

# Insumos/**Constitucionales**

Nº 5 / MARZO 2021

## **Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?**

**MANUEL NÚÑEZ**

COMENTARIOS

**JOSÉ FRANCISCO GARCÍA  
PAULINA VELOSO**

Transcripción del seminario “Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?”, realizado el 23 de noviembre de 2020. El video de este seminario puede verse aquí: <https://www.cepchile.cl/cep/noticias/notas-de-prensa/organos-autonomos-en-la-constitucion-como-regularlos>

## PRÓLOGO DE LOS COORDINADORES

# Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?

Esta es otra materia que se encuentra en el núcleo de la parte orgánica de la Constitución: los órganos autónomos. Como señala Manuel Núñez en su exposición, la autonomía puede significar distintas cosas. Él ordena estos posibles significados en dos partes. La primera tiene que ver con el carácter del momento político-jurídico en que nos encontramos, y se pregunta por la autonomía del propio proceso constituyente que se inició tras el plebiscito del domingo 25/10/2020. La segunda parte tiene que ver con las autonomías en la Constitución, materia que el profesor Núñez subdivide en tres: autonomía como forma de libertad colectiva, autonomía como forma de organización política y autonomía como una técnica para procesar conflictos que pueden amenazar la cohesión de la comunidad política, especialmente los conflictos de carácter territorial.

En relación con la primera parte, Manuel Núñez se pregunta si este proceso constituyente es la expresión de una sola voluntad política o, en cambio, podría ser uno que permita el reconocimiento de otras voluntades autónomas. Este último sería el caso de que en medio de este proceso se vayan generando acuerdos con naciones o pueblos a los que se le reconoce una cierta dimensión política. Esto, agrega, sería algo inédito en nuestra historia constitucional y, también, debería ser una pregunta ineludible, pues este proceso constituyente podría ser una oportunidad para encaminarse al reconocimiento de los pueblos indígenas que demandan una cierta autonomía.

En relación con la segunda parte, el profesor Núñez señala que ella se relaciona con las tres principales funciones que debe cumplir una Constitución: la regulación de las libertades, la organización básica del Estado y sus poderes, y la generación de una regla que mantenga cohesionada a la comunidad política. Respecto de la primera función, y a la luz de la experiencia constitucional chilena, él distingue entre ciertas autonomías colectivas como, por ejemplo, las universidades. También se refiere a determinadas poblaciones protegidas dentro del Estado como, por ejemplo, los pueblos indígenas y, por último, a la participación de órganos de la así llamada “sociedad civil” al interior de la Administración del Estado.

Sobre la segunda función, esto es, la regulación básica del Estado, Manuel Núñez traza una distinción entre las autonomías creadas directamente por la Constitución y autonomías creadas por la ley, que no están expresamente reconocidas por la Constitución, pero que pueden entenderse

autorizadas por ellas. Entre las primeras, vuelve a distinguir, esta vez entre autonomías reales y aparentes. Siendo la autonomía un concepto relacional (se es autónomo respecto de algo o de alguien), las reales implican autonomía frente al Gobierno y, en parte, frente al legislador. Las aparentes están protegidas de cara al Gobierno, pero no frente al legislador. Este último es el caso, por ejemplo, del Banco Central.

Asimismo, el profesor Núñez advierte sobre el potencial fragmentador que estas autonomías tienen respecto de algunos estándares como, por ejemplo, en materias de transparencia, probidad o compras públicas. Una lección aquí es evitar que dichas autonomías se constituyan como islas en materias importantes para el Estado de Derecho y la batalla contra la corrupción. También advierte sobre la importancia de preguntarse por la razón que justifica el reconocimiento de las autonomías en la propia Constitución. De alguna manera, sugiere, la carga de la argumentación recae sobre los hombros de quien la propone. Debería ser un privilegio de pocos y no de muchos, señala. Para complementar esto, él sugiere algunos criterios y técnicas de control para los órganos a los que se decida darles autonomía constitucional. Uno de ellos es la posibilidad de presupuestos plurianuales.

Finalmente, y en relación con la función constitucional de cohesión política, Manuel Núñez retoma la primera pregunta de su presentación: ¿Este proceso constituyente implicará la manifestación de una sola voluntad autónoma o servirá de espacio para el encuentro para más de una? Él se inclina por la segunda alternativa, pues, argumenta, es hora de encarar en forma el conflicto etno-político entre el Estado y los pueblos indígenas, un conflicto, como otros varios posibles, de carácter territorial.

José Francisco García, por su parte, enfoca su comentario en dos puntos de la presentación. Uno es el déficit en la conceptualización de autonomías constitucionales. El otro se refiere al desafío que plantean estas autonomías para el proceso constituyente.

En relación con el primero, el profesor García alude a la práctica institucional que, sobre las autonomías, se ha venido desarrollando por órganos como el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el propio legislador. A su juicio, el mencionado déficit conceptual ha venido siendo, en alguna medida, subsanado “dinámicamente” por esta práctica. En este sentido, agrega que esto debería ser tenido en cuenta por la Convención Constitucional, pues da cuenta de lo que es una Constitución: “una actividad y no un punto final, es más bien un punto de partida”.

Acto seguido, José Francisco García se pregunta por la justificación que se puede dar para las autonomías constitucionales. Refiriéndose a la experiencia chilena y comparada, él observa un denominador común: el intento por garantizar espacios de autonomía funcional y técnica frente a la política, en materias especialmente sensibles para la democracia. Y vincula esto con el régimen

político: en América Latina las autonomías constitucionales se habrían establecido para neutralizar o reducir los desbordes de regímenes presidenciales especialmente intensos. Así las cosas, una modificación del régimen presidencial chileno, advierte, debería hacer repensar la regulación de las autonomías constitucionales.

Por último, el profesor García hace referencia a un cierto consenso que existiría en el sentido de desconstitucionalizar algunas autonomías. Y también subraya el carácter robusto de algunas de las autonomías legales que tenemos, lo que muestra un camino promisorio para la deliberación constituyente, deliberación que también debería evitar el peligro de fragmentación del sistema jurídico que arriesga una regulación demasiado diferenciada de los órganos autónomos.

Finalmente, Paulina Veloso parte por comentar la autonomía del propio proceso constituyente en que ya nos encontramos. Ella, afirma, no es irrestricta, pues está limitada por los tratados de derechos humanos que el Estado de Chile ha suscrito. Agrega que la noción de democracia también plantea un límite a dicha autonomía y, para entender esto, recomienda mirar las experiencias que algunas democracias especialmente sólidas han tenido a la hora de cambiar sus constituciones.

Sobre la segunda parte de la presentación del profesor Núñez, Paulina Veloso señala el relativo desorden que la regulación de los órganos autónomos exhibe en nuestro Derecho. Asimismo, apunta el hecho de que las autonomías constitucionales son, en una medida importante, contramayoritarias, por lo que en la misma medida ponen en cuestión la soberanía popular en democracia. Si se exagera con las autonomías, advierte, la democracia devendrá una forma de tecnocracia, por lo que estos órganos —y en esto el panel de este seminario parece estar conteste— deben estar muy especialmente justificados.

Esa justificación excepcional sugiere pensar bien los criterios a la luz de los cuales un organismo pueda resultar dotado de autonomía constitucional. Señala algunos como, por ejemplo, el hecho de que un órgano controle al Gobierno, como típicamente es el caso de la Contraloría General de la República.

Como complemento de esta excepcionalidad de la autonomía constitucional, Paulina Veloso se muestra más favorable a la posibilidad de órganos con autonomía legislativa (y no constitucional), autonomía que puede tratar de asegurarse por medio de designaciones plurales, que enfatizan la competencia profesional y por plazos más largos que los del ciclo político. Y siempre bajo estándares de transparencia y de responsabilidad.

**LUCAS SIERRA E IGNACIO WALKER**

Coordinadores del proyecto conjunto CEP y CIEPLAN para la deliberación constituyente.

# Órganos autónomos en la Constitución: ¿Cómo regularlos?

**MANUEL NÚÑEZ**

Abogado y profesor titular del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Muy buenas tardes, quisiera en primer lugar agradecer al CEP y CIEPLAN por esta invitación a compartir algunas reflexiones respecto de lo que viene en la deliberación constituyente sobre las llamadas autonomías constitucionales. Para eso voy a dividir mi exposición básicamente en dos partes:

En la primera parte, muy rápidamente, trataré de reflexionar sobre qué significa que el proceso dé rienda suelta a la autonomía, digamos, el proceso constituyente propiamente tal. En efecto, el proceso constituyente aspira a ser en sí mismo un proceso autónomo y de esa autonomía pueden surgir dos modos de ejercicio y dos resultados muy distintos. Esta es la primera forma de abordar la pregunta por la autonomía constitucional o, mejor dicho, por las autonomías constitucionales. En efecto, no hay una sola manera de abordar el problema de la autonomía, sino varias, como también son varias las formas que adopta la autonomía de los órganos al interior de la Constitución.

## Autonomía del proceso constituyente

¿Es el proceso constituyente la expresión de una sola voluntad política o puede ser un proceso que permita el reconocimiento de otras voluntades autónomas?

