe integrar de una forma sinérgica el medio ambiente, las comunidades y las actividades económicas que se desarrollan en el territorio. En relación la dimensión humana de la sostenibilidad, en particular de las comunidades que viven en nuestro territorio, es innegable que la cuestión de los pueblos originarios será un debate relevante en el proceso constitucional. Más que abordar el tema en toda su magnitud, es necesario establecer un **reconocimiento constitucional a los pueblos originarios, su cultura y su historia**. Adicionalmente, la nueva constitución, debe habilitar la **modernización, fortalecimiento y autonomía de la institucionalidad para que cumpla su rol con eficacia, eficiencia y visión de largo plazo**.

Por su parte, en la dimensión medio ambiental, la actual Constitución consagra en el artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, precisando que es deber del Estado velar por que ese derecho no sea afectado. Nuestro país ha asumido diversos compromisos internacionales para robustecer su institucionalidad y adecuar las actividades productivas a mejores estándares ambientales, lo que ha trasuntado en la creación del Ministerio del Medio Ambiente, la Superintendencia y el Servicio de Evaluación Ambiental, entre otros. Con todo, después de la firma del Acuerdo de París (2017), se observa una tendencia a fijar un mayor compromiso ambiental, ahora a nivel constitucional.

El proceso constituyente ofrece entonces la oportunidad de ahondar en nuestros compromisos medioambientales, **incorporando, por ejemplo, el deber del Estado de proteger el medio ambiente en el capítulo primero sobre las bases de la institucionalidad**, a fin de reforzar la importancia de vivir en un medio ambiente libre de contaminación para el adecuado despliegue de distintos proyectos de vida. **Este punto de partida debiera complementarse**, en el mismo capítulo, **con un principio rector de sostenibilidad** que acompañe a los pilares económico, ambiental y social de desarrollo, para dotar a la acción del Estado de una perspectiva de solidaridad intergeneracional que

se ocupe de las condiciones de vida de las futuras generaciones. Asimismo, podemos también **avanzar en los deberes de las personas**, de manera que no solo el Estado sea responsable de la protección del medio ambiente, y **del aparato estatal en orden a considerar los avances de la ciencia y tecnología en el diseño de las políticas públicas con foco en la protección del medio ambiente**, permitiendo mejorar la transparencia y los mecanismos de participación ciudadana.

Respecto a la garantía constitucional, la nueva constitución no debe innovar en el concepto de “*medio ambiente libre de contaminación*” en atención a que su actual consagración otorga coherencia a los instrumentos de gestión ambiental vigentes, como normas de calidad y emisión. Modificarlo a calificativos como “sano” o “saludable” no sólo incorpora un amplio campo de subjetividad, abriendo consecuentemente un camino a la conflictividad y al activismo judicial, sino que además elimina la noción de riesgo inherente a la definición de toda norma ambiental transformando su existencia a una condición binaria en la que el medio ambiente sólo puede sano o saludable o no, dependiendo de quién realiza dicha apreciación. Algunas de las consecuencias de esta incorporación de subjetividad normativa las hemos observado con la aplicación del **recurso de protección** en materia ambiental, pues su uso ha devenido en una efectiva estrategia de litigación ambiental con la finalidad de paralizar proyectos de inversión de gran envergadura. Por ello, **esta acción requiere ser precisada en cuanto a la legitimación activa**, de manera que se vincule exclusivamente a su fin original y se diferencie de la competencia de los Tribunales Ambientales.

Finalmente, igualmente complejo es la incorporación de un derecho a la naturaleza, puesto que le confiere a ésta titularidad de derechos que pueden ser ejercidos discrecionalmente por terceros, siendo entonces **fundamental que la protección ambiental se mantenga en el ámbito de los derechos de las personas**, lo cual no es óbice para que el Estado no pueda proteger a la naturaleza como tal (como lo hace actualmente), correctamente articulado con el recurso de protección ambiental, que ya incluye la posibilidad de recurrir frente a las omisiones.

