

LA COMISIÓN DE VENECIA Y SU ROL ASESOR EN LOS PROCESOS CONSTITUYENTES DE CHILE

1. La Comisión De Venecia, Su Origen, Naturaleza Y Rol

En los últimos dos años la presencia de la **Comisión Europea para la Democracia por el Derecho**, más conocida como **Comisión de Venecia**, por referencia al lugar de origen, ha cobrado especial notoriedad en Chile con motivo de los procesos constituyentes iniciados con la reforma constitucional de 2019 y los acuerdos políticos de ese mismo año y el 2022. Tal presencia se ha debido a las Opiniones expertas de aquélla, adoptadas en la 130ª Sesión Plenaria de marzo de 2022 y 136ª Sesión Plenaria de octubre de 2023 formulando diversas cuestiones u observaciones relativas a los proyectos constitucionales de ambos procesos, elaboradas a petición del Senado de Chile.

Antes de referirnos a dichas Opiniones, conviene tener presente el origen, naturaleza y finalidad del referido órgano.

La creación de la **Comisión Europea para la Democracia por el Derecho** tuvo lugar en Venecia en 1990, en el contexto del fin de los regímenes soviéticos de Europa oriental, tras la caída del muro de Berlín, aunque la idea había sido formulada previamente, en 1988, por el Ministro de Asuntos Exteriores de Italia y destacado jurista Antonio La Pégola, siendo además su primer presidente.

Cabe tener presente que Venecia ha sido considerada por sus historiadores como una República, desde la Edad Media, siglo VII, hasta la invasión por Napoleón, en 1797. Se le ha llamado *La Serenísima República*, destacando por su poderío político y económico, una organización y sentido republicana, la existencia de control de poderes entre el Consejo Mayor y el Dux (Doge), ninguno de cuyos titulares hizo gala de personalismos, además de la existencia de un Senado, el Consejo de los Diez, el Consejo Menor, un sistema electoral desde 1268 y su temprano respeto a las libertades civiles.

Su rol permanente ha sido prestar asesoría constitucional a los países europeos, inicial y especialmente, a los países centro-orientales que transitaban desde el sistema comunista al democrático constitucional, así como también a otros países participantes del organismo. La acción de la Comisión se basa en los tres principios básicos del llamado patrimonio constitucional europeo: democracia, derechos humanos y estado de derecho, que al mismo tiempo forman la base de las actividades del Consejo de Europa. Estos principios se expresan en tres áreas clave de acción de la Comisión: i) instituciones democráticas y derechos

fundamentales; ii) justicia constitucional y justicia ordinaria; y, iii) elecciones, referendos y partidos políticos.

Según el artículo 1° de su Estatuto, su rol es ser un cuerpo de consulta, independiente, que coopera con los Estados miembros del Consejo de Europa, así como con los estados no miembros interesados y organizaciones internacionales.

Cabe advertir que el Consejo de Europa, es una organización intergubernamental, integrada por 46 países europeos, sin embargo, no forma parte de la Unión Europea, por lo que no debe confundirse con los órganos de ésta, sin perjuicio de lo cual, ella tiene derecho a participar a través de un representante en las sesiones plenarias. El Consejo nació en 1949 en virtud del Tratado de Londres, que constituye su Estatuto, con el objetivo de promover el estado de derecho, la democracia y los derechos humanos. Esta institución está integrada por la Secretaría General, el Consejo de Ministros, la Asamblea Parlamentaria, el Congreso de los Poderes Locales y Regionales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comisario en esta materia y, la misma Comisión de Venecia.

El Estatuto revisado de la Comisión de Venecia, aprobado el año 2002, permitió además de los Estados miembros del Consejo de Europa, la incorporación de Estados no miembros o asociados. Entre éstos se cuentan cinco países latinoamericanos: Brasil, México, Perú, Costa Rica y Chile, que se incorporó el año 2005, siendo representado por un Ministro del Tribunal Constitucional. En la actualidad participan en la Comisión 62 Estados de todos los continentes, los cuales se reúnen cada año en 4 sesiones plenarias. El mismo Estatuto, dispone que deben integrar el órgano, expertos independientes y eminentes por su experiencia en instituciones democráticas o por su contribución al derecho y a la ciencia política. La Comisión funciona regularmente en la ciudad de Estrasburgo, que es la sede del Consejo de Europa.

El Estatuto establece que sus objetivos son: fortalecer el entendimiento de los sistemas legales en los estados participantes, promover el estado de derecho y la democracia y, examinar los problemas de las instituciones democráticas y su desarrollo. La actividad de la Comisión para los Estados miembros y asociados se realiza a través de conferencias, opiniones, estudios e investigaciones, en las que se han abordado algunas de las siguientes cuestiones: separación de poderes, cooperación interinstitucional, reformas judiciales, garantía de derechos fundamentales, protección de minorías, estados de emergencia, inmunidad parlamentaria, defensoría del pueblo, descentralización, federalismo y derecho internacional.

