

50 + UNO

REVISTA CHILENA DE
DERECHO PARLAMENTARIO

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO PARLAMENTARIO Y TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

TERCER NÚMERO, PRIMAVERA 2014

50
+UNO

50 +UNO

DIRECTOR

- Rodrigo Obrador Castro

EDITOR

- Julián Saona Zabaleta

CONSEJO EDITORIAL

(Directorio Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario)

- Rodrigo Pineda Garfías

- Francisco Zúñiga Urbina

- Rodrigo Obrador Castro

- Miguel Landeros Perkic

EDITORIAL

Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario

IMAGEN

- Sofía Calvo Foxley

PINTURAS

- Anka Grunewaldt Sapunar

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN

- Osvaldo Fernández Fernández

Diseño y Publicaciones

Cámara de Diputados de Chile

ISSN: 0719-2673

Impreso en:

Diseño y Publicaciones

Cámara de Diputados de Chile

ÍNDICE

■ EDITORIAL	06
1 DERECHO PARLAMENTARIO	
■ EL SENTIDO, LA DESIGNACIÓN, Y LA ACTIVIDAD HIPERTRÓFICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO César Delgado-Guembes	10
■ LA CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD: ¿UNA PÉRDIDA DE PODER PARA EL PARLAMENTO FRANCÉS? Natacha Bonnal	32
■ LA EXPERIENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY EN ESPAÑA Pablo Pérez Tremps	38
■ LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL (NO) RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN BRASIL Y CHILE Christine Weidenslaufer von K. / Rodrigo Bermúdez Soto	48
■ COMPARECENCIA ANTE LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN EN CHILE Luis Rojas Gallardo	62
2 TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN	
■ HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL IMPACTO LEGISLATIVO DE LAS ASESORÍAS PARLAMENTARIAS Nicolás Martínez / Mario Poblete / Joaquín Ugalde	92
■ CONVOCATORIA	111



EDITORIAL

Nuestra revista, como nuestra Sociedad de Derecho Parlamentario, se mantienen trabajando y aportando en el ámbito que les es propio. Celebramos nuestras Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Parlamentario y los trabajos allí expuestos, más otros aportes, dan vida al número 3 de nuestra publicación. Por esto, estamos muy contentos y motivados para proseguir reflexionando con ustedes acerca de los aspectos más relevantes de la institución parlamentaria y la teoría de la legislación.

El presente número de 50+1 se encuentra dedicado, fundamentalmente, a analizar la relación entre el Parlamento y el Tribunal Constitucional. Como sabemos, este tema ha sido considerado detenidamente en las últimas décadas. Y no podría ser de otra manera si, por una parte, en él juegan aspectos tan decisivos como la representación política y la soberanía popular y, por otro lado, ambas instituciones comparten la función de concurrir a la formación, aplicación y derogación de las leyes, no obstante tratarse de órganos de tan diversa naturaleza: el primero es elegido por el pueblo, mediante las elecciones periódicas, mientras que los integrantes del segundo son designados por otros órganos del Estado.

Al Congreso le corresponde aprobar la ley, tarea esencial -que realiza en conjunto con el Presidente de la República- que cumple en ejercicio de la representación política y de la soberanía que se le ha delegado, y que se traduce, ni más ni menos, en el establecimiento de los preceptos obligatorios que rigen la vida en sociedad.

Junto a él, el constitucionalismo moderno ha instalado la figura del Tribunal Constitucional con el objetivo de salvaguardar la supremacía constitucional; es decir, su misión consiste en velar porque los preceptos legales se adecuen a las normas de rango constitucional.

Lo anterior ha generado, en nuestro medio, así como en todos los países que cuentan con justicia constitucional, fuente de permanente crítica por quienes consideran que esta nueva entidad cuestiona o debilita la institución parlamentaria. Por una parte, se sostiene, porque, a través del control previo que realiza, puede declarar inconstitucional un precepto legal aprobado previamente por los órganos colegisladores (Congreso y Presidente de la República) en tanto mandatarios de la soberanía nacional. Igual cosa sucede en el caso de la declaración de inconstitucionalidad que realiza en el ejercicio del denominado control posterior, pues, al declarar inaplicable o derogar un determinado precepto de rango legal, por considerarlo inconstitucional, está sustituyendo a los referidos colegisladores.

En esta oportunidad, más allá de las ricas discusiones teóricas, hemos querido aportar al aludido debate presentando nuevos elementos de derecho comparado y jurisprudencia constitucional.

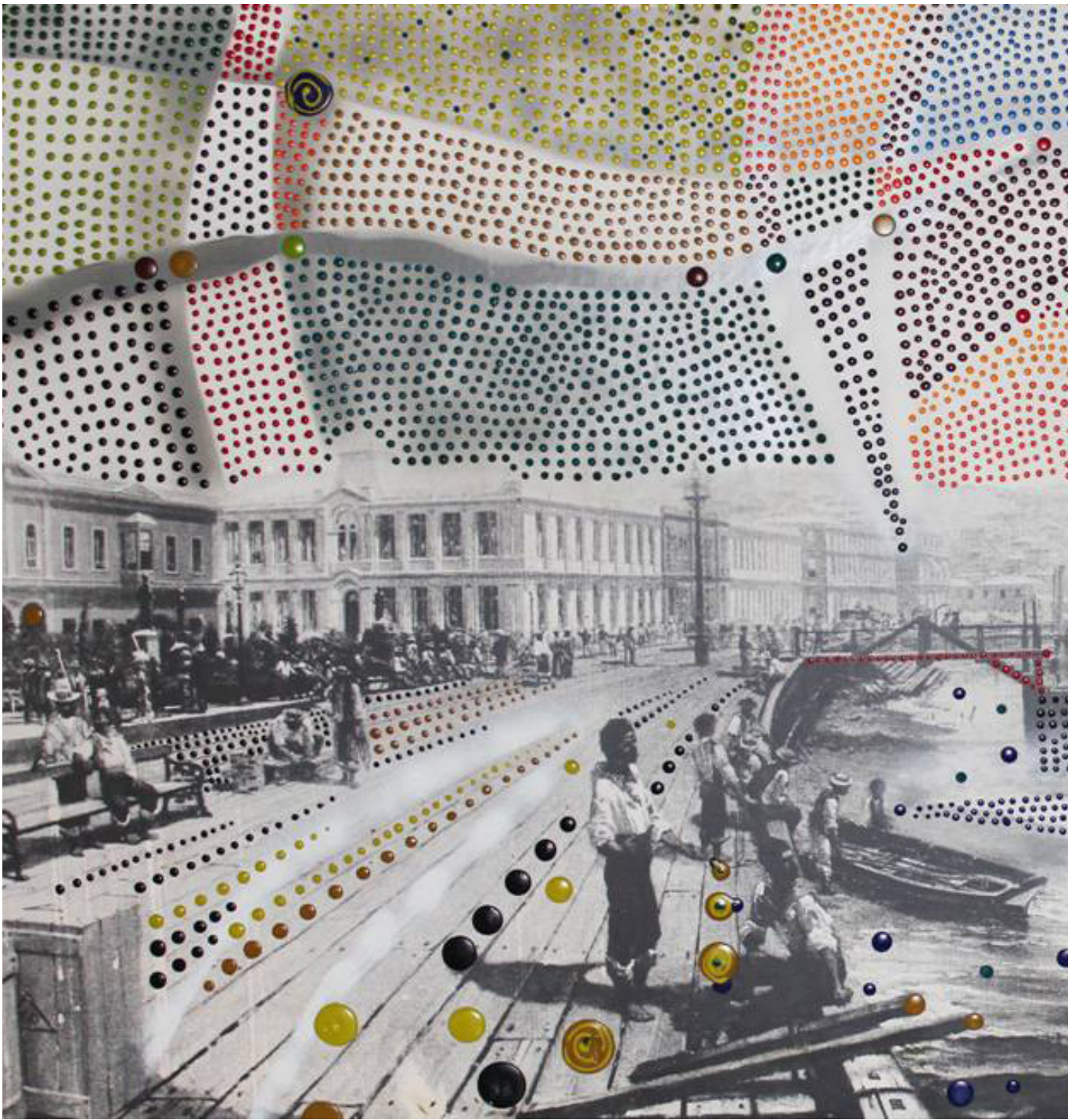
En efecto, los artículos incluidos en el presente número de nuestra revista se refieren a distintos aspectos de lo que ocurre, en la materia que nos ocupa, en Perú, España, Francia y Brasil. En primer lugar, se presenta “El sentido, la designación, y la actividad hipertróficos del tribunal constitucional peruano”, del profesor César Delgado-Guembes. La vasta experiencia de este autor en la academia y en el trabajo parlamentario

