

El proceso legislativo en el Congreso Nacional

Christian Viera Álvarez

1. Introducción

El presente capítulo analiza el proceso legislativo desde la perspectiva de su enfoque normativo-constitucional y de su implementación en la praxis político-parlamentaria.

En cuanto a lo primero, he seguido el itinerario geográfico de la Constitución; por lo mismo, me detengo en los órganos que intervienen, las materias de ley y el procedimiento nomogenético, con una pequeña descripción de las normas especiales relativas a diputados y senadores.

En cuanto a lo segundo, propongo una revisión crítica del Órgano Legislativo. Para estos efectos, reviso brevemente el proceso de formación de la ley, destacando el carácter reforzado del presidencialismo chileno, lo que ha significado la invisibilización del Congreso Nacional. Asimismo, dentro de ese proceso, reviso el lobby y el rol que les cabe a los partidos políticos y los poderes fácticos, para, finalmente, encuadrar todo lo anterior en una crisis, que es del Estado y de la ley.

Metodológicamente, en la primera parte presento las normas de la Constitución de manera descriptiva. Para la segunda parte, recurro a la entrevista de personas que han tenido participación directa en el proceso legislativo, sea funcionarios de Gobierno o del Parlamento, y su aporte ha sido de vital importancia para el desarrollo de un análisis crítico del actual proceso de formación de ley. Asimismo, la revisión bibliográfica ha permitido un acercamiento al fenómeno de crisis de la ley y el Estado, fenómeno que no es patrimonio nacional, sino que compartimos con otros sistemas legislativos.

Por lo mismo, postulo que la crisis del Congreso Nacional es de envergadura y hunde sus raíces en diversas causas. Sin embargo, a fin de cuentas, se traduce en una crisis de legitimidad de la representación y de la estructura. Frente a un órgano Ejecutivo fuerte, con potentes equipos de trabajo, asoma un Legislativo limitado, cuya principal fuente

del derecho, la ley, está cada vez más disminuida y en el contexto de una crisis del Estado nacional que ha permitido la emergencia de un modelo democrático de carácter formal.

2. Revisión formal de la normativa vigente

2.1. ÓRGANOS QUE INTERVIENEN

Como es sabido, en el proceso de formación de la ley intervienen, principalmente, dos órganos del Estado: el Presidente de la República y el Congreso Nacional.

Por una parte, el Ejecutivo, a través del Presidente de la República, goza de iniciativa para presentar proyectos de ley (art. 32 nº 1), la que en algunos casos es exclusiva (art. 65 inc. 3º). Pero no solo tiene iniciativa, sino que, en lenguaje constitucional, le corresponde «concurrir a la formación de las leyes». Esto, porque junto a la iniciativa, las sanciona y promulga (art. 32 Nº1), ordena su publicación (art. 75) y goza de ciertas regalías (manifestación de facultades que correspondían al monarca), ya que le asiste el derecho de poder desaprobar un proyecto de ley (derecho a voto, art. 73, inc. 1), el que no es suspensivo, es decir, que impida de manera absoluta la publicación del proyecto de ley aprobado por las Cámaras, puesto que al Congreso Nacional le asiste el derecho de insistencia, que consiste en el rechazo al voto presidencial, pero con un alto quórum: dos tercios de miembros presentes (art. 73 inc. final).

Por otra, interviene el Congreso Nacional, órgano del Estado compuesto de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado. Ambas concurren a la formación de las leyes y tienen otras atribuciones que señalan la Constitución o las leyes (art. 46).

Si bien tiene otras facultades, entre las que destacan su participación en la declaración de estados de excepción (sitio y asamblea, art. 40), rol de fiscalización de los actos de Gobierno a cargo de la Cámara de Diputados (art. 52 Nº 1), acusación constitucional a las más importantes autoridades de la República, también a cargo de la Cámara de Diputados (art. 52 Nº 2), designar integrantes del Tribunal Constitucional (cuatro, art. 92 letra b), conocer y resolver las acusaciones constitucionales, esta vez a cargo del Senado (art. 53 Nº 1) o, también en el Senado, participar junto al Presidente en la designación de importantes autoridades, como los ministros de la Corte Suprema (art. 53 Nº 9), fiscal nacional del Ministerio Público (art. 85 inc. 1), Contralor General de la República

(art. 98 inc.2), consejeros del Banco Central (art. 7 LOC 18840 del Banco Central de Chile).

Con todo, la principal función que cabe al Congreso Nacional, el espacio de la representatividad por excelencia de la comunidad, es concurrir a la formación de las leyes. Para ello, la Constitución detalla el procedimiento de formación de la ley.

2.2. NORMATIVA ESPECIAL RELATIVA A DIPUTADOS Y SENADORES

Antes de la revisión de las normas constitucionales sobre diputados y senadores, es necesario señalar que desde el año 2005 no existe la distinción entre legislatura ordinaria y extraordinaria, distinción propia de épocas pasadas en que la actividad legislativa era *ad honorem* y no remunerada. Hoy, el período de sesiones está establecido en la Ley Orgánica del Congreso Nacional y señala que el Congreso se entiende instalado luego de la investidura de la mayoría de los miembros de cada Cámara (art. 5 inc. 2, Ley 18918). Ya no interviene el Presidente de la República en su convocatoria.