En segundo lugar, intentaré explicar cómo la Constitución enfrenta el problema de las autonomías. Para ello mostraré tres dimensiones: (1) la autonomía como forma de libertad colectiva o de grupos que se proyecta directamente en la organización del Estado y en la conducción de la política, (2) la autonomía como forma de organización política y (3) la autonomía como técnica al servicio de la conducción de conflictos que amenazan la cohesión política. Las cuestiones que se intentará mostrar son las siguientes:

Autonomía como forma de libertad colectiva	Autonomía como forma de organización política	Autonomía como técnica de cohesión política
¿Hay o debe haber reconocimiento constitucional a los grupos organizados de individuos que sean independientes de la voluntad estatal, que desarrollen alguna función relevante que impacte a la burocracia estatal?	¿De qué forma y por qué la Constitución puede configurar autonomías burocráticas reales o aparentes?	¿Podría el proceso constituyente servir para articular autonomías y acuerdos que encauzaran los conflictos territoriales?

## I. EL PROCESO CONSTITUYENTE COMO PROCESO AUTÓNOMO /

¿Qué es la autonomía constitucional? Dada la pluralidad de sentidos de este término, quisiera partir indicando que, en un primer sentido, la autonomía es el carácter que define al proceso constituyente como ejercicio deliberativo del pueblo representado en una Convención o asamblea. La discusión reside en reflexionar sobre cuán autónomo es el ejercicio constituyente (la discusión sobre la “hoja en blanco” y las limitaciones introducidas con la última reforma) y cuán autosuficiente o autárquico es el proceso constituyente en sí. La primera es una cuestión que no voy a abordar y se refiere a los límites que la Constitución, a través de la llamada cláusula de límites, ha fijado al proceso y a su resultado. La segunda cuestión, me temo, es una pregunta que no nos hemos hecho y que es previa a todas las discusiones sobre la y las autonomías: el proceso, ¿Será el ejercicio de una sola autonomía que dará, eventualmente, lugar a otras autonomías derivadas? ¿O puede ser un proceso que puede servir para el encuentro de más de una voluntad autónoma?, como si se diera el caso que al interior del proceso se fueran generando pactos o acuerdos con naciones o pueblos a los que reconocemos cierta dimensión política.

El anterior es un asunto clave, pues no da lo mismo que el proceso constituyente sirva para expresar una sola voluntad, que es la soberana y que, en cierto modo, es preexistente al proceso, o sirva de cauce para el reconocimiento de otros sujetos que también intentan hacer uso de su autonomía. En el primer caso el texto resultante tendrá algo de *dictum*, mientras que en el segundo será expresión de alguna forma de consenso. El *dictum* es, de alguna manera, la forma tradicional de expresión de las voluntades constituyentes. El acuerdo o los acuerdos serían algo

realmente novedoso en nuestra historia constitucional. Como la política ciertamente excede al Derecho y transcurre por sus propios cauces, es posible que esta pregunta la respondamos ahora o, también puede ser, que sean los juristas y politólogos quienes, en 10, 20 años interpreten el proceso y sean ellos los responsables de decirnos cuál fue, en la práctica, el modo en que se respondió a esta cuestión fundamental. Este tema me interesa porque uno de los problemas políticos más graves que el proceso constituyente deberá encaminar, no creo que resolver definitivamente, es el reconocimiento de los pueblos indígenas que demandan ciertos aspectos de autonomía. Por eso quería partir por ahí, porque es la primera pregunta que deberían plantearse los convencionales.

## II. ¿CÓMO SE HAN ARTICULADO LAS DIVERSAS FORMAS DE AUTONOMÍA EN EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO? Y ¿QUÉ TIPOLOGÍAS ENCUENTRAN O PUEDEN ENCONTRAR ESPACIO EN LA CONSTITUCIÓN? /

Discernida la cuestión anterior, corresponde ahora reflexionar acerca de cómo se han articulado en el constitucionalismo chileno los distintos tipos de autonomía, y cómo esas regulaciones responden a las que son, creo yo, las tres principales funciones de toda Constitución, y a la que debe, desde luego, responder el proceso constituyente: en primer lugar, la regulación de las libertades, donde se ha centrado en gran medida el debate hasta el día de hoy; en segundo lugar, la organización o estructura básica de poderes del Estado, que es donde menor reflexión posiblemente ha habido y creo yo que hace interesante la discusión de esta tarde; y, en tercer lugar, la articulación de una regla que mantuviese cohesionada la comunidad política. Estas son las tres funciones del Estado que más de un siglo atrás identificó James Bryce, el gran jurista, diplomático y político inglés, autor de *The American Commonwealth*, famoso libro, comparado por algunos con la *Democracia en América* de Tocqueville. Para Bryce, en su texto sobre las constituciones frente a las fuerzas centrífugas y centrípetas<sup>1</sup>, la Constitución ordena libertades, ordena el poder y, esta es una función capital, mantiene cohesionada a la comunidad política. Subrayo esta tercera función, y perdónenme que sea reiterativo con esto, porque es posiblemente una de las funciones más relevantes que esperamos de una nueva Constitución, si se da el caso, dado que estamos justamente atravesando una crisis política.

---

<sup>1</sup> Bryce, James (1901). "The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions", en *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, pp. 271 y ss.

## 1. AUTONOMÍA COMO FORMA DE LIBERTAD QUE SE PROYECTA EN LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y EN LA CONDUCCIÓN DE LA POLÍTICA

Explicado lo anterior, quisiera distinguir en un primer plano cómo la autonomía se proyecta en forma de libertad respecto de ciertos grupos y cómo esa autonomía, reconocida por las Constituciones a ciertos grupos, impacta en la organización política y en la organización de la burocracia. No voy a entrar, porque no me corresponde, a todo cuanto se refiere al régimen de los derechos individuales, porque esto yo lo he meditado solamente como una base para una conversación que se refiere a la organización de las autonomías, como fue la invitación que se me hizo.

Como técnica de libertades, el régimen de autonomías colectivas define la relación de poder entre el Estado y los grupos, y de allí resulta un sello específico del texto constitucional. De esta forma, hay distintos grupos que tradicionalmente han tenido un reconocimiento constitucional en cuanto a sujetos de cierta voluntad autónoma que proyectan su existencia en el Gobierno.

En un primer lugar, están las universidades que, bajo la tipología tradicional de la Contraloría General de la República, son un tipo de servicios públicos que hasta la Constitución de 1925 estaban dotados de una autonomía especial, y que fue suprimida a partir de la Constitución de 1980, abriendo la discusión sobre el estatus de las universidades del Estado y que, seguramente, será una cuestión que debiese ser restaurada.<sup>2</sup> Justamente por no tener un estatus constitucional, la cuestión por la autonomía de estos servicios ha hecho dudar a órganos como el Tribunal Constitucional, en el sentido de determinar si son o no grupos intermedios, servicios públicos o algo — como dice la doctrina más reciente— intermedio entre lo uno y lo otro.

Un segundo tipo de grupos a los cuales la Constitución debiese reconocer autonomía es el de los pueblos indígenas y que, también, naturalmente, como lo quisiera explicar en la última parte de esta exposición, tiene su proyección en el Gobierno o aspira, mejor dicho, a tener un reconocimiento en el Gobierno o en la administración del territorio. Tan gravitante es esta forma de autonomía que, llevada a su máxima expresión, permite diferenciar entre constituciones que se configuran como pactos entre pueblos y constituciones que expresan la voluntad única de un solo pueblo.

---

<sup>2</sup> La ley que “Modifica la Constitución Política del Estado”, N° 17.398 de 1971, complementó el artículo 10 N°7 de la Constitución Política del Estado de 1925, agregando que *Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país.* Esta autonomía constitucional reconocida a las comunidades universitarias se mantuvo hasta el Acta Constitucional N° 3 de 1976, que en su artículo 1 N° 14, prescribió que *Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: 14.- La libertad de enseñanza. Un Estatuto especial regulará el ejercicio de esta libertad.*



En un tercer sentido, hay ciertos grupos intermedios como son las asociaciones gremiales, los sindicatos, las universidades, etc., a los cuales la Constitución ha querido separar —por razones que todos nosotros recordamos— de la vida política, lo cual explica ciertas regulaciones especiales en nuestra Carta Política.<sup>3</sup> Es posible —es altamente probable, diría yo—, que todas esas restricciones, todas esas barreras producto de esta visión especial sobre estos cuerpos intermedios muy propios de la década de los 80', no sobrevivan a este proceso constituyente, pero si es interesante tener presente que esas pudiesen transformarse en algún tipo de orientación constitucional respecto de la participación de la sociedad civil en los órganos de Gobierno. Y eso es relevante en materia orgánica, puntualmente respecto de las llamadas autonomías constitucionales como una manera de incorporar en el seno de estas organizaciones ciertos digamos aspectos de control.

Estas tres dimensiones —lo que sucede o debiese suceder con las autonomías colectivas de ciertas instituciones, lo que debiese suceder con las autonomías de estas poblaciones protegidas dentro del Estado, y lo que debiese suceder con la sociedad civil al interior de la Administración del Estado—, son cuestiones básicas de disciplina o de regulación constitucional, y tienen o debieran tener un impacto en el diseño global de los órganos constitucionales.