le permiten, en el estilo que lo distingue, atreverse a formular originales y audaces proposiciones. Luego, “La cuestión prioritaria de constitucionalidad: ¿una pérdida de poder para el parlamento francés?”, de la investigadora francesa Natacha Bonnal, desarrolla una formidable visión sobre cómo el establecimiento de un control a posteriori de la ley en Francia dio lugar a un cuestionamiento sobre una posible pérdida de poder por parte del parlamento de ese país, significó, además, un cambio en la forma de relacionarse entre ambos órganos, pero, en definitiva, todo ello reforzó la democracia. Enseguida, la exposición sobre “La experiencia del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley en España”, del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III y Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional de España, don Pablo Pérez Trepms, realiza una valoración de la experiencia del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley llevado a cabo en España por el Tribunal Constitucional durante las primeras décadas de su funcionamiento bajo la vigencia de la Constitución de 1978. Finalmente, “La interpretación constitucional en el (no) reconocimiento del matrimonio homosexual en Brasil y Chile”, de los autores Christine Weidenslaufer von K. y Rodrigo Bermúdez Soto, describe el proceso de legalización del matrimonio homosexual o matrimonio igualitario en Brasil por vía jurisprudencial, a partir de un fallo histórico, del año 2011, y compara ese precedente con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional chileno sobre la misma materia.

Por otra parte, contamos con un completo análisis respecto de la “Comparecencia ante las comisiones parlamentarias de investigación en Chile”, escrito por el Prosecretario de la Cámara de Diputados, señor Luis Rojas Gallardo. Él examina la regulación contenida en el ordenamiento nacional de la facultad que tienen las comisiones especiales investigadoras de requerir la presencia de determinadas personas, en particular la situación en que se encuentran los órganos constitucionalmente autónomos.

En el ámbito de la teoría de la legislación, los investigadores Nicolás Martínez, Mario Poblete y Joaquín Ugalde describen las alternativas básicas con que todo Parlamento cuenta hoy para organizar el trabajo de asesoría que sus miembros requieren; resaltan las ventajas de unas y otras; reseñan los modelos utilizados en algunos Congresos; ponen de relieve la necesidad de medir el impacto de dichas colaboraciones, y se proponen indicadores prototípicos para este último efecto. Todo ello se contiene en el texto “Hacia una conceptualización del impacto legislativo de las asesorías parlamentarias”.

Agradecemos sinceramente a los académicos e investigadores la calidad de sus trabajos y la generosidad de compartirlos con nosotros, así como a la Cámara de Diputados de Chile, sin cuya colaboración tampoco habría sido posible la publicación de este nuevo número de nuestra revista.





EL SENTIDO, LA DESIGNACIÓN, Y LA ACTIVIDAD HIPERTRÓFICOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Por César Delgado-Guembes ⁽¹⁾

1. CUESTIONES DE PRINCIPIO Y CONSISTENCIA DEL RÉGIMEN REPRESENTATIVO

Pensar la cuestión del control de la ley exige antes una pre-ocupación. ¿Por qué hablamos del control, cuando antes y primero no hemos hablado de la ley que se pretende controlar? Y cuando pensamos en la ley antes de examinar el control sobre la ley tenemos que hacernos la pregunta sobre la índole de la ley y si es que existe una ley.

¿De qué ley hablamos?. ¿Hablamos de esa ley externa, de esa ley que aprueban los parlamentos, de esa Constitución externa? ¿O nos referimos a esa Constitución que todos tenemos dentro, que una vez leída y solo cuando esta leída desde la vida, desde la existencia, es que llega a tener algún sentido que haya un documento al que le llamemos Constitución? Y ahí es donde empiezan las perversiones de nuestra sociedad, porque para todos nosotros los latinoamericanos no nos resulta nada extraño saber cómo se produjo la fundación de este inmenso, tremendo y hermoso continente.

Nuestra fundación como nación fue una fundación traumática. Con la fundación traumática hemos heredado un trauma de carácter fundacional; el trauma de que venga un extraño y te diga: “tu ley no es tu ley, es la ley que yo te pongo”. Y a partir de esa experiencia que define y muy bien revisa desde una perspectiva psicoanalítica en el caso del Perú el doctor Max Hernández Camarero ⁽²⁾ explica la doble dimensión. La catástrofe de la invasión violenta e intrusiva del conquistador, y la catástrofe histórica del borramiento de las coordenadas en el mapa subjetivo de la cosmovisión andina precolombina. Max Hernández plantea la doble dimensión en el origen nacional del Perú. La fundación violenta y traumática de una nación y de un Estado, y la experiencia del trauma fundacional que afecta tanto nuestra Constitución histórica como también, políticamente, nuestra Constitución subjetiva.

1 El autor es profesor de derecho y gestión parlamentaria en varias universidades peruanas, y se desempeña como funcionario del parlamento peruano, a cargo actualmente del Departamento de Relatoría y Agenda. Su trayectoria en su institución se inicia en 1980 en la Cámara de Diputados, de la cual fue Sub Oficial Mayor. En el congreso unicameral ha ocupado, entre otros, los cargos de Oficial Mayor (2003), Director General Parlamentario (2003 y 2010), y Jefe del Departamento de Investigación Parlamentaria, además de diversos puestos de naturaleza asesorial en Comisiones Ordinarias, de Acusación, Investigadoras y Especiales.

2 Hernández, Max (2012); *En los márgenes de nuestra memoria histórica*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima.