Asimismo, por disposición estatutaria, coopera con las cortes constitucionales y cortes de jurisdicción bilateral. A petición de un tribunal constitucional o del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, la Comisión también puede emitir opiniones como *amicus curiae*, sobre cuestiones comparadas de derecho constitucional e internacional, pero, no sobre la constitucionalidad del acto en cuestión.

La Comisión ha elaborado documentos y normativas sobre las distintas materias en las que presta asesorías e interviene como órgano experto constitucional. En ese marco normativo se contiene, entre algunos documentos importantes: Código de Buenas Prácticas electorales, Principios sobre la Protección y Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo (Ombudsman); Protección de los derechos del niño: estándares internacionales e instituciones nacionales; Balance sobre la noción de buena gobernanza y administración; Disposiciones constitucionales sobre reformas a la constitución.

2. La Comisión De Venecia Y Su Opinión En Los Procesos Constituyentes Chilenos

Como ya se ha indicado anteriormente, la Comisión de Venecia, en su rol de asesoría constitucional, ayuda a los Estados integrantes de ella a adecuar sus instituciones jurídicas y políticas a los estándares europeos y a gestionar conflictos o crisis de los Estados en transición. Por lo anterior, ella ha colaborado en los dos procesos constituyentes de nuestro país, a solicitud del Senado.

2.A. Opinión Sobre La Redacción Y Adopción De Una Nueva Constitución (Marzo De 2022)

Así, en enero de 2022, la Presidenta del Senado y 22 senadores de la época, solicitaron a la Comisión una Opinión sobre diversas cuestiones relacionadas con el proceso de elaboración y contenido del nuevo texto constitucional. La Opinión de la Comisión fue aprobada y adoptada en la 130ª Sesión Plenaria de marzo de 2022. Las cuestiones y el criterio de la Comisión, basándose y citando opiniones manifestadas en anteriores experiencias de procesos constituyentes o de reforma constitucional en los que ha sido consultada, fueron del siguiente tenor, destacando lo esencial y resumidamente:

i. ¿Cómo alcanzar el estándar de neutralidad y estabilidad constitucional, y evitar así el riesgo de una Constitución "contingente"?

La Comisión señaló que una Constitución “*debe establecer reglas neutrales generalmente aceptadas*”, y “*es un marco en que las diferencias puedan armonizarse para la gobernanza pacífica, estable y constructiva a lo largo del tiempo*” y no una simple declaración incidental. La Comisión añadió que, “*la adopción de una nueva y adecuada Constitución debe basarse en el más amplio consenso posible dentro de la sociedad; un debate amplio y sustantivo en el que participen las distintas fuerzas políticas, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones de ciudadanos, el mundo académico y los medios de comunicación, es un importante requisito previo para adoptar un texto sostenible, aceptable para el conjunto de*

la sociedad y acorde con las normas democráticas". Asimismo, hizo presente que *"el procedimiento de aprobación de las enmiendas constitucionales o, eventualmente, de las nuevas constituciones, debe atenerse a las disposiciones de la Constitución en vigor"*.

ii. ¿Cómo debe interpretarse la norma establecida en el artículo 130^a de la Constitución actualmente en vigor, según la cual "la Convención adoptará su reglamento y sus normas de votación por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio"?

En esta materia, la Comisión señaló: *"La Convención Constitucional de Chile tiene el derecho de adoptar sus propias reglas de procedimiento, pero está obligada a respetar los principios fundamentales de la legislación propia que se derivan de la Constitución vigente, tal como fue enmendada en 2019. Debe haber coherencia entre las normas promulgadas en la Constitución y el Reglamento de la Convención y, especialmente, entre las normas de la Constitución y su aplicación por la Convención"*.

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

La Comisión opinó que *"el bicameralismo está vinculado a los de la forma de Estado y la forma de gobierno, y las soluciones propuestas deben ser coherentes con ellos. En efecto, el bicameralismo es a menudo una respuesta a las diferencias regionales, a la multiétnicidad y al multiculturalismo. En una sociedad en la que estos aspectos adquieren una mayor importancia, el bicameralismo es recomendable. La segunda cámara puede desempeñar un papel fundamental en el mantenimiento del equilibrio entre el centro y los componentes del Estado y, por lo tanto, es una especie de garante de la distribución vertical del poder entre el centro y las partes o regiones, o incluso grupos, que lo componen [...] Además, el bicameralismo es también una garantía para los pesos y contrapesos propios de un sistema presidencialista y son necesarios dos órganos diferentes para la destitución del Presidente y de algunas otras autoridades.*