## 2. AUTONOMÍA COMO FORMA DE ORGANIZACIÓN POLÍTICA

En un segundo sentido, y ya saliendo de los grupos o de los colectivos no estatales, la autonomía tiene un sentido político en cuanto forma de organización política. Yo no voy a discutir aquí algo que, también, tiene que ver con la autonomía y que es propio del régimen de Gobierno y la opción entre un sistema presidencial o uno parlamentario con todas las alternativas intermedias. En efecto, esa es una discusión también sobre la autonomía del Gobierno frente al Congreso, sobre una mayor o menor autonomía. Sí quisiera detenerme, en cambio, en el modo en que se han configurado las autonomías, especialmente durante el último tercio del siglo XX, de manera que, creo yo, la Constitución actual ha configurado un sistema muy variado de ellas.

Este sistema me permite formular una tipología muy básica: en primer lugar, existen autonomías diseñadas directamente por la Constitución y autonomías legales que no están reconocidas por la Constitución, pero están autorizadas por ella. Esa es una tipología básica. En otras palabras, hay autonomías constitucionales propiamente tales, y autonomías legales autorizadas por la Constitución.

---

<sup>3</sup> A modo de ejemplo, lo establecido en la actual Constitución Política de República en su artículo 19 N° 19 inciso tercero, el cual prescribe que (...) *las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas*. También el artículo 23, que remite a la ley la sanción a los grupos que hagan mal uso de su autonomía.

**I) AUTONOMÍAS CONFIGURADAS POR LA PROPIA CONSTITUCIÓN**

¿Qué tipo de autonomías encontramos reconocidas directamente en nuestra carta fundamental? En primer lugar, yo identificaría autonomías constitucionales reales, digamos con una musculatura y dentadura muy robusta, muy fuerte, y proyectadas no tanto en las relaciones entre el órgano autónomo y el Gobierno, que es lo que primeramente caracteriza a las autonomías, sino que, también, frente al Congreso. Me refiero al caso de la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, en alguna medida, el Consejo Nacional de Televisión, el Servicio Electoral y, a nivel de Gobierno y Administración interior, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades.

¿Qué es lo que tienen de común todas estas autonomías que yo he llamado autonomías constitucionales reales? Ellas tienen en común no solo el tener su domicilio —por llamarlo de alguna manera— en la propia Constitución, sino que, también, por el hecho de que la Constitución les resguarda un mínimo funcional que limita la potestad legislativa. Lo anterior quiere decir que, sin mediar una reforma constitucional, el legislador ordinario no puede desconocer o suprimir aquellas funciones que están reconocidas por la propia Constitución. Las autonomías, en este sentido, lo son también frente al órgano regulador ordinario, que es el Congreso. Lo anterior me permite distinguir entre las autonomías con sustento propiamente constitucional, por un lado, de lo que yo llamo las autonomías aparentes, por el otro.

Veamos algunos casos.

*El Banco Central.* Entre estas autonomías aparentes a nivel constitucional el caso más emblemático (digo emblemático porque es uno de los ejemplos que suele presentarse como modelo más sofisticado de autonomía) es el Banco Central. Como todos sabemos, esta institución tiene su domicilio en la Constitución (el Capítulo XIII, que lo diseña como un órgano autónomo) y cuenta con una independencia relativamente robusta frente al Gobierno, mas no respecto del Congreso. En efecto, las funciones del Banco Central se encuentran eminentemente descritas en la Ley Orgánica Constitucional respectiva y de ellas poco o nada se encuentra en el texto constitucional. Yo quisiera recordar que fue la Junta de Gobierno, a última hora, al momento de redactarse el entonces capítulo XII, quien alteró la estructura de funciones que le venía dada por el anteproyecto de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado. La Comisión Ortúzar había redactado una fórmula muy concisa, como funciones propias del Banco Central la fijación y manejo de la política monetaria y cambiaria. El Consejo de Estado agregó la política crediticia y quedó con la política crediticia, la cambiaria y la monetaria. Independientemente de los matices entre las dos redacciones, la Junta de Gobierno decidió reemplazar esa fórmula por una genérica que mandataba a la Ley Orgánica del Banco Central la definición de sus funciones, surgiendo así esta suerte de autonomía, digamos, incompleta donde la gran mayoría de las

funciones están, como digo, en la Ley Orgánica sin que parezca haber aquí autonomía del órgano respecto del Congreso. Y por eso es interesante la discusión que en ese momento se da, a propósito del proyecto de la Ley Orgánica del Banco Central en el Tribunal Constitucional, puesto que en la discusión de la autonomía era, más bien, sobre la relación entre el Banco y el Gobierno, que venía auspiciada por la propia Constitución, mas no tanto respecto de las funciones, materia en la cual los parámetros y los estándares eran bastante reducidos.<sup>4</sup>

*El Consejo de Seguridad Nacional.* En segundo lugar, junto con el Banco Central, yo quisiera destacar entre estas autonomías aparentes la del Consejo de Seguridad Nacional, que viene a ser un órgano que ha quedado allí —junto con las Fuerzas Armadas— como una suerte de relictos de lo que fue la autonomía de las Fuerzas Armadas en la versión original de la Constitución de 1980. ¿Qué atribuciones relevantes posee este órgano que justifiquen su domicilio y su posición de autonomía frente a otros órganos constitucionales? A mi juicio, ninguna o, al menos, ninguna que no pueda darle la legislación ordinaria.

Si a estas alturas de mi exposición uno tuviese que proponer una lección, yo diría lo siguiente: un proceso constituyente bien llevado debiese tener presente que la autonomía se reconoce no solamente a través del nombre, sino que, además, por medio de funciones que sirvan de garantía frente al legislador. La autonomía tiene, entonces, una dimensión frente al Poder Ejecutivo y una segunda dimensión frente al Poder Legislativo que también debe cuidarse. La verdadera autonomía constitucional reserva ciertas funciones al órgano autónomo y se las quita al legislador ordinario.

Una segunda lección que muestra la práctica reside en el potencial fragmentador que las autonomías muestran de cara a la legislación administrativa general y, especialmente, a aquella que fija estándares en materia de acceso a la información, probidad, compras públicas o fiscalización (por mencionar las más importantes). Tengo claro que no es un aspecto que pueda profundizarse en este lugar, pero existe cierta tendencia de los órganos autónomos, fomentada por la misma legislación, a tener sus propios estatutos en materias claves como las señaladas. Por ejemplo, hay cuestiones tan simples como el régimen de compras públicas de la Ley 19.886, que ha requerido del consenso de estas instituciones para que participen en plataformas tan básicas como Mercado Público. ¿Qué razón hay para entender que órganos como el Banco Central o el Ministerio Público deban adherir voluntariamente a esta plataforma? ¿Por qué el Banco Central debería tener su propia política de adquisiciones y contrataciones si el sistema general ya existe en la legislación

---

<sup>4</sup> Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 78 de 20 de septiembre de 1989, y confróntesela con la reciente sentencia Rol N° 9.133 de 1 de septiembre de 2020.

general? Esta segunda lección aconseja, por tanto, buscar el modo en que la apelación a la autonomía no justifique regímenes especiales, excepciones o, incluso, lagunas de regulación, respecto de asuntos capitales para el Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción.

## **II) AUTONOMÍAS AUTORIZADAS POR LA CONSTITUCIÓN, PERO EN SU DESARROLLO MANDATADAS AL LEGISLADOR**

Una segunda categoría de autonomías se refiere a aquellas que están autorizadas por la Constitución, pero cuyo desarrollo le corresponde a la legislación ordinaria. Aquí hay un régimen general que permite crear entidades personificadas o bien entidades desconcentradas. Respecto de las desconcentradas, la Constitución en varias partes alude a la existencia de entidades fiscales autónomas que vendrían a ser o, más bien, nosotros podríamos asimilar a aquellos entes que la Constitución también en términos generales llama desconcentrados.

Junto con lo anterior, hay otras formas de autonomía que desde el 2007 residen en el nivel de los “Gobiernos Insulares”, me refiero puntualmente a los estatutos especiales que hasta el día de hoy no se han creado para Rapa Nui y Juan Fernández.

Acá viene, creo yo, lo capital respecto de estas dos grandes formas de autonomía. Y la pregunta es, ¿Cómo deben regularse? La pregunta obliga a discernir entre aquellas autonomías que merecen tener este espacio en la propia Constitución, de un lado, y los principios o directrices que debiese contener una Constitución en caso de autorizar la generación de estas autonomías, del otro. No hay que descartar que el proceso constituyente será un espacio propicio para desplegar las presiones por la autonomía que uno encuentra en otro tipo de órganos que hoy día no tienen, digamos, rango constitucional, como la Defensoría Penal Pública, el Consejo para la Transparencia, la Defensoría de la Niñez, una eventual futura Agencia de Protección de Datos, Instituto Nacional de Derechos Humanos, y podríamos seguir con una lista larga.

¿Cuáles son esas bases, entonces, para el diseño constitucional? ¿Cuáles podrían ser esas bases para el diseño Constitucional?