Se ve con mucha mayor claridad en el caso del Perú, de Ecuador o de Bolivia, porque los conquistadores llegaron a someter a la población indígena. No ocurre en el caso chileno porque los mapuches nunca fueron conquistados; y en el caso de Argentina tampoco pasó. Eso explica los niveles relativamente más altos y socialmente estables de homogeneidad cultural en los territorios ocupados sin conquista. La conquista da origen a las catástrofes de la fundación y del trauma. Los quechuas en el Perú han sido una población sometida por el conquistador español. Ese trauma que significó la conquista y que representó una catástrofe psíquica —y no solamente económica, no solamente histórica, no solamente social, no solamente militar—rompió todos los moldes, coordenadas y cotas del pensamiento, de la organización del cosmos y de la cultura.

Si se formula el mandato o la orden externos que si no crees en Yavéh, si no aceptas la iglesia de Cristo, si no te riges por la Biblia, si no reconoces el nuevo rol y poder del grupo conquistador, quedas excluido y no eres parte de la norma; ¿cómo pueden sentirse las poblaciones nativas cuando sus costumbres y orden eran totalmente diferentes y, por lo tanto, quedan desconocidas en la nada política, histórica y colectiva?

A raíz de esa experiencia histórica original de catástrofe, que fue una experiencia traumática, la tesis de Max Hernández es que el trauma de la exclusión subsiste en el Perú. Que no hemos llegado a resolver el trauma fundacional; en particular los peruanos. No puedo hablar en general respecto de otras naciones amigas como Chile, Argentina, Uruguay o Paraguay o cualquier otro país latinoamericano. Pero en el caso peruano lo vivimos con mucha claridad.

Del Perú se dice que tenemos una cultura chicha. La cultura chicha, ¿qué significa?, Significa mucho más que la bebida preparada con maíz morado. Es un símbolo de mestizaje y significa que tenemos, por ejemplo, una música que importamos, como la música caribeña, la salsa, la cumbia, la que se mezcla y con la que se adapta el huayno. Entonces, cuando se escucha la música chicha, el cuerpo y el alma asimilan la mezcla cultural. No es más posible discernir de qué baile o música se trata; si se baila un merengue, una bachata, una salsa, un ballenato, o si estas bailando el huayno, que es una danza típicamente indígena del Perú.

Ese tipo de concepto y expresión cultural aclara muy bien el tipo de Constitución que tenemos en el Perú. Nuestra constitución es una constitución en combustión, que se funda y se recrea desde el mestizaje, desde la mezcla, desde la pluralidad étnica y cultural. Quien llega y va al Perú lo primero que ve es una gran apariencia de informalidad y de desorden externo. En las calles, en la vida política, en las relaciones sociales, públicas o privadas. Por el contrario, quien llega a Chile lo primero que advierte, por contraste, es el orden, la limpieza, el aseo. Llegar a Chile me pareció una experiencia poco familiar, casi una experiencia europea. Desde la llegada parece arribarse y transitar paisajes y coordenadas más próximos a Suiza que a las tierras de poblaciones mestizas. En Chile no hay identidad ni, por lo tanto, Constitución chicha. El sello de la ley y de la constitución peruana son la expresión chicha que se inscribe como parte de la experiencia traumática aún pendiente de elaboración y resolución histórica (3).

Es la convergencia material de distintas razas, patrias y raíces que resultan de la conquista, y del sometimiento, el aislamiento de poblaciones que nunca fueron objeto de dominio como lo son las poblaciones amazónicas, no menos que de la migración europea, africana y asiática, y también de la propia migración interna del campo a la ciudad, se vacían en un precipitado de diversidad cuya integración no termina de alcanzarse. En este sentido el Perú es más devenir que ser, más progreso que logro. La expansión económica visible y que se viene alcanzando va acompañada de la construcción de una identidad inconclusa e insaturada. De ahí la semejanza del Perú con una experiencia kitsch o posmoderna. El dominio patriarcal y la subalternidad fundacionales conviven con una identidad emergente que se constituye en una democracia diversa y

3 Como complemento de la Constitución *chicha* del Perú pueden indicarse algunos rasgos libidinalmente negativos, como el carácter explícitamente transgresor del sujeto político. Cuando en el sistema se subrayan los aspectos transgresores el carácter *chicha* de la Constitución peruana se convierte en *achorado*, porque se rige y conduce según una lógica de prevalencia de pulsiones de aprovechamiento privado a expensas del beneficio propiamente colectivo. Al carácter *achorado* también se lo reconoce como parte de la cultura *combi*, caracterizada por el aspecto transgresor en que desarrolla informal o marginalmente su actividad cotidiana.

plural, en un orden que se afirma gradualmente enmascarado en el caos cartilaginoso, mutante, flexible y permeable de la combustión histórica.

En este contexto aparece el Tribunal Constitucional como pretendido o supuesto agente del control de la ley. Se trata de una instancia importada más en la estructura o sistema político del Perú cuya misión se plantea como reguladora del orden político. No es parte de nuestra tradición ni de nuestra identidad histórica. Se importa de Europa (4). Siendo su existencia una prótesis política importada en el sistema, su supuesto objetivo es minimizar el exceso que produce y genera residualmente el sistema representativo a través del proceso legislativo que realiza el parlamento en el enorme esfuerzo de distinguir cuál es la mejor ley, cuál es la ley necesaria y cuál es la ley eficaz. La representación a cargo de la decisión sobre la ley está rodeada de improvisación, de desorden y de informalidad. No de un programa ordenado ni racional mediante el cual se dice la ley porque exista análisis y acuerdo sobre la idoneidad como alternativa para corregir problemas colectivos. El déficit y el exceso de ley, en este sentido, es consecuencia del mestizaje que convive con la raíz traumática de opresión y represión psíquica de raigambre fundacional e histórica.

El supuesto problemático cuya solución se postula a través del Tribunal Constitucional es la sospecha en las insuficiencias de la competencia y capacidad legislativa de los representantes, así como en el juicio negativo respecto del funcionamiento del principio de la separación de poderes. Dada la imperfección se plantea que exista una instancia, sin raíz popular directa, cuyos integrantes examinen y evalúen los productos legislativos que procesan quienes tienen el mandato político de la voluntad popular (5).

Es con el fin de reconducir el proceso de producción de la ley por la representación nacional que se presenta la cuestión del control de la legislación. La legislación es objeto de control porque se la concibe imperfecta, excesiva o impropia. Para enderezar su sentido, naturaleza y fin político se asume que debe existir una instancia suprarepresentativa a la que se le reconozca el poder de expulsar las leyes que no traducen los sentidos constitucionales según el juicio de esta instancia política y presuntamente aséptica, capaz de realizar evaluaciones y juicios imparciales sin mancha subjetiva.