Ahora bien, para ambas Cámaras, se establece un quórum para iniciar la sesión y adoptar acuerdos, a saber, la tercera parte de los miembros en ejercicio de la respectiva Cámara (art. 56 inc. 1).

Asimismo, para evitar o prevenir eventuales conflictos de interés, la Constitución establece una serie de inhabilidades e incompatibilidades de diputados y senadores en relación al ejercicio de su cargo (arts. 57 y 58).

Finalmente, conviene señalar que, como es tradición en las constituciones chilenas, a los diputados y senadores les asisten dos privilegios de carácter procesal.

El primero es la inviolabilidad, que consiste en que estos son irreprochables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o comisión (art. 61 inc. 1). Este privilegio supone la irresponsabilidad penal de los parlamentarios en los casos señalados por la Constitución y obedece a una doble fundamentación. Por un lado, al calor y pasión que caracteriza el debate político, pueden producirse opiniones un tanto destempladas, que en otro contexto bien podrían ser relativizadas u omitidas. Por lo mismo, el beneficio solo se extiende a las opiniones de sala o comisión, es decir, cuando los parlamentarios están en pleno ejercicio de su cargo. Y por otro, el contar con esta garantía también favorece una mayor (y mejor) libertad de expresión por parte de los parlamentarios.

El segundo, es el fuero parlamentario. Este privilegio consiste en que ningún parlamentario, desde el día de su elección o juramento, puede ser acusado o privado de libertad si, previamente, no es autorizada la medida por un tribunal de alzada competente declarando haber lugar a la formación de causa (art. 61 inc. 2). Una vez obtenida esa autorización, desde ese momento quedará el diputado o senador imputado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente (art. 61 inc. final). En un primer momento podríamos pensar que se trata de una flagrante violación al principio de igualdad ante la ley. ¿Por qué hemos de aceptar diferencias entre chilenos frente a la participación en hechos punibles? Sin embargo, este privilegio opera como una garantía para el parlamentario frente a acusaciones infundadas que podrían afectar seriamente el normal ejercicio de la actividad legislativa. Porque no se trata de una causal que exonera su responsabilidad, sino que un trámite previo que permite un análisis acerca de la razonabilidad de la acusación.

2.3. MATERIAS DE LEY

Una primera explicación en cuanto al estatuto de las materias de ley. La Constitución vigente invirtió el principio de dominio legal que existía en la de 1925. Esta consagraba un sistema de dominio legal mínimo, lo que quiere decir que el legislador era competente para regular no solo las ‘materias de ley’, sino también otras que no estuvieran contenidas en la disposición constitucional que las establecía. En efecto, el art. 44 de la Constitución de 1925 en su primer inciso señala: «solo en virtud de una ley»; a continuación se enumeraban quince materias que podrían ser reguladas por ley. La palabra «solo» es la que denota el mínimo, porque eran al menos estas materias, pero si había otra que no aparecía en el art. 44 de la Constitución, nada impedía que se pudiera regular por ley.

Por el contrario, en la Constitución promulgada en 1980 rige el sistema de dominio legal máximo, es decir, las materias de ley son única y exclusivamente las que establece el art. 63, por cuanto señala el inc. 1 que «solo son materias de ley», es decir, estas, solo estas y nada más.

Ahora bien, si una materia no se encuentra comprendida en esa disposición, en principio, puede la potestad reglamentaria autónoma del Presidente proceder a regularla, de conformidad con el art. 32 N° 6 que señala que «son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6º Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la

facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes». De esta norma se desprende la distinción entre potestad reglamentaria autónoma y de ejecución.

Digo en principio, porque el N° 20 del art. 63 señala que es materia de ley «toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico», entonces, dada la amplitud de materias que abarca la norma, se produce una inmediata relativización de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente. Al respecto, Rajevic señala que «en virtud de esta norma, la potestad reglamentaria autónoma no podrá jamás regular las bases esenciales de un ordenamiento, cualquiera que sea (penal, civil, urbanístico)» (1996, 31). En el mismo sentido, Cea señala que la potestad reglamentaria autónoma del Presidente es una mera apariencia de innovación, pues «el catálogo taxativo del art. 60 (actual art. 63) contiene mandatos cuya sustancia preceptiva o capacidad normativa es disímil, llegándose a la cima con el principio común consagrado en su último número» (1984, 430).

En el apartado relativo a las materias de ley llama la atención la amplitud de materias que abarca, que van desde hacer códigos, hasta aquellas que tienen que ver con el sistema económico y social (véase n° 7 al 10 del art. 63), lo que es manifestación de la confianza que genera la ley como instrumento de interpretación de la realidad, premisa que, en todo caso, se encuentra en crisis, sea por la complejidad del mundo actual, que va generando profundas y rápidas mutaciones que desactualizan las normas jurídicas, como por la emergencia de la potestad reglamentaria como fuente de regulación de materias que requieren un desarrollo preciso y técnico.

Además, en este mismo apartado se establece el Decreto con Fuerza de Ley (DFL), ejemplo de legislación irregular, ya que formalmente es Decreto pero sustancialmente es ley, porque trata sobre materias de ley previa delegación del Legislativo al Ejecutivo (art. 64). Con todo, es necesario señalar que los DFL tienen límites temporales y materiales. En cuanto a los primeros, el plazo para dictarlo es de un año desde la autorización otorgada por el Congreso Nacional (art. 64 inc.1). En cuanto a los segundos, la autorización no podrá extenderse a aquellas materias señaladas en los incisos 2 y 3, entre las que destaca que no serán objeto de delegación las relativas a derechos fundamentales.