El punto de partida es, yo diría, un conjunto de normas relativamente heterogéneas que distribuyen atribuciones entre el Presidente, a quien le corresponde al Gobierno y la Administración del Estado, y que define —a través de un modelo ya en crisis de iniciativa legislativa exclusiva—, las formas de configuración de los servicios públicos, partiendo por su creación, y diseña cuáles son las competencias que pudiesen transferirse a servicios públicos o bien a Gobiernos Regionales o Municipalidades. Es el Gobierno, además, quien de acuerdo con la propia Constitución diseña las políticas y es el Congreso quien aprueba la eventual transferencia de esas competencias administrativas dentro del mo-

delo de Estado unitario, puramente administrativas, no políticas, con una regulación básica en las bases de la institucionalidad y otras que no es del caso mencionar en materias de Gobierno Regional y Municipal. Al Congreso, por su parte, le corresponde también la función de control de los actos del Gobierno, que en un sentido orgánico se refiere al Presidente de la República, a los Ministerios y órganos con dependencia gubernativa. Y hay que observar el modo en que el Congreso ha ido ajustando este concepto de acto del Gobierno para los efectos de ampliar su campo de fiscalización.

El cuadro normativo se completa con la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley 18.575, que de seguro va a ser indirectamente revisada en el proceso constituyente. No sabemos si las leyes orgánicas van a subsistir en cuanto a tales, lo que me interesa destacar acá no son las leyes orgánicas constitucionales en sí mismas, si no el hecho que en materia administrativa la Ley 18.575 quiere cumplir una función que, si no es constitucional, es para-constitucional. En otras palabras, en materia administrativa la Constitución se ha descargado de contenido al entregar a la Ley Orgánica la regulación de “la organización básica de la Administración pública” como reza el artículo 38 de la Constitución. Y si uno revisa la Ley 18.575, es posible encontrar no solo orientaciones respecto del modo cómo funciona la autonomía, sino, también, algunas reglas dirigidas al legislador (por ejemplo, en lo relativo al carácter general no planificador de los servicios públicos). Al desaparecer el modelo fragmentado de ordenación entre la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, habría que preguntarse si esos criterios de ordenación, que hoy están en esta Ley Orgánica Constitucional, acaso no deban transformarse en normas verdaderamente generales para evitar esa fragmentación a la que aludía como consecuencia de las autonomías. Podríamos decir que lo peor para todas las agencias independientes, muchas de las cuales son reguladoras, es estar desreguladas en términos constitucionales.

¿Cuáles son, para ir terminando, esos aspectos claves? y ¿Cuál debiese ser la fuente ideal? Tomando en cuenta las razones que se han esgrimido históricamente y en la literatura comparada sobre burocracias para crear estas instituciones autónomas<sup>5</sup>, por una parte, y poniendo en el otro platillo de la balanza los problemas que generan o que pueden generar estas agencias, un buen

---

<sup>5</sup> Entre muchos otros creo que es ilustrativo y mantiene vigencia el texto de Thatcher, Mark (2005) “The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe”, *Governance* 18/3, pp. 347-373. Véase, también, OECD (2005), *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*. Si bien el foco está puesto en las agencias de regulación, las causas y los problemas suelen ser generales a todos los órganos de naturaleza administrativa. Se generan estas agencias autónomas como forma de contrapesar el poder de los gobiernos centrales o como garantía de independencia, pericia técnica y mayor confianza ciudadana. Como contrapartida, se producen riesgos de alejamiento o descoordinación con las políticas generales, reducciones del control, insularidad burocrática y, si son constitucionales, de pérdida de flexibilidad de las organizaciones.

punto de partida sería respecto de las agencias autónomas constitucionales propiamente constitucionales poder responder satisfactoriamente a la pregunta del por qué, cuáles y para qué. Y digo esto porque, a pesar de la presión de muchos servicios por aspirar a un rango constitucional de mayor autonomía, un Estado de solo agencias autónomas vendría ser así como una suerte de archipiélago desconectado de servicios.

El constituyente debe tener una muy buena razón, como la que puede haber para el Banco Central o para la Contraloría General de la República, que justifique organizar instituciones autónomas con rango constitucional. En el primer caso, para quitar la emisión del Gobierno, en el segundo para fiscalizar con autoridad.

Pero ¿Y las otras agencias autónomas? ¿Se requiere de verdad un Consejo Nacional de Televisión dotado de autonomía constitucional? ¿Y de un Ministerio Público? A mi juicio no. Yo sostengo que el Ministerio Público solo por accidente necesitó de autonomía constitucional. Ella parece haber sido una manera de evitar que se pudiese reprochar la constitucionalidad de la función de investigación frente a las atribuciones que tradicionalmente se consideraron como parte de la función jurisdiccional. Pero hoy, cuando ningún tribunal disputaría esa función, esa razón ha quedado demasiado lejos. En definitiva, no hay tan buenas razones para que la autonomía del Ministerio Público tenga rango constitucional, como las que sí hay para la Contraloría o para el Banco Central.

La autonomía constitucional debería ser un privilegio de pocos más que un privilegio de muchos. ¿Cuáles son, entonces, los criterios relevantes que debiesen existir o las técnicas de control relevantes respecto de estos órganos autónomos y que debiesen estar en la Constitución? No digo necesariamente en un capítulo ni en un párrafo, pero como suele ser en estos casos, la regulación debiese estar dispersa a través de los distintos capítulos de la Constitución. Debiese para estas normas garantizarse primero los procesos de nominación. Creo que es positiva la experiencia que se ha tenido con la participación del Senado, como sucede con los Ministros de la Corte Suprema, como con los miembros del Consejo del Banco Central. Es también valiosa la posibilidad de que existan concursos gestionados por el sistema de Alta Dirección Pública. Respecto de la dirección de la agencia autónoma, es interesante distinguir la posibilidad de mantener una conexión con el Gobierno en cuanto a que el Gobierno, el Presidente, pueda nombrar al director o directora del servicio, antes de que sea el propio servicio el que genere —como sucede por ejemplo en el Instituto Nacional de Derechos humanos—, su propio conductor (en el caso del Instituto, sin embargo, la regla obedece a otros principios que no puedo profundizar acá).

Ahora bien, en el caso de la estructura es importante un equilibrio entre una estructura unipersonal y una colegiada. La estructura colegiada permite la participación o incorporación de otros

órganos que pueden, digamos, aumentar la legitimidad de la dirección. Cuando digo “de otros órganos”, me refiero a otros órganos en los que tengan participación los órganos representativos. Lo que define un órgano autónomo en estos términos es el de ser órganos no representativos que requieren cierta forma de legitimidad, y una de las maneras de acrecentar su legitimidad puede ser incorporando a órganos representativos en la generación, sino de todos, a lo menos de una parte de sus integrantes.

En materia presupuestaria es difícil ser autónomo cuando la configuración del presupuesto depende del Ministerio con el cual el órgano se relaciona. Ahora, eso es así cuando, como es la generalidad de los casos, las discusiones presupuestarias obedecen a una anualidad. Quizás, las discusiones presupuestarias para este tipo de órganos pudiesen sustentarse en algo que, incluso, es perfectamente posible con la legislación presupuestaria anual, que es un régimen o regímenes plurianuales, para así resguardar su autonomía y, al mismo tiempo, mantener el control que implica que el Congreso apruebe el presupuesto de estas agencias.

En lo que es el control político, ciertamente, no debiese haber obstáculos, y posiblemente sería interesante corregir esa frase en lo que se refiere al control de los actos “del Gobierno”, en cuanto pudiese entenderse que Gobierno es solamente Presidente y colaboradores inmediatos.

### **3. AUTONOMÍA COMO TÉCNICA DE COHESIÓN POLÍTICA: EL PROCESO CONSTITUYENTE COMO ESPACIO PARA CONSTRUIR ACUERDOS Y EL CONFLICTO ETNO-POLÍTICO**

Por último, ya estoy en la hora final, quisiera referirme a aquello con lo que partí esta breve exposición: la necesidad de entender que el estatuto de la autonomía es un tema capital para que el proceso constituyente pueda conducir adecuadamente, o pueda satisfacer adecuadamente, esta función de garante de la cohesión política que tiene una Constitución. James Bryce decía que una Constitución debe, por una parte, ser un símbolo de unidad que mantenga a la comunidad política unida y, por otra parte, debe ser un instrumento que pueda mantener a raya estas fuerzas centrífugas que hay en toda comunidad y que ponen en riesgo a la *polis*.

Aquí es capital volver sobre lo que indicaba al comienzo. En un principio, el proceso constituyente puede consistir en la manifestación de la voluntad de un solo pueblo soberano (el *dictum* del pueblo) o puede servir de espacio para el concurso de otras voluntades autónomas que quieren ser reconocidas como tales y que pueden, por tanto, en ese proceso de diálogo, de construcción de acuerdos, pavimentar la solución al conflicto etno-político —llamémoslo como queramos— entre el Estado y sus pueblos indígenas.