La naturaleza imperativa de la ley y su condición mandatoria, en consecuencia, carece de carácter absoluto. No obstante el alcance universal que por esencia tiene y se le adjudica a su existencia, se prevé su maleabilidad, su falibilidad y, en consecuencia, también su carencia y su precariedad. De ahí la aparición

4 La importación de normas e instituciones suele tomarse con ligereza, y el descuido puede generar distorsiones sistémicas y culturales impredecibles. Si se importaran instituciones en un contexto sin historia y sin tradición es natural que el traslado de normas o instituciones no genere inconvenientes operativos y culturales mayores. En el caso singular de la importación del Tribunal Constitucional su trasplante en regímenes políticos latinoamericanos, influenciados por el sistema difuso y concreto de origen americano, representa desajustes que deben proyectarse y preverse con el objeto de que la adopción no genere contradicciones e ineficiencias institucionales. El sentido y propósito del Tribunal Constitucional cumple una finalidad específica en los regímenes y la cultura parlamentarios europeos continentales, en los que existe fuerte tradición estatal. Ese mismo sentido y propósito no es automáticamente cumplible o aplicable en países de tradición presidencial, basados en el principio de separación de poderes, en los que las dificultades funcionales del poder judicial tenderían a agudizarse con la presencia competitiva del Tribunal Constitucional. A ello se suma igualmente la concurrencia de peculiaridades idiosincrásicas como el sistema de justicia política que cumple el Congreso, que es incompatible con el sistema integralmente judicializado que prima en Europa continental, conforme al cual los más altos funcionarios públicos no son procesados ni enjuiciados por el Poder Judicial sin previa evaluación ni antejuicio por el parlamento. En suma la importación de instituciones como el Tribunal Constitucional no puede ser parte del automatismo normativo, porque las organizaciones no tienen carácter portátil, como bien lo recordaba Raymond Barré respecto de las instituciones democráticas.

5 Repárese que la postulación de una instancia sin mandato popular cuya función es actuar como agente de control supuestamente técnico de los productos políticos constituye una inconsistencia con el principio político del origen popular del poder político. El planteamiento de un órgano compuesto por especialistas cuya misión es decir qué es constitucional, los mismos que asumen una posición por lo menos equiparable a la que jerárquicamente les corresponde a los representantes con mandato popular. La contradicción lógica no debe minimizarse no obstante el carácter inofensivo con el que lo presenta el pragmatismo del *real politik*. Usualmente se pasa por alto la incoherencia teleológica del modelo político cuando en nombre del supuesto mejor saber de los magistrados del Tribunal Constitucional se supedita la supremacía popular que ejercitan los representantes a las decisiones nominalmente objetivas y técnicas del órgano especializado en la regularidad normativa del aparato jurídico. La disociación entre política y derecho está detrás de la ruptura y desintegración de ambas esferas, y esta disociación se consolida con las pretensiones del neopositivismo jurídico en las que abreva la postulación del Tribunal Constitucional de raíz kelseniana.

de una fuente de verificación de la regularidad con el cuerpo normativo fundamental en que se convierte el documento políticamente constitutivo de la organización política de la sociedad.

En el sistema legislativo peruano existe por ello un mecanismo material y efectivamente controlador, y también colateralmente productor de legislación, a cargo del Tribunal Constitucional, órgano que, además, incursiona en extremos como el control de la organización y de los procesos parlamentarios a través de su competencia tanto en la inconstitucionalización de las normas, como en la de los recursos de agravio constitucional relacionados con acciones de garantía.

La existencia del Tribunal Constitucional en el régimen político peruano es un espacio que describe, por lo tanto, la no exclusividad ni carácter hegemónico del Congreso en materia de producción legislativa. Es un espacio en el que se reconoce la participación y legitimación de otros operadores legislativos distintos al parlamento. Pero a la vez, dada la cultura colectiva que trasciende al universo propiamente normativo, cabe también concebir la existencia del Tribunal Constitucional como una excrescencia, o como un excedente superyoico y disfuncional de la condición histórica, política y subjetiva de la colectividad.

Por ello parece necesario examinar y elaborar sobre la manera en que ocurre la relación entre el Tribunal Constitucional y el parlamento. Es una relación de control interorgánico, cuya finalidad se plantea como una tarea de colaboración en el cumplimiento de una misma finalidad. Esa finalidad es la de permitir la convivencia de las colectividades bajo una lógica de orden arreglada a principios comunes que garanticen la vida sin recurrir a la fuerza como lenguaje político. Pero habrá también que revisar si el papel político del Tribunal Constitucional no es también parte del mismo síntoma dentro del cual su existencia es parte del mal que se pretende conjurar con un remedio impropio. La falta de ley interna, en efecto, no se cura con más ley externa, porque si el mal consiste en la hipertrofia normativa el papel del Tribunal Constitucional forma parte de la misma hipertrofia cuya capacidad medicinal y curativa es ineficaz respecto de la naturaleza de la enfermedad que hay que remediar.

2. CARACTERÍSTICAS ESQUEMÁTICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El Tribunal Constitucional peruano tiene como antecedente inmediato la existencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que, siguiendo el modelo de la república española, creó la Constitución de 1979, el mismo que contaba con 9 integrantes, los que eran elegidos tres por el el Congreso en sesión conjunta, tres por el Poder Ejecutivo, y tres por el Poder Judicial, y que requería de 6 votos para declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este Tribunal fue clausurado con el autogolpe de 1992, en particular por su determinación de afirmar el modelo de Estado Social de Derecho que establecía la Constitución de 1979, al declarar inconstitucionales tres decretos legislativos que marcaban la tendencia hacia la liberalización económica del país.

El actual Tribunal Constitucional peruano, que inicia sus funciones 3 años después de su creación con la Constitución de 1993, se integra con siete magistrados. Los siete son elegidos. La elección la realiza el Congreso con el voto de dos tercios del número legal de los 130 miembros, que alcanza a 87. El cargo dura cinco años, y no cabe la reelección inmediata.

No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación, y los demás requisitos generales para ser elegido son los mismos que se exige para ser vocal de la Corte Suprema. Estos últimos comprenden el requisito de nacionalidad, ejercicio de ciudadanía, ser mayor de 45 años de edad, y haber sido magistrado de Corte Superior o Fiscal Superior durante 10 años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica 15 años.

Los magistrados cuentan con inmunidad y prerrogativas análogas a las que se reconoce a los congresistas de la república, y también les alcanzan las mismas incompatibilidades.

La principal competencia del Tribunal Constitucional es sobre las acciones de inconstitucionalidad contra leyes y otras normas de rango legal, en instancia única, pudiendo determinar la inexecutableidad o inconstitucionalidad de una ley con el voto de no menos de 5 de los 7 miembros. En la dimensión legislativa, tiene iniciativa en la formación de leyes en materias propias de su competencia. Además, en Salas separadas conoce el recurso de agravio constitucional en las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, requiriéndose el voto conforme del total de 3 votos en cada Sala para que haya acuerdo. Y tiene competencia, por último, en las acciones competenciales entre los distintos órganos estatales.

Pueden presentar acción de inconstitucionalidad el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, 25 por ciento del número legal de congresistas, y 5 mil ciudadanos. A diferencia de las reglas pre-existentes según el ordenamiento de la Constitución de 1979, se refuerza el papel de la pluralidad y de la minoría, porque antes se exigía el tercio de cada Cámara, y no menos de 50 mil firmas de electores.

3. ORIGEN Y PREMISAS TEÓRICAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional es una creación muy reciente. La primera experiencia es la que recoge la Constitución austríaca de 1920. Es una criatura del neopositivismo y en gran medida la paternidad se le adjudica a Hans Kelsen. Es significativo el emparentamiento del Tribunal Constitucional con el positivismo. El producto y la idea no son vectores paralelos sino convergentes. La fusión e integración entre la idea y el producto, el principio y la consecuencia práctica, trae una indicación y significado que no debe descuidarse. El positivismo sostiene la autonomía provincial del derecho, y su identidad como una idealidad lógica y abstracta, sin conexión ni contaminación con cualquier parcela de la realidad conocida distinta a la puramente normativa. Los operadores de una institución basada en el positivismo como doctrina, o como escuela, militan bajo esa misma bandera de autonomía, y este rasgo o aspecto no puede tampoco desatenderse.