5. Derechos sociales: consagración constitucional como objetivos o propósitos sociales y delegación en la política pública su ejecución.

La intensidad que se le otorgue al reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales tales como salud, educación y vivienda en una constitución es una materia de mucha trascendencia en la cual la ciudadanía pone altas expectativas. Sin embargo, tanto la doctrina como la experiencia comparada han demostrado que existe una amplia gama de relaciones que pueden suscitarse entre una constitución y derechos sociales, y que no existe una correlación entre su eventual consagración maximalista y la eficiencia y calidad de su prestación. Por el contrario, la mejor herramienta para su despliegue es **reconocerlos como objetivos o propósitos sociales que informen u orienten la actividad del legislador, envolviendo un claro mandato al poder político (ejecutivo y legislativo) para que precisen su exigibilidad, concreción e implementación a través de un conjunto de políticas públicas.**

En efecto, países europeos dan cuenta que se puede tener una intensa política de reconocimiento y distribución de bienes sociales, sin que exista una consagración constitucional de derechos sociales, pues la exigencia primordial para su estructuración eficaz radica en el ejercicio del parlamento y en la dictación de políticas públicas dirigidas en esa dirección. La experiencia comparada muestra entonces que el mejor estándar de prestación y efectividad de derechos sociales ha sido alcanzado a través de mandatos de optimización dirigidos al legislador que establecen objetivos específicos y directrices económicas y sociales que informan u orientan su actividad.

En contraste, la experiencia latinoamericana muestra que consagrar este tipo de derechos como derechos fundamentales accionables puede generar falsas expectativas y promover

su judicialización, liberando tensiones entre los distintos poderes del Estado. En efecto, otorgar a los jueces un poder decisivo para imponer exigencias a la capacidad del Estado para financiar la prestación de bienes públicos que escapan al control del presupuesto de la nación, termina siendo fuente de inequidades, puesto que los jueces resuelven siempre pretensiones concretas de individuos específicos que cuentan con la posibilidad de accionar contra el Estado, desconociendo el efecto general que sus decisiones provocan en el resto de las políticas sociales y en la responsabilidad fiscal, principio fundamental de la justicia horizontal e intergeneracional.

Por otra parte, la experiencia latinoamericana demuestra también que la mera consagración constitucional de derechos sociales, por sí sola, no ha resultado ser una herramienta efectiva para aumentar el bienestar social, puesto que no existe una relación necesaria y automática entre la Carta fundamental o su cambio, y la existencia de políticas sociales satisfactorias, siendo necesaria para el cumplimiento de éstos un desarrollo normativo infra-constitucional (legislador).

Por lo tanto, el foro para acordar el nivel de cumplimiento de los derechos sociales debe ser el de las políticas públicas, debiendo establecerse en la nueva constitución derechos sociales como objetivos o metas progresivas a alcanzar en un plazo determinado, que permitan orientar al legislador en su actuar, precisando la forma en que debe darse cumplimiento a los mismos y los medios para ello. Junto a ello, es necesario **que a nivel constitucional se establezcan normas, reglas o cláusulas generales de responsabilidad fiscal para asegurar la sustentabilidad financiera intergeneracional de las prestaciones sociales**. Todo gasto ocasionado a propósito de un derecho social debe estar financiado con alguna glosa presupuestaria, e incluso, debe establecerse un límite máximo como porcentaje de la Ley de Presupuesto en el que se pueda incurrir respecto de gastos no contemplados en ella.