Mi tesis consiste, entonces, en que el proceso constituyente puede también promover la configuración y reforzar estas autonomías a través del consenso. Y considero que donde mayor necesidad de reconocimiento y espacios para llegar a acuerdos se observa, es en el campo de los conflictos territoriales y los crecientes conflictos etno-políticos (que son una especie de los primeros). En esta área es fundamental que los constituyentes reconozcan que, como los nueve o doce meses que tienen para redactar el proyecto de nueva Constitución no son suficientes para encontrar la solución a un problema tan grande, ellos sólo pueden diseñar una Constitución que, al tiempo de reconocer a los sujetos en conflicto, establezca las herramientas necesarias para buscar acuerdos, suscribirlos y cumplirlos. Cuando ello se produzca, si se produce, nuestra democracia tradicional comenzará el tránsito hacia formas nuevas de democracia *consociativa* (en la terminología acuñada por Lijphart a fines de los años 1960), con todos los arreglos que ella requiere —al menos a escala territorial— para facilitar la gobernanza en territorios de potencial conflicto político.<sup>6</sup>

Esta cuestión es realmente crítica, es capital. Quizás pudiese parecer algo obvio, pero, considerando las prácticas que hemos observado, creo que no tenemos todavía lo suficientemente claro cuál es el rol que una Constitución tiene como instrumento de consenso y como acuerdo político, sobre la cual no volvemos a votar hasta que no consintamos en reformar el texto constitucional.<sup>7</sup> Y en esto, y a la luz del modo en que estamos actuando, creo yo, modificando las reglas de este proceso a medio camino con un plebiscito de por medio, nos lleva por una mala senda.<sup>8</sup> En efecto, hemos recorrido el camino inicial sin siquiera comenzar a entender que este proceso se construye a través de acuerdos que deben respetarse y ser estables a lo largo del tiempo. Y es sintomático que los cambios sobrevinientes (que sin embargo son todavía marginales) se refieran justamente a los pueblos indígenas, grupo humano que ya había sido consultado hace no mucho tiempo y con el que ya el Estado había llegado a algunos acuerdos.

Bueno, miro la hora y creo que ya es tiempo de terminar.

---

<sup>6</sup> Lijphart, Arend (1969), "Consociational Democracy". *World Politics* 21/2, pp. 207-225. Sobre este trabajo puede verse con más detalle Lijphart, Arend (1977). *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*. New Haven-London: Yale University Press.

<sup>7</sup> Tomo el concepto de Zagrebelsky, Gustavo (2005), *Principi e voti*. Torino: Giulio Einaudi.

Bryce, James (1901). "The action of centripetal and centrifugal forces on political constitutions", en *Studies in History and Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, pp. 271 y ss.

<sup>8</sup> Por ejemplo, la intención que existe con el proyecto de reforma constitucional que *Modifica la Carta Fundamental en materia de integración, procedimiento, funcionamiento, quórum exigido a la convención constitucional, normas aplicables a los convencionales y participación ciudadana en el proceso constituyente*", con fecha 16 de noviembre de 2020, Boletín N° 13869-07. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=14459&prmlBOLETIN=13896-07>



## COMENTARIOS

### **JOSÉ FRANCISCO GARCÍA**

Abogado y profesor de derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile

Muchas gracias a Lucas Sierra, y al CEP, a Ignacio Walker y a CIEPLAN por la invitación a comentar el documento del profesor Manuel Núñez, y por supuesto, hacerlo junto con la profesora Veloso. Quisiera primero felicitar al profesor Núñez, porque en este documento encontramos tesis que son, por supuesto, jurídicas, publicistas. Pero también hay tesis intelectuales, en el sentido de una reflexión propia de un intelectual público. Por ejemplo, la taxonomía que nos ofrece respecto de las distintas autonomías que están en juego de cara al proceso constituyente, no limitándose sólo a lo que él denomina “la autonomía como forma de organización política”. Entonces, en realidad, esto trata de un planteamiento que va más allá, digamos, de lo típico que haría un abogado o un jurista, entrando de manera audaz en dominios de lo que podría ser el campo de un intelectual público. Ello es refrescante y oxigena el debate puramente dogmático de estos temas.

Mi comentario se limitará a dos ideas centrales nada más.

La primera es tratar de profundizar en algunos aspectos conceptuales de lo que el profesor Núñez denomina “déficit en la conceptualización de las autonomías constitucionales” en nuestra práctica constitucional. Aquí yo querría hacer una distinción entre los elementos estáticos y los elementos dinámicos que van reconfigurando las autonomías constitucionales en la práctica constitucional chilena en estos últimos años, y cómo además pueden iluminar al debate futuro de nueva Constitución y las prácticas constitucionales futuras que se desarrollen en torno a ella. Y, en segundo lugar, de manera más contingente, reflexionar en torno a los desafíos de las autonomías constitucionales de cara al proceso constituyente.

Así, en primer lugar, estoy de acuerdo con el profesor Núñez acerca de lo que él denomina la “deficiente precisión conceptual de las autonomías constitucionales” en nuestra práctica constitucional. La definición de autonomía constitucional adolece, en nuestro Derecho, de enorme imprecisión en cuanto a su alcance y sentido. Hay algunos esfuerzos doctrinarios por revertir esto, principalmente desde el derecho administrativo, pero siguen siendo insuficientes. Alguna robustez adquirió el debate en medio de la discusión del constituyente derivado sobre la autonomía constitucional del SERVEL, que ocurrió hace unos pocos años atrás. Conforme a la historia de dicha ley, se dio cuenta de una conceptualización curiosamente robusta en este campo, en los términos siguientes:

*Las autonomías constitucionales son aquellas consideradas por la misma Constitución e imponen una garantía institucional que sustrae de la competencia del legislador la facultad de eliminar la institución, aunque sin privarlo de la facultad de regularla. Estos organismos presentan especiales caracteres de independencia frente a los poderes del Estado, hallándose sometidos solo a la Constitución política y a la ley que conforme a ella regula su organización funcionamiento y atribuciones.*

*Lo que caracteriza a estas autonomías es que nacen de la Constitución, se rigen por disposiciones en ella contenidas y en sus leyes orgánicas constitucionales, y se encuentran al margen de los vínculos jurídico-administrativos establecidos en la doctrina clásica: escapan a la línea jerárquica y no admiten sobre ellos el ejercicio de facultades de supervigilancia o tutela, se autodeterminan, funcional y administrativamente.*

*Ejemplos de este tipo de entidades en nuestro derecho son la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Consejo Nacional de Televisión, el Ministerio Público y las Municipalidades. Al mismo rango, entonces, elevaríamos al Servicio Electoral.<sup>9</sup>*

Esta conceptualización, que la vimos repetida una y otra vez en el debate sobre la autonomía constitucional del SERVEL, describe los elementos nucleares de la forma en que nuestra práctica constitucional comprende las autonomías constitucionales. Ahora bien, esta conceptualización debiese ser complementada con algunos otros elementos. Propongo los cinco que siguen a continuación.

En primer lugar, la autonomía se proyecta como independencia funcional. Ésta se ejerce respecto de las funciones y atribuciones que le encomienda la Constitución a cada uno de los órganos que tengan ese carácter. El control preventivo que hace la Contraloría o las actividades financieras que realiza el Banco Central pueden ser ejemplos de ello. Así, la independencia funcional se asocia a la autonomía, pero también a un ejercicio exclusivo de competencias que trata de reservarle la Constitución a estos órganos.

En segundo lugar, cuentan con una potestad de autonormación, que es tanto derivada como limitada. Su naturaleza es reglamentaria, pero con habilitación constitucional y cierta capacidad de autodeterminación administrativa.

En tercer lugar, en muchos casos gozan de personalidad jurídica y patrimonio propio, pero esto no es una condición esencial.

---

<sup>9</sup> Historia de la ley N° 20.860. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, 19 de mayo de 2015. 1.2. Mensaje en Sesión N° 26, Legislatura 353. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6297/>

Un cuarto elemento, que también destaca el profesor Núñez en su documento y que me parece fundamental, es que gozan de una garantía institucional que debe ser respetada por el legislador en su núcleo esencial. Esto supone una reemisión al legislador para que regule y desarrolle normativamente la institución, pero le impone, al mismo tiempo, un límite, pues no le está permitido alterar estas características esenciales sin privarlo de todo sentido de eficacia. En consecuencia, no puede eliminar el legislador la institución, ni quitarle algunas facultades que le son esenciales.

En quinto y último lugar, existen distintos grados e intensidades con las que la Carta Fundamental entrega y regula esta autonomía. Esto lo destaca también el profesor Núñez. Ello me recuerda el importante artículo del profesor, y hoy ministro del Tribunal Constitucional, Gonzalo García, que hizo una taxonomía interesante respecto de las reservas legales que establece la Constitución.<sup>10</sup> Aquí me parece que también es posible pensar una taxonomía análoga generándose estatutos de autonomías constitucionales con ciertas diferencias importantes, con ciertas particularidades.

Ahora bien, eso en el plano conceptual, en la búsqueda de un cierto marco conceptual acerca de qué son las autonomías constitucionales en nuestra práctica constitucional. Con todo, y tal como lo hace el profesor Núñez, debemos destacar que nuestra práctica Constitucional y, principalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, van redefiniendo o complementando algunos de estos elementos definitorios o característicos de las autonomías constitucionales.