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

La Comisión de Venecia hizo presente que no tenía preferencia por ninguna y que es una decisión libre de cada Estado, pero, en su adopción lo fundamental es preservar una auténtica separación de poderes con un sistema eficaz de controles y equilibrios entre las instituciones y que *"el sistema elegido debe ser lo más claro posible y las disposiciones no deben dar lugar a complicaciones y conflictos políticos innecesarios. Si se elige un sistema presidencial, deben cumplirse ciertos requisitos mínimos de influencia y control parlamentarios. En un sistema parlamentario, a su vez, deben respetarse los requisitos básicos derivados del principio de separación de poderes"*. Finalmente, respondiendo derechamente a la consulta

sobre los tiempos de los mandatos, advirtió que: *“Si la nueva Constitución conlleva un cambio de régimen, será esencial tanto respetar el actual artículo 138 como incluir disposiciones transitorias adecuadas para resolver la terminación del mandato de los titulares de los cargos elegidos con arreglo a la Constitución anterior y la celebración de nuevas elecciones, garantizando al mismo tiempo la estabilidad y la continuidad institucionales”*.

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

La Comisión reiteró su apoyo a la existencia de la revisión constitucional y recomendó: *“[...] la creación de un tribunal constitucional o de un órgano equivalente. Lo esencial es una garantía efectiva de la conformidad de la acción gubernamental, incluida la legislación, con la Constitución”*.

En cuanto a la designación de los jueces constitucionales, señaló que, por tratarse de una de las cuestiones más importantes de la preservación del Estado de Derecho constitucional, debía garantizarse la independencia de aquellos y la participación en su designación de los diferentes órganos y fuerzas políticas *“para que las y los jueces sean considerados algo más que el mero instrumento de una u otra fuerza política”*.

Respecto de los distintos modelos de jurisdicción constitucional reiteró su criterio anterior *“basándose en la práctica constitucional comparada, que “el Tribunal Constitucional debería ser considerado como el único y mejor situado para llevar a cabo un control ex ante vinculante. Al mismo tiempo, es cierto que el control ex ante podría considerarse más problemático desde el punto de vista de la separación de poderes. Por esta razón, “para evitar una politización excesiva de la labor del Tribunal Constitucional y de su autoridad como órgano judicial, el derecho a iniciar un control ex ante debería concederse de forma bastante restrictiva”*.

vi. En cuanto a la compatibilidad con las normas internacionales [relativas a la independencia de los jueces]

a. Sistema de evaluación. La Comisión se pronunció a favor de las evaluaciones periódicas a los jueces, para mejorar su trabajo y su promoción. Asimismo, recomendó *“(...) que la evaluación sea principalmente cualitativa y se centre en las habilidades profesionales, la competencia personal y la competencia social del juez. No debe haber ninguna evaluación*

basada en el contenido de las decisiones y veredictos y, en particular, en criterios cuantitativos"

b. Mandatos fijos para el servicio judicial. Sobre el particular, la Comisión advirtió que *"Cualquier posible renovación de un mandato podría afectar negativamente a la independencia e imparcialidad de los jueces". Por esta razón, la Comisión de Venecia recomienda encarecidamente que el mandato de los jueces termine con la jubilación"*.

c. Extinción de la inmunidad judicial. La Comisión de Venecia reiteró lo declarado en otras oportunidades, en cuanto que *"es indiscutible que los jueces tienen que estar protegidos contra influencias externas indebidas. Para ello, deben gozar de inmunidad funcional"*.

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

e. Jurisdicción indígena. Respondida en la consulta sobre pluralismo jurídico y justicia indígena en punto vii.

f. La introducción de la perspectiva de género en la función jurisdiccional. La Comisión señaló que ella *"es ciertamente una opción política y social legítima, y puede ser útil para garantizar los derechos humanos, siempre que se especifique adecuadamente para promover la imparcialidad, por ejemplo, para tener en cuenta las situaciones específicas que perjudican a las mujeres, con el objetivo de asegurar la imparcialidad evitando el sesgo hacia ellas en la adjudicación. En ningún caso esta perspectiva debe suponer una posición privilegiada o predeterminar el resultado de un caso"*.

g. El requisito de la paridad de género en la estructura judicial. La Comisión opinó que apoya en general las políticas que garantizan el equilibrio de género en las instituciones públicas y se ha pronunciado a favor de que sean acogidas, sin perjuicio de lo cual añadió: *"sin embargo, la Comisión también advirtió de que "una disposición legal inflexible que*

establezca una cuota según criterios étnicos y de género por encima de los de competencia profesional -teniendo en cuenta el tamaño y la población del país- puede socavar el funcionamiento eficaz del sistema". El objetivo general es una administración de justicia más eficaz e imparcial.

vii. Si el principio de pluralismo jurídico (que implica una justicia indígena paralela) y la provisión de escaños reservados para los pueblos indígenas cumplen con las normas internacionales y cuáles serían sus ventajas y desventajas. Al respecto señaló que *"el Estado chileno debe establecer los mecanismos legales necesarios para proteger los derechos de los pueblos indígenas, incluso para garantizar la igualdad ante la ley, la igualdad de trato y la no discriminación. La Comisión de Venecia recuerda que "la participación de las minorías en la vida pública se basa principalmente en el reconocimiento formal del principio de igualdad"*.