2.4. PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DE LA LEY

Los artículos 65 al 75 detallan el proceso de formación de la ley. En una larga y detallada descripción, va describiendo paso a paso los senderos procedimentales que debe transitar un proyecto para convertirse en ley.

Por de pronto, los proyectos pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, sea por Mensaje que dirija el Presidente o por moción de cualquiera de los parlamentarios (art. 65 inc. 1), sin perjuicio de que hay materias que necesariamente deben tener origen en el Senado o en la Cámara de Diputados (art. 65 inc. 2).

En este proceso, ambas Cámaras pueden adicionar o corregir los diferentes proyectos de ley que están conociendo, con el cuidado de no afectar las ideas matrices del mismo (art. 69 inc. 1). Una vez aprobado un proyecto en la Cámara de origen, pasa a la Revisora para que se discuta nuevamente (art. 69 inc. 2). Si hay desacuerdo entre ambas Cámaras para aprobar el proyecto, pasa a una Comisión Mixta que propone forma y modo de resolver las dificultades, el cual regresa a ambas cámaras para su nueva discusión y aprobación (art. 70).

Aprobado el proyecto por ambas Cámaras, es remitido al Presidente de la República para su promulgación (art. 72), siempre y cuando no haga uso del veto, que es la desaprobación de un proyecto, caso en el cual debe remitirse nuevamente al Congreso, quien debe acoger las observaciones o insistir, con un quórum especial (art. 73).

Reflejo del presidencialismo reforzado de nuestro sistema es la determinación de la urgencia en el despacho de un proyecto, ya que es el Presidente quien lo determina (art. 74).

Asimismo, la Constitución establece un plazo para la promulgación y publicación de la ley y fija un plazo para realizar observaciones; si estas no se hacen, deberá necesariamente aprobarlo y ordenar su promulgación (art. 75).

Finalmente, quisiera insistir en lo extenso de la descripción nomegenética. No supone un aporte al constitucionalismo que el proceso de formación de la ley se encuentre regulado con tanto detalle. ¡La Constitución establece plazos y fija eventualidades! Si se aligera la regulación procedural, no va a significar un menoscabo a la Carta, porque se trata de materias que bien pueden regularse por el legislador. Lo que sí debe quedar expresamente consagrado, es que se trata de un procedimiento que responde al método deliberativo.

3. Revisión crítica del rol del órgano legislativo en la sociedad

Si bien el Congreso Nacional es la sede por excelencia de la deliberación política, en la práctica existen elementos extranormativos que enriquecen y/o contaminan el debate legislativo. En ese sentido, no ha de extrañar que el proceso de deliberación devenga en un acuerdo transaccional que compensa las diferentes cosmovisiones. Unido a lo anterior, los grupos de interés o de presión intervienen con fuerza para persuadir a los parlamentarios, sea para obtener una ley favorable o impedir la aprobación de otras porque les perjudica. Esto que podríamos llamar «deliberación de pasillo» es una manifestación de la importancia de los espacios extranormativos para la toma de decisiones político-legislativas.

Si el proceso fuera abierto y transparente, como así lo pretende la normativa constitucional, todos los grupos y personas involucradas en el contenido de un proyecto de ley pueden –o deben– tener cabida en las distintas etapas de discusión. Nada impide que existan diferentes invitados a los trabajos de Comisión, que puedan exponer sus puntos de vista, cuestión que de hecho ocurre, como se desprende de cualquier boletín del Congreso que da cuenta de la historia de una ley.

Sin embargo, al parecer, no todo lo que se discute queda registrado en los trabajos de Comisión o Sala. Ingenuo sería si pensáramos que ello es así. La pregunta que surge tiene relación con la importancia de las discusiones y decisiones que se realizan fuera de los caminos formales e institucionales. Porque de haberlos, los hay. ¿Son o no relevantes?

Como se trata de un problema más fáctico que normativo, las fuentes a las cuales acudo para responder a esta pregunta son personas que han participado en el Gobierno y como asesores parlamentarios, por lo tanto, han intervenido en el proceso de formación de las leyes. Estos entrevistados han dado testimonio sobre esta problemática, conscientes de que esta opción metodológica tiene límites; a saber, el hecho de que cada entrevistado tiene un acercamiento parcial al fenómeno.

3.1 EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY: PRESIDENCIALISMO REFORZADO E INVISIBILIZACIÓN DEL CONGRESO

Hemos visto que en el proceso de formación de la ley intervienen Presidente y Congreso, destacándose el primero por ciertas atribuciones exclusivas que permite que sea un actor relevante en el proceso. Y eso, que se refleja en la norma constitucional, se verifica en la realidad,

porque en la práctica el Ejecutivo no solo cuenta con potentes equipos de trabajo, o que la secretaría general de la Presidencial tiene una especie de «banco de proyectos de ley» que se presentan en el Congreso alentados más por la contingencia política que por la definición estratégica para implementación de un programa, sino porque, además, el Ejecutivo marca la agenda legislativa con la iniciativa exclusiva y la determinación de las urgencias.