Por ejemplo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, ningún órgano es completamente autónomo. En todo sistema democrático, y esta es la tesis central del Tribunal Constitucional, los órganos van a enfrentar distintos tipos de control, no hay una autarquía completa, no se entrega una autonomía financiera de carácter absoluta en ningún caso. Estas instituciones tienen presupuestos anuales que deben ser aprobados por el legislador, muchas veces las autoridades de estos órganos son generadas por participación de la voluntad de los órganos elegidos por la ciudadanía, estos órganos electos pueden remover a las autoridades de los entes autónomos. En fin, hay una serie de mecanismos que describe bien el profesor Núñez cuando conceptualiza las tres preguntas claves en torno al diseño de estas instituciones: quién los designa, cómo se remueven y quién los financia o con cargo a qué se financian o bajo qué esquema. Así, el Tribunal Constitucional en una

---

<sup>10</sup> Ver GARCÍA PINO, Gonzalo, *La Reserva Legal de Derechos Constitucionales: ¿Poder Legislativo contra la Administración? En Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado. 5 (2014).

serie de fallos ha ido precisando estos límites; la autonomía constitucional no es sinónimo de autarquía.<sup>11</sup>

Luego, también se ha definido con claridad que los órganos autónomos que ejercen funciones administrativas no están sujetos al poder jerárquico del Presidente de la República de acuerdo al artículo 24 de la Constitución, y esto ha sido un desarrollo y un debate importante. Un ejemplo final que también destaca el profesor Núñez. El Tribunal Constitucional ha señalado, también, que las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia no son vinculantes para los organismos autónomos. A juicio del Tribunal, se debe respetar —en cuanto se deriva de la naturaleza autónoma que la Constitución ha asignado a ciertos órganos del Estado, tales como la Contraloría, el Banco Central, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el TRICEL—, la autonomía que se proyecta en una triple dimensión: organizativa, institucional y normativa. La referida autonomía implica, precisamente, que cada uno de estos ámbitos de acción no puede estar supeditado en su ejercicio a órganos que se relacionen, aunque sea en forma indirecta, con las labores de Gobierno y administración propias de la función ejecutiva. De este modo, las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en ejercicio de sus atribuciones y funciones legales no son vinculantes para estos organismos, ya que, de otro modo, se afectaría la autonomía e independencia que la Constitución les ha conferido.<sup>12</sup>

En síntesis, y cerrando con el primer tema de mi comentario, desde el punto de vista conceptual, nuestra práctica constitucional ha ido complejizando dinámicamente los elementos conceptuales estáticos en torno a las autonomías constitucionales. El Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y el legislador los va sofisticando y reconfigurando.

Ello, por lo demás, demuestra que la Constitución es una actividad y no un punto final, es más bien un punto de partida, y eso el futuro constituyente también debe tenerlo presente y ser flexible en la manera que va a diseñar la nueva Constitución y sus instituciones.

---

<sup>11</sup> Por ejemplo, en la sentencia Rol N° 995-07, de 18 de diciembre de 2007, considerando 10° sostuvo: *“Que precisar cuánta autonomía corresponde a un determinado órgano constitucional y cuáles interferencias son incompatibles con ese carácter, es una tarea compleja que debe hacerse con estricto apego a las propias reglas constitucionales que regulan al órgano autónomo y a las precisas normas legales que podrían interferir con dicha autonomía. En términos generales, cabe descartar toda posición extrema. Desde luego, porque la Carta Fundamental, como en todo sistema democrático complejo, establece varios y diversos controles externos al órgano autónomo. Ninguno de estos órganos es enteramente autárquico (...).”*

<sup>12</sup> Ver sentencia Rol N° 1051-08, de 10 de julio de 2008, considerandos 35° a 38°, 41° a 44°, 47°, 48° y 53°.

Un segundo comentario a propósito de las reflexiones prospectivas del profesor Núñez, de cara al proceso constituyente, me lleva a identificar las justificaciones que cada una de estas autonomías constitucionales tiene. ¿Estamos ante justificaciones basadas en la mera tradición constitucional? ¿Se busca preservar algunos bienes especialmente valiosos? ¿Se trata de cuestiones puramente prudenciales?

Examinando el derecho comparado como un insumo para pensar esta cuestión, encontramos como equivalentes a nuestras autonomías constitucionales –más allá de las Cortes Constitucionales que encontramos abundantemente en el derecho constitucional comparado–, en primer lugar, a los Bancos Centrales, que están ganando un estatus importante en las constituciones.<sup>13</sup> En segundo lugar, los reguladores de telecomunicaciones o aquellos que están centrados en la protección y límites de la libertad de expresión. Curiosamente, lo opuesto a nuestra propia tradición y los consensos que hoy parecen existir respecto al Consejo Nacional de Televisión y su eliminación o, al menos, desconstitucionalización. También encontramos en las constituciones comparadas la figura del Auditor General, equivalente a nuestra Contraloría, y las Comisiones Electorales, equivalentes a nuestro SERVEL.

Otros órganos autónomos a nivel comparado, que también menciona el profesor Núñez, son las autoridades o los órganos de derechos humanos como nuestro Instituto Nacional de Derechos Humanos y el *Ombudsman* o Defensor del Pueblo.

Ahora bien, desde la perspectiva de las justificaciones de las autonomías constitucionales, tanto en el derecho nacional como en el comparado, es posible encontrar un común denominador: estas se asocian a garantizar espacios de autonomía funcional y técnica frente al control político, a órganos que cautelan espacios, ámbitos o bienes especialmente sensibles en una democracia.

Con todo, no deja de ser curioso que estas justificaciones adquieran otra entidad u otra intensidad en Latinoamérica a propósito de los regímenes hiper-presidenciales, tan extendidos en la región. En efecto, las autonomías constitucionales suelen ser pensadas para enfrentar o limitar los desbordes del hiper-presidencialismo.

No deja de ser curioso que, sin quererlo, encontramos un argumento adicional para avanzar hacia modelos parlamentarizados de presidencialismo o al semipresidencialismo. Por supuesto, no estoy sosteniendo que la razón para parlamentarizar nuestro sistema presidencial sea uno asociado a las autonomías constitucionales. Pero, vaya paradoja, la parlamentarización del régimen político permitiría quitar las justificaciones más fuertes que en Latinoamérica, y también en nuestro país,

---

<sup>13</sup> Ver, por ejemplo, el *Comparative Constitution Project*.

se han dado a algunas de las principales autonomías constitucionales, especialmente aquellas que exceden el canon tradicional comparado.

Ahora bien, el documento del profesor Núñez también nos invita a pensar prospectivamente estos debates de cara al proceso constituyente. Permítanme concluir esta segunda parte del comentario con algunas reflexiones finales.

La primera, es que tenemos acuerdos importantes respecto a la necesaria desconstitucionalización de una serie de autonomías y órganos con estatus o reconocimiento constitucional. Se trata de un consenso positivo, en la dirección de ir depurando los excesos que tiene la actual Constitución en esta materia. Por ejemplo, el Ministerio Público, el SERVEL, el Consejo Nacional de Televisión, son grandes candidatos a ser desconstitucionalizados y quedar amparados bajo un modelo de autonomía legal.

En cuanto a la eliminación de los capítulos de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, y el COSENA, también hay bastante consenso, y me parece transversal. Por ejemplo, la nueva Constitución en el capítulo de Gobierno podría regular en uno o dos artículos las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad, pero no mucho más que eso. El COSENA no debe estar regulado en la Constitución y debe limitarse a su regulación que es infra legal. Buena parte de estos consensos pueden observarse en los libros *Diálogos constitucionales* (2015) y *Propuestas constitucionales* (2016) de esta casa y que editó Lucas Sierra. En ellos se comparte el diagnóstico en torno al gigantismo, el sobre dimensionamiento de nuestras autonomías constitucionales y de órganos con reconocimiento constitucional, y, en muchos casos, sin justificaciones fuertes o con fines más bien antidemocráticos para entender su existencia.

Por lo demás, y creo que también es parte de un diagnóstico extendido, nuestra práctica institucional tiene autonomías legales fuertes, muy robustas y que hoy son verdaderos modelos de exportación. Por ejemplo, y aunque en estos días está pasando por un momento institucional complejo, el Consejo para la Transparencia es un modelo de autonomía legal. También lo es, aunque en sus primeros pasos, la Comisión para el Mercado Financiero.

En consecuencia, tenemos algunos consensos importantes de cara al proceso constituyente. Por un lado, un examen crítico, compartido, de lo que ha sido la práctica constitucional de esta Constitución y la necesidad de desconstitucionalizar una serie de autonomías constitucionales. Por el otro, las autonomías legales robustas que tenemos, que permiten pensar con esperanza y con optimismo, no con voluntarismo, que el modelo de autonomía legal puede funcionar bien.

Una segunda reflexión en esta materia dice relación con ciertos desafíos pendientes y desacuerdos que el documento del profesor Núñez nos invita a explorar y profundizar.