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

viii. Si la posible retirada de los acuerdos internacionales de libre comercio y sus efectos sobre los derechos adquiridos en virtud de los mismos (en particular el derecho a la propiedad) se ajusta a las normas internacionales. Respecto de esta consulta, opinó que *"Los tratados de libre comercio son una consecuencia de las políticas económicas y sociales particulares que un Estado puede preferir en un momento dado. Su celebración, así como la retirada de los mismos, corresponde a la decisión soberana de cada Estado. Sin embargo, "el principio pacta sunt servanda (los acuerdos deben cumplirse) es la forma en que el derecho internacional expresa el principio de legalidad. No se ocupa de la forma en que el derecho internacional consuetudinario o convencional se aplica en el ordenamiento jurídico interno, pero un Estado "no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de su incumplimiento de un tratado" o del respeto del derecho internacional consuetudinario.*

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

las normas internacionales. La opinión de la Comisión fue en el sentido que “(...) *el legislador constituyente de Chile puede introducir cambios en la formulación de las disposiciones de derechos humanos a nivel constitucional siempre que dichos cambios no vayan en contra del derecho internacional consuetudinario y de los tratados internacionales ratificados. Estas disposiciones deben expresarse de manera que no impidan su desarrollo en el tiempo. [...] En conclusión, al diseñar las nuevas disposiciones constitucionales relativas a la protección del derecho de propiedad y posiblemente de otros derechos fundamentales, la Convención Constitucional debería tener en cuenta sus obligaciones internacionales. Esto es válido no sólo para el derecho de propiedad*”.

x. Si la opción binaria que se ofrecerá en el referéndum constitucional es compatible con la necesidad de lograr amplios acuerdos y consensos y si debiese haber opciones adicionales ofrecidas a los votantes. En esta materia su opinión fue la siguiente: “*Desde el punto de vista de las Directrices [de la Comisión de Venecia] revisadas sobre referendos (CDL-AD(2020)031), III,5, se prefiere una pregunta binaria. Sin embargo, no se excluye una votación "sobre dos o más alternativas (referéndum de varias opciones)", cuando "pueden proponerse. [...] Si se considerara necesario realizar ajustes en las preguntas que se someterán a referéndum, deberían hacerse a través de enmiendas constitucionales, y deberían debatirse debida y oportunamente con todas las partes interesadas.*

Ante la consulta sobre la posibilidad de introducir una tercera opción en el acto plebiscitario, la Comisión terminó señalando: “*...si se ofrece la posibilidad de una tercera opción, debería ser a través de los compromisos políticos de los actores políticos relevantes para llevar a cabo una verdadera reforma después del plebiscito, en lugar de cambiar los términos del proceso de revisión formal en esta etapa*”.

La Comisión terminó expresando en la Opinión de 2022, aquí resumida, su convicción de que la Convención Constitucional “*puede beneficiarse en gran medida de la larga y variada experiencia de la Comisión de Venecia en el ámbito de la elaboración de constituciones y, a través de la Comisión, de la experiencia de diversos Estados que han llevado a cabo procesos similares de redacción de constituciones y se han enfrentado a opciones institucionales comparables.*

2.B. Opinión Sobre La Reforma Constitucional De 2023 ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2023\)034-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)034-spa))

Esta Opinión fue adoptada por la Comisión de Venecia en su 136ª Sesión Plenaria de octubre 2023 y solicitada por el Presidente del Senado, con motivo de determinadas preguntas formuladas por algunos Senadores en relación con los proyectos constitucionales elaborados por la Comisión Experta y el Consejo Constitucional. La Opinión se elaboró a partir de los

resultados de la visita a Santiago de Chile en septiembre de 2023, de las observaciones de los ponentes Kaarlo Tuori, Janine Otálora Malassis, Hanna Suchocka, Paolo Carozza, Josep Maria Castellà, mismos responsables de la Opinión anterior de 2022), siendo finalmente examinada en reunión conjunta por las Subcomisiones de América Latina y de Instituciones Democráticas de la Comisión de Venecia.