El ascendente positivista del modelo de Tribunal Constitucional explica más que lo que querría admitirse o reconocerse. Se ha convertido en la actualidad en una herramienta poderosa para dismantelar los malos usos del poder. En este sentido el Tribunal Constitucional emerge o irrumpe como una valla, como un filtro, como un embudo, para pulir, para ahorrar y para encorsetar la pulsión de dominio o el apetito de poder conforme a una estructura que limita y restringe los modos y usos posibles del poder por la autoridad. Contemporáneamente el Tribunal Constitucional tiene la función de enderezar y reorientar los supuestos usos impropios del poder.

Desde el punto de vista de la lógica es curioso, y no es por consecuencia propio del dominio de la insignificancia, que desde una escuela, desde una doctrina, o desde una teoría, que afirma, sustenta y proclama la autonomía de la provincia del derecho respecto de otros ámbitos del conocimiento, como lo son la política o la ética, por ejemplo, se pretenda asumir la capacidad y la posición de control de esferas que le son ajenas a su propia disciplina, naturaleza y ámbito discursivo.

¿Qué significa entonces para la existencia política de una comunidad, y de modo singular para la vida parlamentaria que concreta la experiencia representativa y estatal de esa misma comunidad, que desde el ámbito de lo que se llame teoría, o filosofía positivista, se generen instrumentos, métodos o herramientas de ordenamiento cuyo dominio le es ajeno?.

¿Qué sentido tiene para el funcionamiento y operación del sistema político, del que es parte el parlamento como instancia representativa de la voluntad popular, que se encargue a una instancia presuntamente

privilegiada de racionalidad y exceptuada de subjetividad, pulsiones libidinales, intereses o apetito político la tarea lógica de contrastar el documento constitucional con documentos legales, abstrayendo del contraste todo hecho que no sea lingüístico?

¿Qué tipo de producto político resulta del ejercicio abstracto de aplicación de la lógica y de un sistema jurídicamente autista respecto de actos normativos aprobados con el juicio de quienes expresan la voluntad popular?

¿Es posible que una instancia cuya misión es expresar el juicio jurídico sobre actos políticos lo haga como si la Constitución no fuera parte de la subjetividad de quienes supuestamente proceden privados de cultura, sentimiento, emoción o compromiso constitucional, y como si las reglas organizacionales y procesales de que está integrada no contuvieran ni supusieran la dimensión emocional ni la voluntad de adhesión sobre sus sentidos o significados?

El positivismo del que se deduce la necesidad de creación del modelo de un Tribunal Constitucional, prevé y asume la posibilidad del aislamiento de la dimensión fáctica de los casos políticos que llegan para evaluación y sentencia, para proponer un sistema de adjudicación basado en el análisis abstracto y proposicional, que contrasta el lenguaje constitucional con el lenguaje de la ley cuya constitucionalidad se duda o cuestiona.

La pregunta que resume la viabilidad de una instancia excluida de manchas subjetivas, más allá de la ilusión y fantasía que inventa y proyecta como oferta en el universo de la vida política la doctrina que crea al Tribunal Constitucional, es si es posible que los sujetos quienes ocupan un puesto en el Tribunal Constitucional ejerciten sus funciones y sean elegidos, conforme a la premisa teórica que justifica su propuesta, o si, por el contrario, se los elige en virtud de la trayectoria ética, profesional, o personal demostrada en su desempeño ciudadano, y en su ejercicio ponderan y razonan los hechos respecto de los cuales deben aplicarse la Constitución y las leyes impugnadas.

4. LA ELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Congreso peruano tiene una función directiva en la facultad que se le reconoce para elegir, designar o ratificar algunos de los más importantes altos funcionarios del Estado. Como parte de dicha función directiva o de indrizzo político, además de corresponderle el otorgamiento del voto de investidura al gabinete ministerial, ratifica al Presidente del Banco Central de Reserva, designa al Contralor General de la República, designa a tres directores del Banco Central de Reserva, elige al Defensor del Pueblo y también a la totalidad de miembros del Tribunal Constitucional.

Las normas relativas al proceso de designación o elección difieren según el tipo de alto funcionario. Por ejemplo el Contralor General es designado por la Comisión Permanente, y los tres directores del Banco Central de Reserva son elegidos por el Pleno con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros, esto es, 66 votos. En el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional y el Defensor del Pueblo las normas prescriben una mayoría de dos tercios del número legal, que equivalen a 87 de los 130 congresistas.

Se discute si el Congreso es el mejor lugar o instancia para determinar quiénes deben integrar el Tribunal Constitucional. Sin embargo prevalece y se mantiene la regla de que el depositario de la voluntad popular es el que endosa con su elección la legitimidad indirecta con que se inviste al Tribunal Constitucional. De este modo se sortea la crítica que afecta al origen no popular del cuerpo de magistrados a quienes se les concede la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que aprueba el Congreso y que promulga el Presidente de la República.

Desde su conformación el año 1996 el Tribunal Constitucional ha sido elegido según la modalidad del concurso público, en votación por individuo, secreta y por cédulas. La elección de los magistrados debe

quedar efectuada, según ley, antes de la expiración del mandato de los miembros cesantes. El procedimiento regular consiste en la postulación o presentación de candidatos por organizaciones ciudadanas, colectivos o corporaciones colegiadas. El Congreso a este efecto elige a una comisión especial encargada de examinar las postulaciones, acreditar la condición de los candidatos y entrevistarlos.

Sin embargo, a partir del año 2002 comenzó un proceso de reforma del mecanismo de elección. En vista de la trascendencia de la designación y la dificultad de alcanzar consenso entre las agrupaciones políticas, se estimó necesario encontrar un método distinto para arribar a un acuerdo entre todas las bancadas en relación con la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Luego de sucesivas experiencias infructuosas para la elección del Defensor del Pueblo, cuyo plazo había vencido largamente, y dada la precariedad en la titularidad de este importante órgano estatal, se modificó la ley orgánica de la Defensoría del Pueblo incluyendo la opción de la invitación a iniciativa exclusivamente parlamentaria, en un procedimiento, por lo tanto, que excluye las postulaciones presentadas por iniciativa particular. Este procedimiento fue exitoso y el aprendizaje llevó a plantear la reproducción del método en relación con la elección de otros órganos cuyos titulares requerían del voto de los dos tercios del parlamento para designarlos.

Es esa la razón por la cual la opción prevista respecto de la elección del Defensor del Pueblo el año 2003 fue luego desarrollada y extendida, ampliando la alternativa procesal al caso de la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. La ley 28301, ley orgánica del Tribunal Constitucional, fue modificada el 30 de octubre del año 2012 con la Ley 29926, para permitir la opción de la invitación por intermedio de la Comisión Especial responsable de la presentación de candidatos ante el Pleno.