Primero, existe una cierta y extendida percepción de insignificancia de muchas de las autonomías legales. Esto lleva tanto a sus autoridades como a algunos discursos constitucionales y políticos, a plantear la necesidad de conferirles en el debate por nueva Constitución, autonomía o reconocimiento constitucional. Por supuesto, hay una cierta cuestión de estatus reputacional en esta demanda. Pero también hay un cierto populismo constitucional en ella. Ello puede observarse especialmente en algunos programas constitucionales de centroderecha que han planteado cosas tan ridículas como constitucionalizar el Servicio de Impuestos Internos, la Fiscalía Nacional Económica, el SERNAC, etc.<sup>14</sup> Obviamente, esto genera muchas expectativas al interior de estas instituciones. A mi juicio, ese camino hay que evitarlo. En días recientes, el profesor Luis Cordero hablaba de una inflación, de un maximalismo Constitucional en esta materia. Podemos hablar de una inflación orgánica. Y es que, al igual como debemos ser cautos respecto de la inflación de derechos fundamentales en la nueva Constitución, debemos evitar la inflación orgánica en el proceso constituyente y evitar toda forma de populismo constitucional.

Segundo, la eliminación de las Leyes Orgánicas Constitucionales, de lo que soy firme partidario, va a generar desafíos técnicos respecto de la regulación constitucional de las autonomías constitucionales —ojalá pocas—, que subsistan en la nueva Constitución. Por ejemplo, no es lo mismo la regulación más bien detallada que hoy día tiene el Tribunal Constitucional o la Contraloría General de la República, que la más minimalista del Banco Central. Por supuesto, ello obliga, de acuerdo con las categorías del profesor Patricio Zapata, a ampliar el campo competencial de las Leyes Orgánicas Constitucionales en casos como el del Banco Central. Pero ello implica pensar de manera especialmente atenta qué dimensiones que hoy están en la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central debiesen estar en la nueva Constitución. Este desafío y la búsqueda de un sano equilibrio a la hora de encararlo, es algo que habrá que tener presente.

Un tercer elemento es el proceso de agencificación o lo que llamamos “el nuevo Estado Regulador”, y una visión más sofisticada del principio de separación de funciones. Uno de los temas interesantes de la controversial sentencia del Tribunal Constitucional en el caso SERNAC —que generó, sobre todo para el derecho administrativo sancionador, grandes tensiones— es la evidencia de que existen diversas interpretaciones del principio de separación de funciones a la hora de pensar el Estado Regulador.<sup>15</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional parece sugerir que, si el legislador decide avanzar hacia esquemas de agencias administrativas con poderes más intensos, ya

---

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, las 80 propuestas constitucionales de Chile Vamos, de mayo de 2016.

<sup>15</sup> Sentencia Rol N° 4012-17, de 18 de enero de 2018.

no de interpretación, si no que en el plano regulatorio, sancionatorio y cuasi jurisdiccional, dichas facultades deben ir acompañadas de una cierta estructura institucional mucho más robusta que la de un servicio público unipersonal con grados escasos de autonomía.

Conocemos diseños institucionales robustos en nuestro sistema institucional: el Banco Central, el Consejo para la Transparencia, la Comisión para el Mercado Financiero, entre otros. La pregunta relevante que dejó el caso SERNAC, ahora pensando en la nueva Constitución, son las condiciones bajo las cuales tenemos una interpretación flexible de la separación de funciones y avanzamos en darles potestades intensas al Estado Regulador. ¿Requiere este nuevo paso de una habilitación constitucional expresa? Hay buenas respuestas a esta pregunta a nivel comparado. No hay que ir a Europa, basta mirar, por ejemplo, el modelo de Uruguay, que establece un complejo estatuto de habilitación para los órganos regulatorios y entes autónomos.

Concluyo con una última reflexión, que tiene que ver con la provocación intelectual que hace el profesor Núñez de mirar la autonomía en sentido amplio, al menos, en las cuatro dimensiones que propone en su documento y que tiene que ver con la posibilidad de tener múltiples estatutos jurídicos. Manuel Núñez describe una realidad, la intención de esta Constitución de tratar de separar las figuras gremiales, las juntas vecinales, entre otras, de la política. Un enfoque gremialista, que, con razón, ha sido criticado. Pero es útil advertir que hay un riesgo que, en el proceso constituyente, el principio de igual ciudadanía vaya siendo remplazado por una cantidad enorme de estatutos especiales, asociados a los debates sobre reconocimiento, a las políticas de identidad, de grupos desaventajados, etc. El problema es que a la Convención Constitucional no lleguen macro visiones constitucionales, sino pretensiones y demandas de grupos en la lógica de los *single issues*, a defender banderas muy específicas. Es curioso que quienes critican estatutos y reglas especiales que descansan en una lógica corporativista de derecha, ahora promuevan estatutos y reglas que descansen en otras lógicas corporativistas. Ni la igual ciudadanía ni la democracia ganan en profundidad en ese escenario.

Hay aquí un importante desafío y el profesor Núñez hace bien en encender las luces –o las alarmas– para pensar en cómo evitamos la corporativización de estos estatutos especiales.

Muchas gracias, y muchas al profesor Núñez por esta provocación intelectual.



## PAULINA VELOSO

Abogada, ex académica de la Universidad de Chile y ex Ministra Secretaria General de la Presidencia durante el primer gobierno de Michelle Bachelet

Muchas gracias a Lucas Sierra, al CEP, a CIEPLAN y a Ignacio Walker por la invitación.

Es muy desafiante el tema, y muy atrayente participar en este momento histórico para el país, en los insumos que se empiezan a proporcionar para la Convención Constitucional. Felicito a quienes lo organizan.

El profesor Núñez nos plantea distintos significados del concepto de autonomía, subrayando que esta es una palabra polisémica o plural o ambigua. Coincido también en diversos aspectos con el profesor García.

Me voy a referir a la primera aproximación del tema que hace Núñez y, después, voy a señalar algunas cuestiones problemáticas respecto de los organismos autónomos y de las razones que pueden justificar el hecho de que se encuentren consagrados en la Constitución.

La primera pregunta que se plantea el profesor Núñez es cuán autónoma es la convención constituyente. Creo que es una pregunta muy interesante. Su pregunta es cuánto hay de “hoja en blanco”, con cuánta autonomía discutirá la Convención.

En primer término, detrás de “la hoja en blanco” está la idea de que no se parte desde la Constitución de 1980, sino que desde otros parámetros. Lo que se quiere es cambiar, no modificar. No obstante, aun cuando existirá una amplia libertad, puede decirse que el proceso Constitucional tiene límites. El primer gran límite está considerado en el propio texto que aprobó este proceso Constitucional, dispuesto en el artículo 135 de la Constitución, el cual dice que el proceso constituyente o que la Convención Constitucional deberá respetar la República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas, y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En estos cuatro conceptos o temas están implícitos un conjunto de límites.

Desde el punto de vista de los tratados vigentes en Chile, toda la configuración que se haga en la Constitución sobre las garantías constitucionales debería tener la lógica, el contenido, los alcances de los tratados internacionales de derechos humanos que se encuentran vigentes. Por ejemplo, la libertad de reunión no podría estar configurada como la diseña la Constitución del 80', porque ello trasgrede los tratados internacionales. De este modo, en el fondo, se observa que los tratados van limitando las formas de conceptualizar los distintos derechos y garantías que deben estar en una Constitución Política.

También, básicamente desde las mujeres, se plantea la incorporación en la Constitución de las lógicas y concepciones que están en la base de dos tratados internacionales de derechos humanos, que se refieren a los derechos de las mujeres: la CEDAW<sup>16</sup> y la Convención de Belém do Pará.<sup>17</sup>

Entonces, en definitiva, los tratados de derechos humanos nos limitan en la consagración de ciertos derechos, así como en su configuración y en la forma de conceptualizarlos.

Un segundo aspecto que fija un límite y que está muy conectado, además, con el tema los organismos autónomos, es el contexto, llamémoslo ideológico, cultural, filosófico-político, sobre lo que son las democracias. Ello, porque el concepto de democracia, como todos sabemos, ha evolucionado: no es la misma hoy en relación con la que fue ayer.

Asimismo, hay variedad de sistemas democráticos, no existe un solo modelo. Pero hay ciertas ideas consustanciales, como la regla de mayoría, el respeto al pluralismo, y las ideas de libertad e igualdad. En definitiva, cuando hablemos de democracia y en cómo se estructura la democracia, no hay ninguna otra forma más que pensar en el derecho comparado, especialmente de las democracias más antiguas y sólidas, donde la democracia es más robusta.

Entonces, en ciertos casos en que puede haber discusión, deberíamos poder acudir y tener como elemento de apoyo, la forma cómo se ha entendido en otras latitudes, especialmente en Europa occidental. Por ejemplo, hay un sector importante de la ciudadanía que le da cierto temor la forma en que se configurará el derecho de propiedad.