6. Fortalecimiento del principio de provisión mixta pública y privada de bienes públicos y de la libertad de elección; en compatibilidad con el rol garante del Estado

El rol del Estado, de la sociedad civil y del emprendimiento privado en la provisión de bienes públicos necesarios para garantizar derechos sociales será, sin duda, otro de los temas de mayor debate en el proceso constitucional. Así, creemos importante que el nuevo texto constitucional incorpore la experiencia comparada de países desarrollados que nos indica que **la acción regulatoria y fiscalizadora del Estado se debe centrar en garantizar condiciones de calidad y acceso a una base común de bienes públicos, más que en la tipología de prestadores**. Por lo tanto, la nueva constitución debe reconocer que las prestaciones pueden ser efectuadas tanto por instituciones públicas como privadas, incluso contemplando una legítima retribución al capital invertido y al riesgo asumido, pues no hay nada en su esencia que lo haga incompatible con la provisión, debidamente regulada, de bienes sociales o públicos esenciales.

Ello se vincula necesariamente con **la libertad de elección** del titular, esto es, con la capacidad que tienen las personas de elegir el prestador de los servicios correspondientes para la satisfacción de los derechos sociales. Esta relación supone necesariamente, a su vez, el fortalecimiento de una **provisión mixta de bienes públicos –estatal, sociedad civil y emprendimiento privado- que impida la imposición a las personas que ejercen un derecho social, de un único sistema o mecanismo de satisfacción**, sino por el contrario, facilitar la existencia de diversas alternativas para satisfacer los requerimientos de bienes públicos tales como educación, salud, vivienda y espacios públicos, entre otros. Sólo el pluralismo de prestadores de bienes públicos en espacios regulados por el Estado para que prevalezca la transparencia, el buen trato y la competencia, genera un círculo virtuoso de innovación, de mejora en la calidad y en su adaptabilidad a los

diversos proyectos de vida de cada persona, en la provisión de bienes sociales. Sobre todo, en un contexto donde los sistemas híbridos de prestaciones sociales –presencial y digital –tenderán a prevalecer.

En efecto, el Estado no puede monopolizar la prestación de ciertos bienes básicos vinculados a derechos sociales, lo que no es óbice para que el fortalecimiento de esta provisión mixta requiera del rol irremplazable del Estado como garante, regulador y fiscalizador de una base común de prestaciones sociales en todo el territorio, y que cumpla con un umbral de dignidad cuya calidad mejore progresivamente según el nivel de desarrollo.

La nueva constitución, por tanto, debiera consagrar la libertad de elección y la provisión mixta en materia de derechos sociales, habilitando un espacio abierto de participación para una provisión plural siendo el proceso político el que determine la ponderación y el rol de cada uno de los participantes de este espacio, puesto que la sociedad civil y sus cuerpos intermedios son el motor de la democracia y de lo público, en tanto potencian la labor del Estado y sirven de contrapeso para garantizar la diversidad y autonomía. Finalmente, es fundamental que el debate constitucional considere la cuestión de los derechos sociales como un componente de un sistema complejo que descansa también en otros pilares fundamentales: (i) la actividad empresarial y el emprendimiento, como protagonista principal del proceso de crecimiento económico y de la generación de recursos fiscales que genera a través de la tributación, así como generador de innovaciones que nutren con nuevas soluciones la provisión de bienes públicos; (ii) un Estado moderno, descentralizado, al servicio de los ciudadanos y fiscalmente responsable para que el acceso a bienes sociales, no se logre sacrificando a las futuras generaciones; y (iii) una política moderna y al servicio del interés general para que genere leyes con sustento técnico.

7. Establecer los principios de eficacia, eficiencia y calidad de la gestión pública; de probidad y transparencia de la función pública; y de rendición de cuentas en el Estado.

La nueva constitución podría ser la oportunidad para impulsar modificaciones al funcionamiento del Estado para darle más agilidad, efectividad, eficacia y legitimidad. Para estos efectos, en el derecho comparado se ha incorporado el derecho a la buena administración pública entendido como un conjunto de principios que se articulan como una garantía a la necesidad de exigir que las decisiones del Estado sean respetuosas del procedimiento administrativo, y que también sean eficientes, eficaces y consideren debidamente las observaciones de todos los interesados. Su desarrollo comienza con su consagración en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, con foco en los derechos del ciudadano, el bienestar, el bien común y el eficiente funcionamiento de las instituciones públicas. Su objetivo, entonces, es que el poder público sea un mecanismo al servicio de la sociedad y de quienes la integran, y no como una vía para servirse de ella y de sus integrantes.