Del 24 al 26 de septiembre de 2023, una delegación de la Comisión de Venecia, compuesta por su Presidente Emérito, Gianni Buquicchio, Representante Especial de la Comisión, el representante de EUA, profesor Paolo Carozza, de España, profesor Josep Maria Castellà, la Directora Secretaria de la Comisión, Simona Granata-Menghini, y Domenico Vallario, de la Secretaría, visitaron Chile y se reunieron con el Presidente del Senado, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el Presidente de la Cámara de Diputados y Diputadas, la Presidenta y el Vicepresidente del Consejo Constitucional y los delegados de los partidos representados en el mismo, el Presidente, Vicepresidente y miembros de la Comisión Experta, la Presidenta, Vicepresidente y miembros del Comité Técnico de Admisibilidad, la Presidenta y los magistrados del Tribunal Constitucional, el Consejo Directivo del Servicio Electoral, representantes de la mayoría y la oposición en el Consejo Constitucional, distintos académicos del derecho, la Secretaría de Participación Ciudadana del Proceso Constitucional, y la comunidad internacional acreditada en Chile.

Los temas consultados por el Senado a la Comisión de Venecia fueron los siguientes, que se indican con las opiniones de ésta resumidamente:

A. El proceso constituyente. La Comisión observa al respecto *“Tras el referéndum, el 12 de diciembre de 2022, casi todos los partidos políticos firmaron el “Acuerdo por Chile”, que establecía las normas para un nuevo proceso constituyente. Éstas contrastan con la anterior o son una reacción contra ella. El acuerdo se incorporó a la Constitución actual mediante una reforma aprobada por el Congreso”*.

En esta nueva Opinión la Comisión reiteró la anterior de marzo de 2022 relativa al pasado proceso de la Convención, al señalar que *“la adopción de una nueva y adecuada Constitución debe basarse en el más amplio consenso posible dentro de la sociedad; un debate amplio y sustantivo en el que participen las distintas fuerzas políticas, las organizaciones no gubernamentales y las asociaciones de ciudadanos, el mundo académico y los medios de comunicación, es un importante requisito previo para adoptar un texto sostenible, aceptable para el conjunto de la sociedad y acorde con las normas democráticas”, y que para ello es necesario que la nueva Constitución:*

- *satisfaga, en la mayor medida posible, las expectativas de numerosas y muy diversas categorías de personas y grupos políticos;*

- *sea suficientemente clara, y técnicamente completa y sólida;*
- *sea políticamente viable para que se aplique debidamente y con prontitud tras su adopción".*

Finalmente hizo presente que” (...)el complejísimo diseño de este proceso constituyente, aprobado por un amplio consenso de las fuerzas políticas, ha de valorarse a la luz de la experiencia de la anterior Convención Constituyente: dicho órgano de elección directa, que concentraba todos los poderes para la redacción de la nueva constitución, estaba desconectado del Congreso. El referéndum final para la aprobación por el pueblo chileno (plebiscito de salida) fue el único y definitivo poder de supervisión”.

B. El status de los tratados internacionales. ¿Qué opinión le merece a la Comisión de Venecia el artículo 5 del anteproyecto de la Comisión Experta? ¿Considera la Comisión de Venecia que es esta norma acorde a los estándares de un estado constitucional y democrático de derecho? ¿Los estándares de un estado constitucional y democrático exigen otorgar una jerarquía determinada a los tratados internacionales en los ordenamientos jurídicos internos? Al respecto, expresa la Comisión lo siguiente: *Esta disposición no establece una jerarquía/relación específica de los tratados internacionales con el ordenamiento jurídico interno. En el derecho comparado, existen diferentes posibilidades en cuanto a la jerarquía y los efectos de los tratados, incluidos los tratados internacionales de derechos humanos en relación con el ordenamiento jurídico interno, en particular con la constitución. La Comisión afirma que “La redacción del anteproyecto de la Comisión Experta no es una rareza en el derecho comparado. El artículo 5 § 2 se hace eco de otras constituciones, entre otras las de España (artículo 10 § 2) y México (artículo 1 § 2). En estos casos, los tribunales ordinarios y constitucionales están facultados para integrar el contenido de los derechos fundamentales con nuevas facultades, materias o contenidos del derecho internacional, siempre que tales contenidos adicionales no introduzcan limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales ni vayan en contra del derecho internacional consuetudinario y de los tratados internacionales ratificados. Este sistema enfatiza el rol fundamental de los tribunales en garantizar la protección de los derechos fundamentales y libertades”.*

Finaliza la opinión de la Comisión de Venecia sobre este aspecto, observando “que el Consejo Constitucional ha modificado ligeramente este artículo (...) pone un acento más fuerte en la supremacía de la Constitución (la norma suprema del ordenamiento jurídico) y apunta a distinguir los tratados de derechos humanos de los instrumentos de soft law. En cuanto a la regla interpretativa a emplear, el nuevo proyecto establece que las normas de derecho interno deben interpretarse de manera compatible con la Constitución, atendiendo

a las disposiciones referidas a derechos y libertades de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes (énfasis añadido).