Esas facultades otorgadas al Presidente son las que nos permiten inscribir a Chile con un tipo de gobierno presidencial reforzado, no solo porque el ejercicio del poder es rígido, al no existir la flexibilidad propia de los sistemas parlamentarios, como la moción de censura o la disolución de la Cámara, sino que, en la práctica, existe una preeminencia ostensible de un órgano del Estado sobre otro. Incluso, uno de los entrevistados llegó a señalar que existen algunos proyectos de ley en que el Ejecutivo es draconiano y que el Parlamento no es el espacio donde se fundan proyectos, tanto por la fuerza del Ejecutivo como por el hecho de que la discusión legislativa con los representantes oficialistas se reduce a un tema de lealtades o deslealtades con el Ejecutivo.

Por lo mismo, y asumiendo la crisis que padecen los Parlamentos en el mundo entero, esta se ve agravada en nuestro país por la radical preeminencia de un órgano sobre otro. No exagero al señalar que la actual estructura institucional ha permitido una invisibilización del Congreso Nacional, porque en el trámite de formación de una ley, que reclama como condición la deliberación, no se materializará si previamente no cuenta con el respaldo de las fuerzas políticas. Sin respaldo político, el proyecto no se presenta. Y si es presentado en el Congreso, a pesar de la facultad que tienen diputados y senadores de presentar indicaciones, estos se encuentran tan restringidos por la iniciativa exclusiva del Presidente, que en definitiva los proyectos de ley se aprueban en los términos que establece el ejecutivo, relevando al Congreso a un administrador de vetos.

Si agregamos a lo anterior un sistema electoral que favorece la representatividad de las dos más importantes fuerzas políticas, tenemos un sistema con un claro déficit de representatividad.

En efecto, el sistema electoral chileno para la elección de parlamentarios favorece a las dos coaliciones más poderosas, dado que es difícil doblar en votos a la lista competitiva y así dos candidatos. Por lo mismo, se trata de un modelo que tiende a la exclusión de minorías importantes, las que a menos que lleguen a un acuerdo político con uno de los principales conglomerados, no contarán con representación parlamentaria. Y este sistema electoral, llamado ‘binominal’, persiste hasta la actualidad.

La última reforma a la Constitución de febrero de 2014 eliminó el guarismo «120» del art. 47, con la finalidad de modificar en el futuro el sistema binominal, pero persiste la decimotercera disposición transitoria que señala que «las modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios que digan relación con el número de senadores y diputados... requerirán del voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio», es decir, cambiar el sistema electoral precisa un quórum tan alto como el exigido para reformar la Constitución. Se trata de una reforma que recuerda el cuento El Gatopardo.

A lo anterior debemos agregar el modelo de *quora* de las leyes, en que hay un género, el legal, que se subdivide en especies, donde encontramos como ‘tipos’ a las leyes interpretativas, leyes orgánicas constitucionales, leyes de quórum calificado y leyes ordinarias. No incluyo el DFL porque se trata de legislación irregular.

No es difícil imaginar entonces los efectos que provoca este sistema electoral y el sistema de *quora* para las leyes: se ‘fuerza’ al consenso (veto de la minoría más bien) y hace muy rígida la normativa.

Se ha sostenido que este modelo genera estabilidad social y política, porque no se pueden realizar cambios sustantivos sin acuerdos políticos mayoritarios. No obstante, en áreas sensibles, en que las visiones políticas son diferentes, se tiende a la petrificación y, en no pocas oportunidades, lo que deviene es la imposición de una voluntad contramayoritaria, por la importancia cuantitativa que reviste en el Congreso Nacional la principal fuerza de oposición al Gobierno.

Y si sumamos en la ecuación un Congreso no representativo, porque resulta indesmentible que el sistema no tiende a la representación de las diferentes fuerzas vivas de la sociedad, todo deviene en pura forma. En estos momentos incluso, somos testigos del cambio de paradigma en el que descansa el modelo de desarrollo chileno, que parte con las masivas movilizaciones de los estudiantes en 2011; el gobierno que acaba de asumir en 2014 pretende destrabar el problema enviando sendos proyectos de ley. Sin embargo, si en la discusión el Congreso se transforma en mero aprobador del Ejecutivo, y no se logran los *quora* para los proyectos más emblemáticos (Educación o cambio de la Constitución), persistirá el problema de la falta de representatividad. Y ese es un buen punto, porque hay una propuesta unilateral del Ejecutivo que apuesta a obtener un visto bueno que legitime, pero que no ha pasado el test del procedimiento verdaderamente intercomunicativo.

Con todo, es posible encontrar casos en que el trabajo desarrollado en el Congreso ha sido relevante en los resultados de algunas leyes. Es cuestión de ver el proyecto de nueva ley de matrimonio civil que encuentra su génesis en sendas mociones parlamentarias, o el proyecto de ley de regulación del trabajo infantil, o la moción que propuso la disminución de la jornada ordinaria de trabajo de 45 a 48 horas. Sin embargo, en los grandes temas, que suponen definiciones del programa de gobierno y decisiones de carácter estratégico, quien establece los grandes lineamientos es el Ejecutivo.

Por tanto, el proceso de formación de la ley establecido en la Constitución termina en pura forma que intenta legitimar los proyectos por la importancia simbólica que supone la sede legislativa desde la perspectiva de la deliberación política. Pero, en definitiva, el gran legislador es el Ejecutivo, y frente a la oposición a sus definiciones programáticas el veto es previo y nace de las fuerzas políticas, y en esto, no solo es responsable el actual sistema electoral, sino el abandono práctico de un lenguaje simbólico.