De otro lado debe tenerse presente que en el período 1998 a 2003 se registra un lapso de inactividad resultado de la falta de integrantes, como consecuencia de la destitución de los magistrados del Tribunal Constitucional ocurrida el 27 de Mayo de 1997. Como no podrá dejar de recordarse, la destitución ocurrió a resultas de la sentencia que, mediante la modalidad de control difuso y concreto, declara inaplicable la ley de reelección presidencial, que permitía la postulación de Alberto Fujimori, en realidad, a un tercer período presidencial (1990-1992, 1995-2000, y 2000-2005) (6).

En ausencia de los tres magistrados destituidos, el Tribunal no estuvo en condiciones de reunir el número necesario ni para admitir ni para resolver las acciones sentencias de inconstitucionalidad. Entre 1993 y 2003 el Tribunal, por ello, sólo llegó a actuar durante un período breve, considerando que se instala recién el 26 de Junio de 1996. Con la vacancia de la Presidencia de la República de Alberto Fujimori, el Congreso repone y desagravia a los magistrados indebidamente destituidos recién en Diciembre del año 2000. Paralelamente, luego de la reinserción del Perú en el sistema interamericano de justicia, y de la modificación del quórum para decidir la inconstitucionalidad de la ley fijándolo en cinco en vez de seis votos, el Tribunal empieza propiamente a desarrollar regularmente sus actividades recién a inicios del 2001.

En el cuadro siguiente se presenta la secuencia de sucesos que marca las discontinuidades y precarización en el mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional desde su creación con la Constitución de 1993 y el proceso de recomposición de seis de sus siete integrantes hasta Julio del 2003.

6 Debido a la inhibición que realizan dos de los magistrados bajo la excusa de que habían adelantado opinión en foros académicos a favor de la ley, tal hecho hacía imposible alcanzar los seis votos requeridos para declarar la inconstitucionalidad de la ley. Sin embargo, los magistrados Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry optan por suscribir una sentencia valiéndose de la opción del control difuso de la Constitución para el caso concreto, que no contaba con el requerimiento de mayoría calificada y permitía acuerdos con mayoría simple, en vez de la opción del control centralizado que exigía seis votos para la inconstitucionalidad *erga omnes* de la ley impugnada. La acción adoptada por estos tres magistrados fue materia de un juicio político que concluyó con su destitución, la misma que sólo consiguió revocarse en cumplimiento del mandato de la Corte Interamericana de Justicia cuando colapsa el régimen durante el proceso de transición democrática entre el 2000 y el 2001.

**PROCESO DE DESIGNACIÓN Y REEMPLAZO DE
MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
1993-2013**

Creación del Tribunal Constitucional (Constitución 1993) Elección de magistrados Nugent, Acosta, Aguirre Roca, Díaz Valverde, García Marcelo, Revoredo, y Rey Terry Inicio de funciones del TC	Fecha de elección/término Diciembre 1993 19 Junio 1996 26 Junio 1996
Destitución de Magistrados Aguirre, Revoredo y Rey	27 Mayo 1997
Reposición de Magistrados Aguirre, Revoredo y Rey	17 Noviembre 2000
Suspensión de Magistrado García Marcelo	6 Setiembre 2001
Elección de Magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen García Toma y Gonzales Ojeda	30 Mayo 2002
Muerte de Rey Terry y Aguirre Roca Renuncia de Revoredo	2 Mayo - 20 Junio 2004 Setiembre 2004
Elección de Magistrados Landa, y Vergara Gotelli	16 Diciembre 2004
Conclusión efectiva de funciones de Revoredo	17 Junio 2005
Elección de Magistrado Mesía Ramírez	14 Julio 2006
Conclusión funciones Magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, García Toma y Bardelli Lartirigoyen	9 Junio 2007
Elección de Magistrado Beaumont	27 Junio 2007
Elección de Magistrados Eto, Alvarez, y Calle Conclusión funciones Landa Arroyo Conclusión funciones Vergara Gotelli Elección de Magistrado Urviola Hani (reemplaza a Landa Arroyo)	7 Setiembre 2007 16 Diciembre 2009 16 Diciembre 2009 9 Junio 2010
Renuncia de Magistrado Beaumont ante el Congreso	Abril 2013
Declaratoria de vacancia de Magistrado Beaumont	6 Mayo 2013
Designación de reemplazo de Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Calle Hayen	17 Julio 2013
Queda sin efecto designación de reemplazo del 17 de Julio 2013	24 Julio 2013

La situación que muestra el cuadro precedente permite advertir básicamente dos rasgos centrales. Primero, la dificultad del Congreso para reemplazar a los magistrados dentro del plazo legal. Ello resulta no sólo de las naturales diferencias que existen en una corporación fragmentada en seis a ocho agrupaciones parlamentarias, sino también en la alta valla que se fija, porque los dos tercios han demostrado ser un hito de muy difícil logro en situaciones de fragmentación política. Segundo, que debido a las dificultades en la elección y reemplazo de los magistrados, quienes se mantienen en los cargos ejercitan funciones constitucionales sin un mandato legal y político limpio, porque los supuestos inherentes al acto de su elección tienen efectos ulteriores al plazo por el que debieron regir, y a la vez porque los supuestos de las nuevas coyunturas no alcanzan a materializar la recomposición de las mayorías políticas que debieran decidir quiénes deben ocupar los cargos vacantes.

Como puede verse, en promedio los magistrados exceden el plazo para el que son elegidos, con un promedio de 7 años. La situación del Tribunal antes del intento de reemplazo de seis de los magistrados con plazo vencido en julio del 2013 mostraba a un magistrado con un mandato con casi el doble del mandato legal (Vergara Gotelli, con 9 años), uno con 7 años (Mesía Ramírez), y tres con 6 años (Eto, Alvarez y Calle), además de la renuncia y sucesiva vacancia de un magistrado (Beaumont) que renunció 10 meses después de haberse vencido los 5 años de su mandato.

Pero además de los datos señalados es pertinente realizar un alcance útil a propósito del proceso de recomposición del Tribunal Constitucional en Julio del año 2013. Debe ser materia de aprendizaje el incidente que tuvo lugar porque revela concepciones insuficientemente integradas sobre la naturaleza de la democracia representativa operada a través de partidos, y también sobre la naturaleza del Estado de derecho (7).

Si existe evidencia que indica que la democracia representativa deben conducirla los partidos políticos, se esperaría que los acuerdos que ellos adoptan cuenten y gocen de la legitimidad necesaria para sostenerse. Sin embargo, los sucesos que rodearon al proceso de elección de los magistrados el 17 de Julio del 2013 deja ver dos cosas. Primera, que ni la democracia representativa ni el liderazgo institucional a partir de los partidos políticos tiene arraigo claro en el Perú. Y, segunda, que, no obstante los acuerdos políticos celebrados entre las agrupaciones legitimadas para tomar decisiones en el parlamento, éstos son insuficientes. Esto último se concreta en la incapacidad de la totalidad de agrupaciones para enfrentar una opinión pública que desaprobó a algunos de los magistrados designados por el Congreso el 17 de Julio del 2013. Cuando los líderes no tienen la convicción, la energía ni los argumentos capaces de persuadir a una opinión pública contraria su autoridad decae y se fantasmaliza. La debilidad del liderazgo expresa la ausencia de éste. Cuando quienes representan no tienen capacidad para explicar y sustentar sus decisiones, los representados desconfían y quedan a la deriva.