C. El sistema electoral. Las consultas del Senado versaron sobre los siguientes aspectos del mismo:

- **Si es decisivo e imprescindible que un texto constitucional consagre el detalle de las normas electorales de un ordenamiento jurídico, o si debe establecer ciertos principios rectores a desarrollar por normas infraconstitucionales; y si es preferible distribuir los representantes de la ciudadanía, concretamente en la Cámara de Diputados y Diputadas, en proporción a los habitantes de un determinado territorio;**
- **Si es conforme a los estándares de un Estado constitucional y democrático de Derecho que, con el objetivo de afrontar los problemas derivados de la fragmentación política, se fije un umbral electoral;**
- **Si los mecanismos para establecer la paridad de género en la asignación de cargos electos son compatibles con las normas de un Estado de Derecho constitucional y democrático, en particular con el principio democrático de igualdad de sufragio;**
- **Si la pérdida del escaño de un diputado que renuncia o es expulsado de su partido se ajusta a las normas de un Estado constitucional y democrático de Derecho.**

1. La elección del sistema electoral. Se señala en la Opinión que: *“La Comisión de Venecia ha expresado reiteradamente la opinión de que la elección de un sistema electoral es una decisión soberana de un Estado a través de su sistema político. Así pues, puede elegirse cualquier sistema electoral siempre que sea conforme con los estándares que garantizan, en particular, el sufragio universal, igual, libre y secreto, y siempre que garantice y haga efectiva la libre expresión de la voluntad de los electores”.*

2. El grado de constitucionalización de un sistema electoral. Recuerda la Comisión que: *“[l]a elección de un sistema electoral, así como de un método de asignación de escaños, sigue siendo una cuestión constitucional delicada y debe examinarse cuidadosamente, incluida su adopción por un amplio consenso entre los partidos políticos. Aunque es una elección soberana de cualquier democracia determinar su sistema electoral apropiado, existe el supuesto de que el sistema electoral tiene que reflejar la voluntad del pueblo”.* Finaliza señalando que ella *“...ha sostenido sistemáticamente que cualquier enmienda a gran escala de la legislación electoral necesita un debate público exhaustivo y consultas no sólo entre los partidos políticos representados en el Parlamento, sino también entre otros actores relevantes fuera del Parlamento y la sociedad civil, que conduzcan a un amplio consenso. Las reformas electorales, especialmente las de carácter fundamental, como las*

que implican un cambio de sistema electoral, deben guiarse por los intereses de los votantes y evitar cualquier percepción de favorecer a cualquier actor político”.

3. Umbrales electorales. Opina la Comisión: *“Los umbrales de representación -es decir, el porcentaje mínimo legalmente establecido de votos válidos que deben obtener los partidos para participar en el reparto de escaños- tienen como principal objetivo evitar la fragmentación de los partidos y permitir gobiernos estables al excluir a los partidos minoritarios a la hora de traducir los votos en escaños. Se trata de un objetivo legítimo. Sin embargo, desde el punto de vista de la inclusión, los umbrales legales elevados, especialmente a nivel nacional, pueden resultar problemáticos”.*

4. Igualdad entre hombres y mujeres. Afirma la Comisión que no existen estándares internacionales sobre cómo garantizar la paridad de género y que es difícil hacer recomendaciones sobre el particular. Añade *“El Código de Buenas Prácticas en Materia Electoral de la Comisión de Venecia establece que “Las reglas jurídicas que imponen un porcentaje mínimo de personas de cada sexo entre los candidatos, si tienen una base constitucional, no deberían considerarse contrarias al principio de la igualdad del sufragio”. Y en el Informe Explicativo, la Comisión de Venecia desarrolla la idea: “10. La igualdad en materia electoral abarca diversos aspectos. Algunos tienen que ver con la igualdad del sufragio, valor común en el continente; otros van más allá y no pueden considerarse reflejo de una norma general. Los principios que deben ser respetados en todo caso son: la igualdad en el recuento, la igualdad del poder de voto y la igualdad de oportunidades. Sin embargo, no puede imponerse, por ejemplo, la igualdad de resultados, a través de la representación proporcional de los partidos o de los sexos.” Y más adelante añade: “. En los casos en que existe una base constitucional específica, se podrán adoptar reglas que garanticen un cierto equilibrio de ambos sexos en los órganos electos, o incluso la representación paritaria. En ausencia de base constitucional, esas disposiciones podrían ser consideradas contrarias al principio de igualdad y de libertad de asociación. Por otra parte, el alcance de estas reglas depende del sistema electoral”.*

Termina haciendo presente que *“debe hacerse una distinción entre la paridad de género entre los candidatos y la redistribución de los escaños parlamentarios. Mientras que las disposiciones que exigen una cierta paridad de género entre los candidatos propuestos por los partidos son perfectamente aceptables, debería adoptarse un enfoque más restrictivo con respecto a la redistribución de los escaños parlamentarios, ya que su efecto podría ser la alteración de la voluntad del cuerpo electoral y, por tanto, del principio democrático”.*