3.2. EL LOBBY, ROL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y PODERES FÁCTICOS

Previo al análisis, debo reconocer que todas las personas entrevistadas para desarrollar este punto resultaron contestes en el hecho de que en el proceso de formación de la ley no fueron testigos de prácticas directas de corrupción y, más bien, tienen una valoración positiva en cuanto al respeto del principio de probidad. Y esta «percepción» de los entrevistados encuentra respaldo, ya que los índices de probidad y transparencia en el espacio público, a pesar de los desafíos que existen, son altos, como lo demuestran los informes que han sido elaborados por el Capítulo chileno de Transparencia Internacional.

No obstante, eso no significa que la presión de grupos de interés esté ausente. Al contrario, diferentes organizaciones acuden al Congreso, sea participando en las discusiones de Comisión, sea solicitando entrevistas con diputados o senadores en particular o con bancadas, sea acudiendo a la discusión en Sala; también es posible observar en el edificio del Congreso Nacional la presencia de lobbistas, que persiguen la defensa de legítimos intereses corporativos. Sobre este punto, lo peligroso no es la defensa de intereses corporativos o gremiales; de hecho, en diversos países también se producen «defensas» de intereses particulares. Y vuelvo a insistir, en ello no radica el problema, ya que

se trata de voces que deben ser oídas en el proceso de formación de la ley. La dificultad radica, para Chile, en la modesta regulación chilena para esta práctica.

Hace algunos años existía una visión distorsionada de la actividad del lobby e incluso era mirado con desconfianza. Lo cierto es que en la actualidad se trata de comportamientos tolerados y hasta comprendidos. Sin embargo, la reciente ley 20730 del 8 de marzo de 2014 que regula el lobby, si bien supone un avance en la regulación de esta actividad, su propuesta es muy modesta y deja abierto el espacio para confundirla con el tráfico de influencias.

Por lo mismo, se urgente contar con un sistema político-jurídico que se haga cargo de los mecanismos lícitos que se pueden aprovechar para hacer valer los intereses particulares en las actividades públicas, sancionando el tráfico de influencias, y disminuyendo el espacio discrecional en las relaciones entre actores políticos, sociales y económicos. De hecho, la actual ley establece en el art. 6 ciertas actividades que no estarán reguladas por la ley del lobby, causales que están descritas con tal nivel de amplitud que permite excluir acciones que deben ser objeto de regulación, por ejemplo la del N° 2; pero hay actividades no regulados por la ley y que realizan lobby; a saber, las asesorías prestadas por universidades, centros de estudios o cualquier otra entidad análoga de exclusión del lobby (N° 6). Es decir, no son actividades de lobby las realizadas por los *think tanks*, y por lo que hemos sabido, más encima reciben aportes de los diferentes parlamentarios, siendo la Fundación Jaime Guzmán la que lleva la mayor tajada en «asesorías»¹. Frente a esta exclusión, no encuentro razones que puedan justificarla y será difícil hallar una.

Dicho lo anterior, surge la pregunta acerca de los partidos políticos y los poderes fácticos, no en tanto que lobistas sino como grupos de presión.

En cuanto a los primeros, no hay de duda que se trata de importantes colegisladores. De hecho, salvo excepciones, el Congreso Nacional

¹ Un reciente reportaje del Centro de Investigaciones Periodísticas (CIPER), desnuda la escasa fiscalización en el uso de los dineros destinados a los parlamentarios para asesorías. En los últimos dos años se han destinado casi US\$ 11 millones, de los cuales la Fundación Jaime Guzmán se lleva casi un millón de dólares. Al respecto, véase «Asesorías parlamentarias sin control: Diputados gastan \$6.000 millones en dos años», disponible en: <<http://ciperchile.cl/2014/04/07/asesorias-parlamentarias-sin-control-diputados-gastan-6-000-millones-en-dos-anos/>>.

está compuesto por militantes de partidos políticos. Que participen en el proceso de toma decisiones no entraña dificultad, porque un fundamento de los partidos es participar en el ejercicio y mantención del poder. El problema radica en el *ejercicio práctico* del poder, ya que para comprometer sus votos a proyectos del ejecutivo, lo condicionan a la satisfacción de demandas particulares que pueden estar distantes del programa de Gobierno. Y esto, que puede ser una herramienta para limitar el presidencialismo reforzado, en ocasiones ha significado la imposición de una propuesta minoritaria que se niega discutir temas que reclama la comunidad. Así, los partidos políticos, más que defensores de una propuesta ideológica terminan siendo guardianes de los cánones ya establecidos y que aseguran una contingente «pacífica convivencia», con el claro riesgo de des prestigio y de construir una realidad contrafáctica.

Basten algunos ejemplos para comprender este fenómeno: oposición de parte de los partidos de la derecha chilena que se oponían a la igualación de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio; igual cosa podemos decir sobre la ley de matrimonio civil y la necesidad de establecer el divorcio con disolución de vínculo; en la actualidad, lo estamos viendo en relación a los derechos sociales, que cuenta con una resistencia de parte del mismo sector político. En este caso, las ideologías particulares, que se pretenden imponer, colisionan con el natural cambio que está experimentando la sociedad chilena.