De otra parte, existe una proyección en relación con la manera en que se entiende el Estado de derecho, porque, primero, en un Estado que reconoce la ley como regla y como límite, se espera que quien tiene autoridad legal debe ejercerla bajo pena de que si no lo hiciera el Estado queda privado del poder que garantiza el orden colectivo; y segundo, porque la honra, méritos y dignidad de las personas está protegida por la presunción de inocencia, y mientras no exista condena ninguna persona puede quedar víctima de demonización ni proscripción alguna. En los sucesos a los que la población convino en designarlos como “la repartija”, quedó una muestra palpable de que no se tuvo por suficiente el solo ejercicio de la autoridad por quienes tenían el título y autorización popular para representar a la nación, y también quedó demostrado que los medios de comunicación y algunas organizaciones de la autoproclamada sociedad

7 El incidente fue consecuencia de la voluntad que tuvieron la Mesa Directiva, y los voceros de los grupos parlamentarios, de llevar adelante la elección de los titulares de los puestos de tres órganos constitucionales pendientes de designación: la Defensoría del Pueblo, seis puestos del Tribunal Constitucional, y tres puestos del Banco Central de Reserva. Luego de sucesivos intentos fallidos en un tracto de varios años, por iniciativa de la Mesa Directiva del Congreso presidida por el congresista Victor Isla, se designó a la Comisión Especial encargada de la triple misión, la Junta de Portavoces dispuso que se utilizara la opción de invitación a los candidatos, y a partir de la proporcionalidad entre las respectivas fuerzas políticas, se acordó la distribución de los diez puestos pendientes según el número de escaños de cada grupo parlamentario. El esquema suponía la asignación de tres cuotas a *Gana Perú*, dos cuotas a *Fuerza Popular* (fujimorista), dos cuotas a *Alianza para el Gran Cambio*, dos cuotas para *Perú Posible*, una cuota para *Acción Popular-Frente Amplio*. Como resultado de las reuniones los voceros de cada uno de los grupos propusieron a quienes serían objeto de consulta al Pleno, cuidando que cada uno de ellos cumpla con los requisitos que la Constitución y las leyes fijan para cada puesto. Luego de la reacción pública contraria a la composición del cuadro de altos funcionarios por designar, el Congreso optó por valerse de una metodología de elección en bloque, de manera tal que la individualización de los procesos de elección por candidato no altere los términos del acuerdo integral adoptado por los voceros de las agrupaciones que conformaban la Comisión Especial. La decisión de votar a los candidatos por bloque tenía la ventaja de consolidar el acuerdo y subsanar la precariedad en el funcionamiento de tres importantes instituciones constitucionales. Sin embargo, la debilidad de esta alternativa consistía en evitar la posibilidad de discriminar entre unos y otros, eliminando por tanto las diferencias entre quienes contaban con aceptación popular y quienes resultaron objeto de reprobación. Como es de público conocimiento el Congreso claudicó y las críticas contra la postulación de la señora Pilar Freitas como Defensora del Pueblo (*Perú Posible*), y los señores Rolando Sousa, Víctor Mayorga, y Cayo Galindo (candidatos de *Fuerza Popular*, y de *Gana Perú*, al Tribunal Constitucional) tuvieron como consecuencia que se los descalificara y, finalmente, que una semana después de la elección y expedición de las resoluciones el Congreso dejara sin efecto los nombramientos realizados.

civil tuvieron más fuerza y más poder que el que pudieron ejercitar los representantes para dismantelar la solidez de los acuerdos entre las agrupaciones parlamentarias ⁽⁸⁾.

Estas situaciones son expresivas de las transformaciones globales recientes que materializan la desconfianza en los partidos políticos y las insuficiencias representativas del parlamento; la mayor visibilidad y el mejor control de los escenarios y de la esfera pública por las empresas mediáticas; a la vez que expresan también, paradójicamente, el creciente recurso a modalidades no representativas de democracia como una supuesta modalidad de mejoramiento de la calidad representativa del régimen político. La situación manifiesta el carácter aporético inherente a la vida política moderna, porque reedita y reproduce el dilema entre el principio representativo de la organización, de la institucionalidad y de la autoridad política, y por otro lado la concreción de dicho principio en niveles cualitativamente deficitarios en los operadores de la representación que afianzan la desconfianza en la autoridad que representa a la colectividad. La dificultad de percibir el dilema y la aporía de la modernidad favorece la acumulación y sedimentación del malestar y del descontento en el sistema. A su vez, a mayor malestar la consecuencia natural es la agudización del conflicto, porque se restan las probabilidades de sostener y de creer en el sistema representativo, sin que quepa el recurso a otra forma de organización política más eficaz en reemplazo del sistema en cuyas bases no se cree.

Ante el descreimiento y la falta de confianza en el origen popular del poder representativo el titular que es el pueblo irrumpe con descontento crítico y ocupa progresivamente más espacio de confrontación, cuya tendencia central es no sólo llamar la atención sobre las decisiones institucionalmente adoptadas sino provocar cambios y sustituciones en los contenidos de los procesos representativos. Esta situación es a fin de cuentas sólo poco más que expresión de la crisis del principio de separación de poderes, porque si este principio se reconociera no habría tanto clamor por las modalidades de democracia participativa en el funcionamiento del Estado, ni sería preciso recurrir a opciones como el Tribunal Constitucional cuya misión se postula en base a la falta de fe en los usos correctos del poder por los operadores del poder representativo de la voluntad popular ⁽⁹⁾.

El encargo que se encomienda al poder político, para que designe y elija a los magistrados del Tribunal Constitucional, por eso, parece ser un encargo oscuro, manchado de precariedad, porque los titulares de la elección deben proceder inevitablemente a partir del papel subjetivo de las posiciones, valores, principios y valores que asumen como miembros de un colectivo político. La pertenencia a un partido

8 La experiencia es un ejemplo adecuado de las contradicciones humanas. De un lado se advierte la necesidad de contar con titulares para los organismos constitucionales autónomos, de forma que las instituciones estén en condiciones operativas para atender la demanda colectiva, pero cuando los puestos se ocupan aparece la insatisfacción respecto de los titulares elegidos. De igual manera también se dice que para que el sistema político sea eficiente y responsable requerimos partidos políticos fuertes, sin embargo cuando los voceros y los integrantes de las agrupaciones realizan actos de autoafianzamiento se los sindicamos como entidades sectarias y autocomplacientes. Más allá de estas contradicciones también se concreta la que indica que debido a la imposibilidad del ejercicio directo e inmediato del poder por el pueblo soberano es necesario que ese ejercicio se entienda a través de quienes lo representan durante un mandato temporal, pero cuando los representantes que el pueblo elige soberanamente se hacen cargo de la responsabilidad a través de la autorización que nace de las urnas ese mismo ejercicio se desautoriza y cuestiona con desconfianza, si no además con sarcasmo, ironía o cinismo. Parte de este esquema esencialmente aporético es el que revela la crisis de confianza y la crisis del principio de separación de poderes en los Estados y sociedades modernos que recurren a alternativas ineficaces para corregir el malestar y el descontento, como en este caso lo es la adopción de una instancia de origen no popular que nace del espurio supuesto que el derecho controla el poder y que se concreta en la propuesta del neopositivismo jurídico kelseniano que totemiza las virtudes técnicas y políticamente asépticas de Tribunales Constitucionales cuyos titulares se cree están en condiciones de operar como si fueran una tabula rasa exenta de subjetividad, valores o intereses personales en el ejercicio de la función de control político.