Lo anterior va de la mano con el proceso democratizador a nivel mundial, con foco en la construcción de sociedades más abiertas, que exigen al sector público no solo incorporar mayores niveles de técnica en la gestión pública, sino que también fortalecer las instituciones y aumentar su transparencia, eficacia y eficiencia.

En este marco, resulta esencial **avanzar hacia un modelo de Estado inspirado en la meritocracia y el profesionalismo, en donde el aparato estatal se encuentre al servicio de los ciudadanos**. Esto debe ir acompañado de mayor transparencia y probidad en

los procesos, de mecanismos de evaluación -tanto de sus funcionarios como de sus resultados- de rendición de cuentas y de un mayor control por parte de la ciudadanía. Todo esto nos permitirá mejorar la calidad de los servicios públicos, recuperar la legitimidad de las instituciones y avanzar en el fortalecimiento de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil.

Una futura constitución debiera entonces **consagrar el derecho a la buena administración pública**, habilitando la esquiiva y necesaria modernización del Estado a través de la **incorporación de nuevos estándares de excelencia para la Administración del Estado**, integrando además las **garantías del debido proceso administrativo a los administrados** e incluyendo, por ejemplo, reglas como el silencio positivo que podrían cambiar la dinámica de la relación entre Administración y administrado.

Este desafío debe también alcanzar al **Poder Judicial**. En efecto, la nueva constitución debe fortalecer su independencia y habilitar su modernización **mejorando, entre otras materias, el sistema de nombramiento y formación de jueces, la rendición de cuentas del poder judicial y el derecho ciudadano de acceder a una justicia eficaz y oportuna**, que entre otras protecciones, asegure a los ciudadanos una efectiva protección contra los abusos del Estado. Es también necesario **reforzar el deber de los jueces de hacer estricta aplicación del derecho y de las políticas públicas establecidas por el legislador evitando en sus fallos criterios subjetivos de justicia material que soslayan disposiciones normativas**. De lo contrario, obtiene reparación solo aquel que conoce y puede valerse de las acciones judiciales o constitucionales, deteriorando consecuentemente las reglas y el propio derecho y dañando además la estructura de poderes que establece la Constitución, la política, y en definitiva, nuestro sistema democrático.

8. Establecer principio o estatuto de autonomía y buena gobernanza de instituciones, agencias y empresas del Estado: reguladores, fiscalizadores y prestadores de servicios.

La Constitución distribuye el ejercicio del poder en distintos órganos, define las competencias de cada uno con precisión y establece instancias eficaces de control sobre su actuar. Bajo el marco jurídico vigente, el Estado regulador en nuestro país está compuesto por autonomías constitucionales (Banco Central); órganos con autonomía legal fuerte, colegiados (Comisión para el Mercado Financiero) o unipersonales (Fiscalía Nacional Económica), y otras entidades fiscalizadoras administrativas con autonomía débil (Superintendencias o Dirección del Trabajo). No obstante, existe un creciente acuerdo respecto de pasar hacia un modelo de agencias reguladoras y fiscalizadoras independientes, con mayor autonomía política y solidez técnica.

Y es que no hay nada más negativo para el ejercicio de la libertad de emprendimiento o de asociación de las personas que las incertezas y conflictos entre órganos del Estado o las competencias abiertas o poco acotadas de cualquiera de ellos. La nueva constitución debe incorporar, entonces, mayores niveles de precisión en estas materias, contribuyendo a una mayor certeza regulatoria, autonomía del ciclo político y profesionalización, incrementando de esta forma la confianza en los entes reguladores, como se hizo con la creación de la Comisión para el Mercado Financiero que reemplazó a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

El modelo de agencias regulatorias independientes se refiere a ciertos organismos públicos, insertos en la Administración del Estado, que disponen de una considerable autonomía frente al Gobierno y a la potestad presidencial, dado que actúan en ámbitos de trascendencia económica, política o social, donde resulta indispensable una mirada técnica y de largo plazo que trasciende al ciclo político electoral. En efecto, su principal característica desde el punto de vista de la organización es el considerable grado de autonomía que la constitución o la ley les atribuye para el desempeño de su función. Los sistemas comparados justifican este modelo de supervisión regulatoria sectorial en base a tres razones: neutralidad política, especialización técnica y eficacia.