En el caso de los poderes fácticos, término utilizado con gran éxito por el senador Andrés Allamand, se trata de grupos con influencia real en el proceso de conservación y administración del poder, pero no con poder institucionalizado, sino que su fuerza radica en la importancia estratégica y su llegada a quienes detentan el poder político; su influencia es en los hechos y no por delegación normativa. En 1993, el mismo Allamand asoció los poderes fácticos a *El Mercurio*, los militares y la clase empresarial chilena, grupos de poder que de manera oblicua tenían incidencia en el proceso de toma de decisiones.

No nos extrañe lo anterior, porque es un fenómeno que se replica en diferentes lugares del mundo y Chile no es la excepción. El problema radica en la debilidad institucional para resistir el embate de los poderes fácticos, especialmente cuando se trata de defensas corporativas o propuestas minoritarias, que pretenden imponer a la clase política una visión conservadora y autoritaria. Sin embargo, este no es el tiempo del peso oscuro de la noche. Al contrario, valoramos la transparencia y probidad de los procesos para tomar decisiones, en que los diferentes

grupos de interés tienen acceso legítimo a participar, pero solo eso, legítima participación, no más ni menos, pues junto a ellos deben interactuar otras fuerzas de la comunidad. La mera imposición del poder, especialmente económico, genera una crisis de legitimidad en las decisiones que han sido tomadas cediendo a las presiones factuales.

Múltiples ejemplos se pueden dar para ilustrar este fenómeno. Recientemente, la aprobación de la ley de pesca; la criminalización del movimiento estudiantil por la prensa escrita y la TV, el caso de Hidroaysén. Lo mismo podemos decir sobre la discusión de la ley de matrimonio civil, de difícil la aprobación, por el rol que tuvo la Iglesia Católica. Igual cosa ocurrió con las reformas constitucionales que se discutieron a mitad de la década de los noventa, que intentaban, con acuerdo de RN, eliminar algunos de los enclaves autoritarios de la Carta Fundamental, entre algunos, rol de las FFAA y senadores designados. La discusión de esas reformas constitucionales es el contexto en el que Allamand acuña el término al que hago mención. Pero no nos detenemos ahí. Cuando se discutió la reforma al modelo de seguridad social, una de las propuestas iniciales era la creación de una AFP estatal, propuesta que tuvo el público (y fáctico) rechazo de la Asociación de AFP, que veían en esta medida un atentado a la libre competencia (como si acaso esas empresas fueran paradigma de competencia perfecta).

Estos y tantos más podemos citar para observar la trascendencia que tienen los grupos de presión. El desafío que surge es la defensa de los mecanismos institucionales que permitan la participación de todas las voces en un procedimiento resolutivo, para que así la irrupción por las vías de hecho sea un camino que, si bien es imposible de erradicar, pueda ser relativizado en cuanto al impacto en el proceso de toma de decisiones políticas.

3.3. CRISIS DEL ESTADO Y DE LA LEY

Es necesario reconocer la crisis de la ley como categoría básica del Derecho Público. Por de pronto, la virtualidad de la ley se está atenuando al ser cada vez mayor el número de casos en que se negocia fuera del Parlamento cuando se trata de intereses o materias relevantes y complejas. Asimismo, su eficacia jurídica es cada vez menor en la medida en que la resistencia a las actuaciones del Estado muestra su incompatibilidad con el libre desarrollo capitalista, unido a la mayor importancia del contrato y la potestad reglamentaria en las actuaciones del Estado, especialmente en aquellas que tienen por objeto la colaboración activa

de los intereses privados. (Véase Cabo 1994, 71). Sobre la «crisis» de la ley, entre muchos, véase Rodríguez 2005, 23-42; Hierro 2003, 471-474; Martínez 2004, 117-123).

Tratándose de su relación con la potestad reglamentaria, es necesario recordar que «toda restricción que no emane de los representantes del pueblo, solo puede asegurarse imponiendo a éstos la obligación de adoptar por sí mismos las normas que la imponen; una obligación que además solo pueden cumplir de acuerdo con un procedimiento público y contradictorio en el que las distintas posturas han de intentar justificarse ante la opinión, es decir, argumentando, si no desde la perspectiva del interés general, sí en debate con los intereses de todos» (Rubio 1993, 26), o sea, las limitaciones al ejercicio de los derechos deben ser fruto de las decisiones de los legítimos representantes del titular del poder, y por tanto, se trata de una garantía del sistema democrático.

No obstante, y reconociendo la crisis, siguen vigentes ciertos principios propios de la ley: su carácter democrático y su eficacia formal. Su carácter democrático, ya que la ley es manifestación de la voluntad soberana y cuenta con las notas de generalidad, abstracción y coercibilidad. La eficacia formal de la ley comprende su primacía, es decir, su fuerza irresistible, ya que las fuentes normativas de inferior rango no pueden contravenirla. (Véase Zúñiga 2001, 209-257).

Ahora bien, en este marco de tinieblas, están los que sostienen que la crisis del Estado, de lo cual es reflejo la crisis de la ley, también afecta a la democracia y la política.