5. Transfuguismo y pérdida de mandatos. Señala la Comisión de Venecia que ella *“favorece el mandato libre e independiente de los representantes electos,⁴⁹ lo que significa que “el diputado puede cambiar su lealtad de partido (“cambio de partido o grupo”) o*

volverse independiente sin el riesgo de perder su mandato. El mandato libre también supone que hay espacio para un voto discordante, sin hacer un cambio definitivo de grupo." Así pues, la Comisión de Venecia ha sostenido sistemáticamente que "perder la condición de diputado por 'cruzar el hemiciclo' o cambiar de partido es contrario al principio del mandato libre e independiente", ya que "se supone que los diputados representan al pueblo y no a sus partidos". Además, ha considerado que "privar a los representantes legalmente elegidos de su mandato de servir en el parlamento debido a la afiliación política de un representante, que incluye la opción de rechazar la pertenencia a partidos o facciones políticas, es una injerencia en la elección del pueblo de la legislatura".

Concluye la Opinión de la Comisión advirtiendo que "el artículo 72 §§ 10 y 11 del proyecto de la Comisión Experta y el artículo 70 § 10 del proyecto del Consejo Constitucional no se ajustan, por tanto, en opinión de la Comisión, a los estándares de un Estado constitucional y democrático de Derecho".

D. Control ex ante de constitucionalidad. ¿Es contrario a los estándares de un Estado constitucional y democrático un modelo de control de constitucionalidad ex ante? Si no lo es, ¿qué limitaciones deberían considerarse en su diseño? La Comisión recuerda que en su Opinión de marzo de 2022, afirmó que, si bien la forma paradigmática de revisión judicial es el control ex posteriori, en muchos sistemas existen al menos algunos mecanismos de control a priori. Corresponde a los Estados decidir, de acuerdo con sus propias tradiciones constitucionales y necesidades específicas, qué órganos, y en qué medida, están autorizados a llevar a cabo una revisión a priori y quién debe tener derecho a iniciarla.

La Comisión considera que el control previo o ex ante de constitucionalidad de leyes prevista en el proyecto del Consejo Constitucional aborda suficientemente el riesgo de politización. Asimismo, hace presente que "Las ventajas y los riesgos asociados a la revisión constitucional ex ante también están estrechamente relacionados con la composición y el modo de elección de los miembros del Tribunal Constitucional". Se manifiesta conforme con el número impar de 11 jueces, pues, señala, "permitirá al Presidente concentrarse en sus tareas administrativas y evitará el problema del empate y de un controvertido voto dirimente del Presidente. Además, permitirá que las Salas funcionen con un mínimo de 5 jueces, lo que da suficiente legitimidad a las decisiones tomadas por mayoría".

Observa que el sistema sucesivo de designación de los ministros del Tribunal Constitucional propuestos por el Comité de Expertos y el Consejo Constitucional, resulta complejo y existirá "el riesgo de que, al concentrar los poderes sustantivos en manos del Presidente (que presenta al Senado una lista de dos miembros de una lista de cinco), los jueces sean vistos como una fuerte expresión de la voluntad política, especialmente en caso de que el Presidente y el Senado sean de la misma tendencia política". Por ello se manifiesta en favor

del sistema distributivo, es decir, que cada poder del Estado designe por sí un número determinado de jueces, porque *“en un sistema presidencialista como el chileno sería preferible, y aseguraría una mayor legitimidad democrática”*.

E. Normas sobre enmiendas constitucionales, para modificar los quórum o mayorías necesarios para la reforma constitucional. Opina la Comisión: *“En cuanto al procedimiento especial para la adopción de una constitución totalmente nueva, no es la regla general que una constitución prevea el mismo procedimiento de reforma independientemente de que la enmienda se refiera a una sola disposición, a grandes partes del texto constitucional o incluso a toda la constitución. Esto puede reflejar en parte la dificultad de juzgar en qué momento un conjunto de reformas "parciales" constituye una revisión efectiva del conjunto. De hecho, varias constituciones prevén expresamente un procedimiento especial y reforzado para la revisión total de la constitución o para la adopción de una nueva constitución”*. Reitera más adelante *“que existen buenas razones tanto para que las constituciones sean relativamente rígidas como para que existan posibilidades de reforma. El reto consiste en equilibrar estos dos conjuntos de requisitos, de manera que se puedan aprobar las reformas necesarias (es decir, sin que la adopción de una enmienda constitucional resulte demasiado difícil de lograr o prácticamente imposible), sin socavar la estabilidad, previsibilidad y protección generales que ofrece la constitución”*.