La nueva constitución representa una oportunidad para **establecer una “regla base” o de habilitación para que las agencias del Estado que cumplen un rol regulador, fiscalizador y prestador de servicios, sean autónomas del ciclo político** y cumplan ciertos estándares de excelencia técnica, digitalización, buen servicio, gobernanza, transparencia y rendición de cuentas. También debe **establecer lineamientos y mandatos precisos para que, en su actuar, garanticen imparcialidad y un debido proceso administrativo**, o para exigir que al dictar normas de carácter general incorporen evaluaciones de impacto regulatorio y espacios de participación de los interesados y/o afectados. En definitiva, el proceso constitucional debe ser una oportunidad para reforzar la autonomía y gobernanza de las agencias públicas, de manera de evitar su captura por intereses privados o político-partidistas.

9. Establecer un estándar para un debido proceso de formación, discusión y evaluación de leyes.

Las políticas públicas son una herramienta fundamental para promover el bienestar y desarrollo de las personas. Sin embargo, cuando no se debaten, diseñan, formulan y evalúan de manera adecuada pueden poner en peligro estos objetivos. Lo mismo ocurre cuando no se considera tempranamente en el proceso de su formulación la evidencia, el análisis experto y la opinión de los afectados. Para diseñar políticas públicas de calidad es crucial contar con un enfoque sistemático que considere evidencia y a los actores involucrados, a la vez que sea capaz de evaluar su impacto. Asimismo, su formulación no puede tener como base arbitrariedades o intuiciones de quienes ejerzan contingentemente el poder, o condicionarse excesivamente por sus convicciones ideológicas.

Chile es el penúltimo país con mayor complejidad de procesos regulatorios dentro de los países OCDE, siendo una de las causas la existencia de más de 300.000 normas, entre las que se encuentran leyes, decretos con fuerza de ley, reglamentos y otras regulaciones de rango inferior. Este entramado normativo es prueba clara de un ordenamiento jurídico que ha crecido en exceso y se ha visto afectado por la falta de institucionalidad en el diseño y revisión ex post de la normativa existente, atentando la productividad, competitividad y con ello, el desarrollo de una economía integral y sostenible.

La nueva constitución entrega una oportunidad para habilitar un debido proceso legislativo con fortaleza institucional, establecido en base a mecanismos y reglas prestablecidas, que permita fijar tanto un estándar de actuación a los legisladores en

términos de exigencia de mayor calidad técnica, participación ciudadana, de la sociedad civil, como una garantía a los ciudadanos. En efecto, así como en la última década el debido proceso administrativo ha tenido un especial desarrollo desde la perspectiva de los administrados a la hora de interactuar con la Administración, es el momento de, siguiendo el derecho comparado, llevar ese desarrollo a nivel de debido proceso legislativo, estableciendo exigencias para las etapas de diseño, discusión, aprobación y evaluación de las regulaciones que se establezcan, aplicando herramientas tales como test de proporcionalidad, la justificación del fin legítimo perseguido por la norma, y la necesidad del medio regulatorio empleado.