Pues bien, acudamos a lo que dice el derecho a la propiedad de la Constitución Alemana o la Constitución Española u otra Constitución europea u otra de aquellas Constituciones que se refieren al derecho de propiedad, que no tienen tres páginas sobre la propiedad, como la de 1980, pero que relacionan el derecho de propiedad con el bien común, por ejemplo, como es el caso de la Constitución de Alemania. Esa Constitución dice al respecto, en uno de los numerales sobre este derecho, que *La propiedad obliga. Su uso debe servir al mismo tiempo al bien común.*

Entonces, creo que es importante entender esto en todos los sectores, porque es claro que la Constitución se va a hacer por un grupo muy amplio de sectores políticos e ideológicos. Hay que entender que esta Constitución no va a ser exactamente como quiere una persona, sino el conjunto. Por tanto, habrá que acudir al derecho comparado para ver cómo se han consagrado por escrito al redactar una Constitución Política en un régimen democrático.

---

<sup>16</sup> *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women.*

<sup>17</sup> *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer.*

Hay que tener presente que las democracias son un fenómeno relativamente nuevo. O sea, hay autores que dicen que en realidad la democracia es del siglo XX e incluso pasado la mitad del siglo XX. Recordemos que países con muy altos estándares democráticos como, por ejemplo, Suiza, sólo le otorgó el derecho a votar a las mujeres el año 1971 y Estados Unidos sólo les otorgó derechos a los negros en la década de 1970. Hoy es claro que sin sufragio universal no hay democracia.

Entonces, no es que haya que mirar en la historia una enorme cantidad de países y desarrollos de muy largo tiempo. Uno puede centrarse en algunos países, de aquellos con constituciones escritas como, por ejemplo, Alemania, España, Suiza, Portugal, Francia, en fin, que tienen regímenes democráticos robustos. En América Latina se pueden considerar, entre otros, Colombia, Uruguay y Costa Rica.

Al mismo tiempo, el proceso constituyente tiene que hacerse sobre la base de nuestra historia constitucional, en los aspectos positivos, desde luego. Y así, este conjunto de constituciones políticas nos puede permitir que la discusión se vaya acercando, a partir de ciertos textos ya escritos y ya trabajados en otros países.

Lo que estoy diciendo es que, en realidad, no es que se llegue a este proceso constituyente, por así decir, a inventar la rueda, en vacío, sino que se tiene un conjunto de límites, refiriéndome muy sucintamente a estos dos: los tratados de derechos humanos y la democracia. O sea, la “hoja en blanco” es más una metáfora que una realidad.

Ahora bien, refiriéndome al segundo tema planteado por el profesor Núñez, sobre los órganos autónomos o constitucionalmente autónomos. Mi primera observación es que en nuestro derecho hay un cierto desorden. Diego Pardow habla de este desorden que existe respecto de los órganos que son constitucionalmente autónomos, otros legalmente autónomos, algunos con más facultades, otros con menos. No existe un solo parámetro, una sola lógica de configuración.

La estructura clásica de la democracia solamente establece tres poderes autónomos e independientes –con ciertos límites–, que son el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo. Esto, sin perjuicio de que los regímenes parlamentarios, en realidad, tienen una relación en que hay bastante dependencia entre el Ejecutivo y el Legislativo.

Pero el que es absolutamente considerado como autónomo –y haciendo casi un sinónimo con independencia– en prácticamente todos los países democráticos, es el Poder Judicial, y eso creo yo que debe ser considerado, debe asegurarse esa independencia. La independencia del Poder Judicial es un elemento esencial del Estado de Derecho, por lo menos así está planteado por el

Instituto Bingham, de Londres, que examina el Estado de Derecho en el mundo. Y la independencia tiene que ver, entre otros aspectos, con el nombramiento de las y los jueces, con la carrera judicial y con las formas de remoción. Y uno de los temas centrales, también muy destacado como problema en el mundo, es el acceso igualitario al sistema judicial. Debería existir preocupación por esta materia en el momento que se escriba sobre el Poder Judicial. Y mucho de lo que acabo de decir está en la ley, pero hay aspectos de principios que deben quedar establecidos en la Constitución.

Sobre los poderes autónomos, distintos de esos tres poderes ya señalados, puede afirmarse que, de alguna manera, son contra-mayoritarios. En cierta forma vienen a poner en cuestión la soberanía popular, o sea, el sistema democrático.

Imaginémonos nosotros que se establecen muchos organismos autónomos. Es decir, que emanen sus atribuciones de la Constitución, que tomen sus decisiones por sobre el legislativo. En este caso, el régimen se movería desde una democracia a una tecnocracia. Efectivamente, uno puede llegar al límite en el que vamos a terminar siendo dirigidos por personas que no están elegidas por la soberanía popular. Ocurre que tenemos este límite de la democracia a que ya hice referencia. Por eso debe justificarse la autonomía constitucional.

Entonces, hay que tener presente que, de alguna manera, el crear organismos autónomos tiene ese defecto, tiene ese problema. Normalmente su objetivo está conectado con querer sacar la materia del debate político, esa es la idea que trasunta el organismo autónomo, sacarlo del debate político, hacerlo de alguna manera que esté fuera del debate político, que el poder lo tengan los técnicos. Y sobre esto, claro, uno puede decir que tiene alguna ventaja si se mira una situación de desorden total respecto de lo político, pero eso parte del supuesto que ese órgano, que es sacado del debate político, se comporta, llamémoslo así, de una manera técnicamente correcta. Por supuesto que esta idea parte de la base que la técnica sería algo así como neutra ideológicamente, lo que es muy discutible. Por esto, cuando se crean organismos autónomos, cosa que yo comparto en algunos casos, deben estar muy justificados y tener muy claros sus límites. Es importante fijar los criterios.

Algunos criterios los señaló Francisco García y en eso comparto con Manuel Núñez. En definitiva, hay que definir los criterios para determinar los organismos que deban estar en la Constitución con autonomía. Sin embargo, entendiendo que pueden existir organismos autónomos, hay que tener claro que, en la creación de este conjunto, si uno piensa en un conjunto de organismos, ello puede debilitar el sistema democrático.

Hay que tener presente que, además de sacar el tema del debate y de la política, que es un objetivo, otro objetivo –también positivo– es que, si se trata de un organismo que, de alguna manera, diseña o es responsable de los insumos para ciertas políticas, tenga una cierta estabilidad en el tiempo y no queden sujetos a los ciclos políticos. Estimo que esa es una muy buena razón. La pregunta es si, para cumplir esa muy buena razón, es necesario que tenga la autonomía constitucional, o bastaría con una autonomía legal. Yo pienso que es perfectamente posible y deseable que exista un conjunto de organismos que pueden tener autonomías legislativas. Y, técnicamente, hay diversos mecanismos para asegurar esa cierta autonomía, tales como designaciones plurales y por tiempos más largos que los órganos elegidos vía votación popular.

Para terminar, creo que es muy importante que estos organismos autónomos legislativos sean transparentes y estén sujetos a cánones de responsabilidad. Y un diseño institucional que permita una elección efectivamente profesional, porque si se pretende sacarlos de la política, deben asegurarse un conjunto de requisitos para tener estándares que lo justifiquen. Eso es un asunto que parece realmente muy importante. Tiene que justificarse esto de sacarlo de la arena política con razones valaderas.

Ahora bien, cuál sería a mi juicio la justificación mayor para que estén en la Constitución. Aquellos organismos que controlan a otros órganos públicos como, por ejemplo, la Contraloría General de la República. Ella controla al Poder Ejecutivo, por tanto, tiene cierta lógica que esté consagrada su autonomía en la Constitución. Creo que también el Tribunal Constitucional tiene lógica, si se va a crear el Tribunal Constitucional, pues, si controla el proceso legislativo de alguna manera, entonces tiene que estar en la Constitución. Quizás puede agregarse el Instituto Nacional de Derechos Humanos, básicamente por los Principios de París. No veo que otros organismos tengan tanta justificación, lo cual no me cierro a que puedan existir, pero creo que hay que pensar en estos organismos como autónomos legislativos.

Por último, cabe considerar que los procesos constituyentes generan cierta arena movediza. De alguna manera, hay personas que se sienten pisando un terreno de inestabilidad, otros tienen muchas expectativas, pues piensan que la Constitución va a resolver todos los problemas. Yo pienso que una Constitución Política bien hecha le da estabilidad de largo plazo a los países. Lo que genera, en definitiva, la posibilidad de que el sistema político funcione, y que tiene que ver con textos Constitucionales bien concebidos, pero, sobre todo, tiene que ver con una cierta cohesión social y con cierto ambiente que tienen que procurarlos los distintos sectores políticos, todos responsables de un ambiente de tolerancia, de respeto, en definitiva, que las libertades y las igualdades efectivamente funcionen y funcionen para todos.

Creo que nosotros no podemos mirar este proceso constituyente desde el miedo, sino que tenemos que mirarlo desde la esperanza y como una oportunidad enorme para hacer un mejor diseño, para que efectivamente quepa el conjunto de Chile. Pero hay que pensar que esta Constitución también tiene que ayudar en esta cohesión social, en querer pertenecer a este país, sentirse orgulloso del país, porque, de alguna manera, uno siente que no solo es parte de él, que es considerado, sino que además es considerado en su dignidad.

Eso es mi planteamiento, muchas gracias.