F. Estado social y remoción de obstáculos a la realización de los derechos humanos, libertad y la igualdad. El Senado consulta sobre las siguientes cuestiones: (a) la compatibilidad del *“Estado social y democrático de Derecho”* con el principio de subsidiariedad; y (b) las diferencias entre las versiones de los respectivos borradores del artículo 2, y en particular la referencia de la Comisión Experta a la obligación del Estado de *“remover los obstáculos”* que impidan o dificulten la realización de la libertad, los derechos y la igualdad de las personas, que fue eliminada del borrador del Consejo Constitucional. Señala la Comisión sobre la primera cuestión: *“(…) en principio, no existe incompatibilidad alguna entre el principio de subsidiariedad, tal como se incorpora expresa o implícitamente en diversos sistemas constitucionales, y el objetivo de establecer un “Estado social y democrático de derecho”. Este último es ante todo una afirmación de los resultados que se persiguen, mientras que la subsidiariedad es ante todo una expresión de los medios que deben emplearse. El principio del Estado social (distinto del Estado socialista) debe leerse en armonía con los otros dos principios: el Estado de derecho y el Estado democrático, y cada principio limita una posible interpretación maximalista del otro”*.

Sobre la segunda cuestión, expresa la Comisión que *“la referencia a la responsabilidad del Estado de “remover los obstáculos” a la libertad, los derechos y la igualdad de las personas*

-ya se exprese en ese lenguaje específico o en alguna otra forma comparable, como la obligación de "apartar las dificultades" - puede ciertamente expresar una opción política legítima de un poder constituyente. Aunque la frase no es común en muchos otros sistemas constitucionales, tiene algunos precedentes, en particular en el artículo 3 § 2 de la Constitución de Italia y en el artículo 9 § 2 de la Constitución de España. También guarda cierta similitud con la especificación de las obligaciones afirmativas del Estado en virtud de la legislación internacional sobre derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

G. Institución del Defensor del Pueblo. El Senado ha consultado a la Comisión respecto a una preferible técnica constitucional en el aspecto de proteger ciertos bienes jurídicos ciudadanos a través de órganos aislados como las "Defensorías" o conformar una estructura más amplia, que sin perjuicio de tener especificidad en la ejecución de sus fines, tenga una unidad de acción encaminada a la protección en su sentido amplio, similar a la figura del Ombudsman. El Senado plantea la pregunta de si es preferible, para la protección efectiva de los intereses jurídicos de los ciudadanos, contar con organismos especializados separados (como el propuesto Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensa de las Víctimas) en lugar de uno unitario con un mandato más amplio. La Comisión recuerda al respecto *“que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido el importante papel que las instituciones de ombudsman y mediadores pueden desempeñar, de acuerdo con su mandato, en la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En sus Principios sobre la Protección y Promoción de la Institución del Defensor del Pueblo (en adelante, los "Principios de Venecia"), la Comisión de Venecia ha destacado el papel del Defensor del Pueblo como elemento importante en un Estado basado en la democracia, el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y la buena administración”.*

Hace presente más adelante que *“Los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si crean una única institución de Defensor del Pueblo o varias especializadas, dependiendo de la organización del Estado, sus particularidades y necesidades. En todos los casos, sin embargo, la Comisión de Venecia insta a los Estados a adoptar modelos que se ajusten plenamente a los Principios de Venecia, fortalezcan la institución y mejoren el nivel de protección y promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el país”.* Acerca de los referidos Principios de Venecia, cabe hacer presente que la Comisión, como ocurre en diversas materias en las que ha participado asesorando a distintos países, cuenta con normativas y criterios que aplica en sus Opiniones, como es el caso de Normas sobre la Protección y el promoción de la Institución de los Defensores del Pueblo o Principios de Venecia, adoptados el año 2018.

Y termina advirtiéndolo “*que queda a discreción del poder constituyente chileno decidir si establece una sola institución de ombudsman, con competencia general, o varias especializadas, o una sola institución con divisiones internas especializadas para los temas más sensibles como los mencionados. Sin embargo, en todos los casos, la constitución debe contener garantías adecuadas de independencia de estas instituciones respecto a los demás poderes del Estado, tal y como se establece en los Principios de Venecia. Si se prevén varias instituciones especializadas de ombudsman, o bien todas ellas deben estar previstas en la constitución, o bien ésta debe prever que todas ellas sean creadas y reguladas por una legislación posterior*”.

La Comisión concluye en su Opinión haciendo presente que “*Este proceso de reforma constitucional aún no ha concluido y su éxito dependerá de la posibilidad de alcanzar un amplio consenso entre las fuerzas políticas y entre la población*”. Hace un llamado a las mayorías y minorías políticas a tener un espíritu de compromiso para “*seguir guiando los próximos pasos, en aras del bien común y de la voluntad del pueblo de Chile en su conjunto*”. Finalmente ofrece a las autoridades ayuda en este proceso.

José Ignacio Vásquez Márquez
Ministro del Tribunal Constitucional
Representante de Chile ante la Comisión de Venecia
Profesor de Derecho Constitucional y Ciencia Política
Facultad de Derecho U. de Chile