A la democracia, porque al reducir las formas de participación para dejarla limitada a la mera participación electoral y actividad de órganos representativos, se desalienta cualquier otra movilización que permita una canalización de las demandas no atendidas del Estado. Asimismo, no solo la democracia deviene en formal, sino que entran en crisis las instituciones más propias de un sistema representativo: Parlamento y partidos políticos, en que el primero pasa a ser un instrumento de ratificación de las decisiones básicas que se toman fuera de ese espacio, y los segundos, porque sus postulados ideológicos son cada vez más próximos, menos diferenciados, hasta convertir a las democracias modernas en objetivamente consensuales, lo que favorece una distancia del ciudadano con los partidos y produce, nuevamente, un déficit de representación, resultando de todo ello la generación de procesos de despolitización, descrédito de la política y mínima significación del sistema político.

La crisis del Estado en lo político también repercute en el ámbito social, con una pérdida de protagonismo y representatividad de sus organizaciones, en que los movimientos sociales, principalmente los sindicatos, tienden a su desarticulación, sea por una crítica directa y frontal del Estado o por sus propios acomodos en pos de la autorresponsabilidad, lo que favorece la pérdida de representatividad sindical o simplemente a que la mediación de conflictos ya no sea patrimonio exclusivo de los sindicatos.

Además, también el Estado sufre por los avatares de la globalización y de la transformación del Estado nacional.

En cuanto a la globalización, el mayor beneficiado con la irrupción fáctica (y de imposible sustracción) ha sido el capital, puesto que puede trasladarse rápidamente hacia donde consiga los mejores rendimientos, siendo la principal damnificada la mano de obra en los países que quedan sin trabajo. En los países desarrollados con la globalización pierden sobre todo los sectores más vulnerables, ya que su principal protector, el Estado, muestra su impotencia en este nuevo contexto. En un mundo globalizado, las empresas comienzan a librarse de los Estados, ya que están prestas a acudir a los lugares que ofrecen las mayores y mejores ventajas, a saber, salarios y fiscalidad baja, y especialmente a acogerse a países con carencia de derechos sociales, en los que a manudo ni siquiera se respetan los derechos humanos.

Tratándose de la transformación del Estado nacional, unido al fenómeno globalizador, ha experimentado profundos cambios. Si nos detenemos en sus tres rasgos clásicos (poder político soberano, territorio y pueblo), el primero ha dejado de constituir un poder supremo, teniendo que admitir zonas de soberanía compartida; el territorio se diluye, puesto que las fronteras son difusas, sea en el ámbito militar o económico, y en cuanto al pueblo, el fenómeno de la inmigración lo hace cada vez más variado y complejo. Pero donde más se advierte la transformación es en el ámbito económico, ya que muchas de las funciones económicas del Estado se le están sustrayendo, llegando a sostener algunos que «éste [el Estado] había perdido su principal razón de ser, al traspasar el mercado su marco jurídico y territorial» (Sotelo 2010, 329.).

Por lo tanto, crisis del Estado y de la ley son fenómenos asociados a la masificación de la democracia y a la necesidad de tornar eficientes los sistemas de administración del poder político. Sin embargo, a pesar de la crisis existente, nunca como ahora ha habido mayor autoconciencia en torno a la valoración del sistema democrático y la promoción y

respeto de los derechos fundamentales. De ahí que la crisis, que supone un quiebre, por lo general drástico y/o violento, y que dará paso a otra situación mejor o peor que la anterior, debe ser valorada en su justa medida como un mecanismo al cual se le debe restar dramatismo, toda vez que forma parte de la existencia de una persona o de la sociedad. De hecho, como señala Lucas Verdú, todas las estructuras de la convivencia política han surgido de la crisis, de una crisis previa; se consolidan durante un cierto tiempo y al fin ceden paso a otras nuevas, que también decaerán. Esto es así porque el Estado, como estructura convencional, es fruto de una cultura que va mutando permanentemente (1988, 154).

4. Comentarios finales

1. La Constitución chilena cuenta con un apartado de normas que describe la composición del Congreso Nacional, funcionamiento y procedimiento de elaboración de su principal fuente: la ley. Se trata de una descripción normativa extensa, en ocasiones excesivamente 'reglamentaria', con algunos contenidos que podrían encontrarse en leyes especiales más que en la Carta Fundamental.

Con todo, lo relevante es que la Constitución al establecer un procedimiento deliberativo, asegura que el discernimiento en la formación de una ley garantiza el método democrático.

No obstante, y desde un análisis puramente normativo, existen, al menos, dos dificultades en relación a la actual descripción constitucional del Congreso Nacional.

a. El sistema bicameral. Por razones históricas, en Chile hemos heredado un modelo de Congreso con dos Cámaras. Tal vez, el viejo Montesquieu y su propuesta de Cámara Política y Reflexiva sean responsables de tal establecimiento. Algo de eso se percibe en las normas especiales relativas a diputados y senadores, tanto porque el número de integrantes de ambas Cámaras es diferente, como también por los requisitos de edad para acceder a una y otra.