Asimismo, **la nueva constitución debiera regular el ámbito de la participación de expertos y agentes regulados, tanto en el proceso pre-legislativo, legislativo como de evaluación ex post.** Debe también establecer una orientación sobre las capacidades e instituciones necesarias en el Estado y en los legisladores para asegurar los estándares del debido proceso de formación y evaluación de leyes: **Agencia de Calidad de Políticas Públicas, Biblioteca del Congreso, Oficina de Presupuesto del Congreso y Asesoría Legislativa.**

Finalmente, **la nueva constitución debiera también consagrar una directriz obligatoria para que los legisladores –ejecutivo y legislativo- desarrollen análisis de impacto regulatorio (RIA) de los proyectos de ley,** incluyendo el estado del arte científica y la opinión de la comunidad de expertos sobre las materias objeto de la legislación, a fin de garantizar un debido proceso legislativo. Tal RIA debe someterse a la consideración de expertos, agentes regulados y organizaciones de la sociedad civil en la etapa pre-legislativa. También debe exponerse en dispositivos de participación ciudadana.

10. Descentralización gradual e inteligente en coherencia con la mantención de un Estado unitario.

El artículo 3° de la actual Constitución dispone que el Estado de Chile es unitario, lo que implica tanto que existe un único centro de expresión política (un Presidente de la República, un Congreso Nacional, un Poder Judicial, un Ministerio Público, entre otras) y que las autoridades nacionales monopolizan no sólo las relaciones internacionales, la defensa y la hacienda pública, sino que sectores tan diversos como la educación, el transporte, las obras públicas o la agricultura. Sin embargo, en los últimos años ha crecido la preocupación de que Chile es un país con un fuerte centralismo político, económico y administrativo, con considerables desigualdades regionales y frenos al crecimiento económico.

Creemos importante mantener la tradición constitucional que ha estructurado el carácter unitario de nuestro país, la que no debe ser obstáculo para potenciar su descentralización transfiriendo potestades a instancias más próximas a la comunidad como municipios y gobiernos regionales. En efecto, **consagrando constitucionalmente un principio de subsidiariedad “competencial” que establezca que cada función pública deba radicarse en aquel nivel donde ésta se ejerce igual o mejor, privilegiando el nivel local sobre el regional, y éste sobre el nacional**, podría llegarse a la situación en que solo aquellas funciones que no pueden ser asumidas adecuadamente por el nivel local o regional deben recaer en la competencia del gobierno central. De todas formas, se trata de un principio que debe informar la deliberación política, y que no debiese ser un principio justiciable, es decir, como mandato al legislador y a la Administración. **Este principio de subsidiariedad competencial debe también aplicarse a una preferencia por un estado digital cada vez que se crea una nueva institución o servicio del Estado**, lo que también favorece la descentralización de las decisiones.

Para avanzar en la descentralización, entonces, necesitamos no sólo definir con mayor precisión las competencias de los gobiernos sub-nacionales, estableciendo, por una parte, con rango constitucional, sus competencias esenciales, y por otra, las normas básicas para una distribución competencial conforme a los principios constitucionales, sino que también habilitar en la nueva constitución la posibilidad de que ciertos aspectos asociados a la vocación territorial y productiva de los territorios se estructuren en macro-regiones. En efecto, un esquema territorial de macro-regiones, que cuenten con una vocación territorial y productiva común de mayor escala, facilitará el avance hacia un modelo de Estado unitario descentralizado bajo esquemas de competencias constitucionales (originarias) amplias, que se materializan en estatutos especiales, distinguibles del de los estatutos de otras regiones.

La nueva constitución debe también establecer **principios de transparencia, buen gobierno y rendición de cuentas desde las autoridades sub-nacionales hacia el gobierno central y la ciudadanía**. Una descentralización inteligente y coherente con un Estado unitario no implica transitar a un modelo con autonomía tributaria y de ingresos propios de los gobiernos sub-nacionales porque ello arriesgaría un desarrollo equitativo entre territorios, pues incluso bajo esquemas macro-zonales no existirían bases económicas parejas sobre las cuales tributar, siendo necesario consagrar esquemas de solidaridad y redistribución de los ingresos entre ellas, a partir del nivel central. Sí es posible establecer instrumentos de descentralización tributaria asociados al desarrollo productivo de las regiones de manera que ese desarrollo potencie la sustentabilidad y la resiliencia social del territorio respectivo.