Sin embargo, en la actualidad el sistema bicameral en un Estado Unitario como el nuestro no encuentra justificación, ya que en la práctica ambas cámaras son políticas (el Senado no es reflexivo) y lo único que producen es una burocratización en el proceso de formación de las leyes, pues se discute dos veces lo mismo. Si en Chile eliminamos el Senado, desde la perspectiva del proceso nomogénético y de la calidad de la discusión parlamentaria en el Congreso, estas características no se verán afectadas.

b. El presidencialismo reforzado. La Constitución consagra un régimen presidencial (más rígido que el parlamentario), pero un presidencialismo reforzado, a pesar de las reformas que se han hecho a la Constitución en sus veinte años de vigencia; a saber, la eliminación de la facultad de disolución por parte del Presidente de la Cámara de Diputados, aumento de las facultades de fiscalización de los actos de gobierno, participación del Congreso en la determinación de los estados de excepción. Mas, persisten facultades que hacen del Presidente una revestida de poderes reforzados en desmedro de la función legislativa. A modo de ejemplo, se pueden citar dos. El primero, una herencia de los sistemas monárquicos (regalía): la facultad de veto a las leyes. ¿Qué justifica la existencia del veto en la actualidad? No hay razones, porque existen mecanismos institucionales para corregir las deficiencias de la ley, los que pueden ser *a priori* o *a posteriori*, con el control de constitucionalidad de las leyes a cargo del TC. Insisto, hoy no se puede justificar desde la perspectiva de un sistema democrático la existencia del veto. El segundo, la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de ley. Este es el principal mecanismo con que cuenta el Órgano Ejecutivo para manejar la agenda legislativa, ya que solo pueden nacer por medio de Mensaje los proyectos relativos a los contenidos más relevantes, principalmente porque si se trata de leyes que supongan gasto, solo es él quien puede presentar un proyecto. Eso supone un freno al impulso legislativo y se transforma en un inhibidor de propuestas a cargo de los parlamentarios.

2. Asimismo, es común que la discusión de temas relevantes no se dé en el Congreso sino que *ad extra*, es decir, en las negociaciones previas y fuera del Congreso. Uno de los entrevistados hablaba metafóricamente sobre la importancia del café como un espacio de negociación y discernimiento.

Estas etapas de discusión previa no son negativas *a priori*. Su peligro radica en trasladar el espacio de discusión y que el Parlamento se transforme en un espacio de ratificación formal de procesos que ya han sido resueltos. Y esto ha sido recurrente en estos veinte años de democracia, lo que conlleva el peligro de diluir el espacio representativo.

3. Asimismo, el sistema electoral y el régimen de *quóra* para las leyes ha generado instituciones contramayoritarias, que se justifican a partir de la experiencia vivida por Chile en las décadas de los sesenta y setenta. En el fondo, lo que esconde esta institucionalidad, herencia de la dictadura, es una desconfianza del sistema democrático y de la madurez política de la sociedad, prefiriéndose un modelo basado en

supuestos oligárquicos y de control autoritario de las fuerzas vivas de la comunidad.

4. Finalmente, la existencia de una crisis no es algo negativo en sí. Al contrario, es a partir de las crisis que se producen los progresos en la comunidad (pero también retrocesos). Con todo, la crisis del Estado y la ley también supone una crisis de la democracia. El régimen democrático es una conquista cultural, en que lo esencial es el proceso por el que llegan a tomarse las decisiones más que las decisiones mismas, y el mecanismo de ese proceso debería ser el diálogo, encaminado a convencer con razones, no con la imposición ni tampoco la manipulación. Por ello, es reduccionista la postura que limita la democracia al proceso electoral. La democracia supone procesos electorales, pero es más que eso: se trata de un método que permite el discernimiento colectivo en un ambiente persuasivo, racional y de respeto a las fuerzas minoritarias.

Con todo, la Constitución, en su estructura central no ha sido modificada en todos estos años y tiene un serio déficit democrático. Eso no significa que cuando llegue el momento de modificar la Constitución se van a resolver todos los problemas que su rigidez provoca. No, se trataría de una pretensión desmedida. Lo que sí permitirá una reforma constitucional es que los pilares en los cuales descansen la Carta Fundamental chilena deban ser más democráticos (y menos autoritarios), más moderados en la valoración de la libertad y más operativos en la protección de los derechos sociales.

Bibliografía

- CABO MARÍN, CARLOS. 1994. «Democracia y Derecho en la crisis del Estado social». En: *Sistema*, Nº 118/119.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1984. «Dominio legal y reglamentario en la Constitución de 1980». En: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, Nº 2-3.
- Ciper Chile. 2014. «Asesorías parlamentarias sin control: Diputados gastan \$6.000 millones en dos años», disponible en: <<http://ciperchile.cl/2014/04/07/asesorias-parlamentarias-sin-control-diputados-gastan-6-000-millones-en-dos-anos/>>.
- HIERRO, LUIS. 2003. «Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de ley». En: *Doxa*, Nº 26.
- LUCAS VERDÚ, PABLO. 1988. «Crisis del Estado social de Derecho e imaginación constitucional». En: *La crisis del Estado y Europa*. Bilbao: HAEE – IVAP.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, LUIS. 2004. «El Derecho y la crisis de la Ley». En: *Derechos y libertades*, Nº 13.

- RAJEVIC MOSLER, ENRIQUE. 1996. «Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada». En: *Revista chilena de Derecho*, vol. 23, Nº 1.
- RODRÍGUEZ GÓMEZ, ENRIQUE. 2005. «'Crisis de la ley', principios constitucionales y seguridad jurídica». En: *Universitas*, Nº 3.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO. 1993. «El principio de legalidad». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 39, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SOTEO, IGNACIO .2010. *El Estado social*. Madrid: Trotta.
- ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO .2001. «Ley y Reglamento en la Jurisprudencia Tribunal Constitucional (De La Germanización al Practicismo)». En: *Ius et Praxis*, vol. 7, Nº 2, 209-257.