9 Para corregir el mecanismo de elección del Tribunal Constitucional según el cual este organismo constitucional legitima su composición gracias a la delegación que recibe del poder representativo con mandato popular y directo se ha propuesto que sus integrantes sean designados, ya no por el poder político de los representantes, sino por instancias funcionalmente desvinculadas del mandato popular como podría serlo el Consejo Nacional de la Magistratura, a través de propuestas de rasgo corporativo como los Colegios de Abogados, o como las Facultades de Derecho de las Universidades públicas y privadas del país. Anunciar este tipo de alternativas es un indicador interesante de la supervivencia de visiones no precisamente representativas de la democracia que tendrían muchísimo mayor afinidad a formas de democracia funcional o corporativa semejantes a las que se ensayaron durante la primera mitad del siglo XIX en España, Italia o Alemania.

no es fácilmente extirpable, excluible ni eliminable de la estructura y constitución psíquica de quienes militan en él. La abstracción pretendida bajo la premisa del neopositivismo no es humanamente viable y difícilmente las decisiones a las que arriben quienes tienen que elegir al cuerpo de magistrados contará con la ideal virtud de la imparcialidad.

Cada partido tiene conceptos, supuestos y convicciones diversas respecto a lo que signifique la trayectoria democrática y calidad profesional cuando tienen ante sí la decisión de llegar a un acuerdo que congregue las dos terceras partes de una población parlamentaria fragmentada y confrontada. Difícilmente se cumplirá el cometido de llenar vacantes sin sesgar el ánimo y votos de las agrupaciones políticas en una dirección que puede en efecto calificarse como la agencia o la sucursal de los partidos políticos. Ello no significa que deba tomarse con resignación la pobreza de los acuerdos que toman los grupos parlamentarios, pero quienes asumen una posición maximalista deben condimentar sus expectativas con la sazón del realismo que las probabilidades colectivas y culturales están históricamente capacitadas para procesar y producir a la misma colectividad de la que emergen, que reflejan y representan en su composición parlamentaria.

5. LOS PRODUCTOS O RESULTADOS DE LA ACCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lejos de mantenerse en el supuesto kelseniano de concebir su operación funcional como un trámite de contraste puramente lógico o proposicional entre el lenguaje organizacional y procesal abstracto de la Constitución y el lenguaje de la ley, el Tribunal Constitucional sí ha realizado apreciaciones sobre los hechos materia de controversia constitucional y enjuicia los contenidos de la Constitución y de la ley desde una perspectiva que no puede calificarse precisamente como únicamente lógica, abstracta ni formal.

Al excederse del modelo que el neopositivismo kelseniano introdujo en la teoría jurisdiccional, no sólo no se ha limitado a excluir interpretaciones intolerables o incompatibles con el texto constitucional, sino que se ha seguido la tendencia desarrollada en otras latitudes, en particular en Alemania, Italia y España, mediante la cual se crea una tipología de sentencias interpretativas, como las manipulativas (normativas) y entre éstas las aditivas, reconstructivas, sustitutivas o de reposición, que crean normas o que extienden o agregan contenidos normativos ahí donde se eliminan o expulsan extremos de la ley inconstitucionalizada, o donde se advierte una omisión legislativa cuya existencia impediría el cumplimiento de la Constitución o generaría dificultades o imposibilidad de aplicación de la ley impugnada.

La actividad jurisdiccional en el curso de los últimos 17 años ha sido intensa. Hasta Junio del 2013 pueden incluirse 82 mil 225 expedientes presentados, de los cuales hasta fines de dicho mes se han resuelto 76 mil 363. Poco más del 50 por ciento de la demanda de atención se inicia en el departamento de Lima, al que le sigue Lambayeque con 6.42%, Junín con 5.59%, y Arequipa con 5.56%. La capacidad de atención de casi el 93 por ciento de la demanda presentada expresa un rasgo de alto rendimiento, independientemente, por cierto, de la satisfacción que inevitablemente represente para las partes afectadas con los fallos.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL JUNIO 1996 – JUNIO 2013

Año	Acciones de garantía				Otras		Regularidad constitucional	Total	
	Habeas corpus	Amparo	Habeas data	Cumplimiento	Competencial	Quejas	Inconstitucionalidad	Total	%
1996	78	18	0	0	1	0	3	100	0.13
1997	40	526	1	16	2	0	18	603	0.79
1998	166	956	3	66	2	0	0	1193	1.56
1999	252	1036	3	104	1	0	0	1396	1.83
2000	151	1508	4	140	1	0	4	1808	2.37
2001	168	465	3	45	1	0	20	702	0.92
2002	318	688	4	140	4	0	18	1172	1.53
2003	711	3372	7	387	9	91	25	4602	6.03
2004	494	2956	10	439	6	214	45	4164	5.45
2005	550	4903	9	1227	8	330	34	7061	9.25
2006	722	6865	9	2228	5	289	36	10154	13.30
2007	1367	6400	81	1129	8	302	38	9325	12.21
2008	1201	5041	72	443	4	306	15	7082	9.27
2009	1370	6683	43	384	6	438	29	8953	11.72
2010	1108	5000	106	393	10	269	48	6934	9.08
2011	880	3367	54	251	14	248	44	4858	6.36
2012	755	2847	36	203	2	316	17	4176	5.47
2013	406	1452	28	65	2	121	6	2080	2.72
TOTAL	10737	54083	473	7660	86	2924	400	76363	
	72953				3010				
%	14.06	70.82	0.62	10.03	0.11	3.83	0.52		
	95.53				3.94				

Fuente: Tribunal Constitucional

Elaboración: propia, con el apoyo de Gabriel Duarte Rodríguez (Departamento de Relatoría y Agenda del Congreso de la República)

En cuanto a la capacidad porcentual de atención de casos de índole legislativa cabe advertir, por ejemplo, que entre agosto de 1995 y el 12 de julio del 2013 se han publicado 3 mil 545 leyes. La atención de la demanda relativa a procesos de inconstitucionalización incluye no obstante diversos tipos de normas con rango o fuerza de ley, como lo son las leyes, las resoluciones legislativas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los decretos leyes y las ordenanzas expedidas por instancias regionales y municipales con capacidad o competencia legislativa en este mismo nivel.

En la línea de comprensión de la actividad legislativa del Tribunal Constitucional es posible percibir que entre el 2003 y el 2005 se observa una etapa de mayor intensidad comparativa en el proceso de conocimiento de procesos de inconstitucionalidad. Es a partir del año 2005 que se nota, nuevamente, un declive en la actividad del Tribunal en materia de las declaratorias de inconstitucionalidad.

SENTIDO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERÍODO 1996-2013

	Infundada	Fundada en parte	Fundada	Total
1996	5	3	-	8
1997	1	2	-	3
1998	-	-	1	1
1999	2	1	-	3
2000	-	-	1	1
2001	2	6	-	8
2002	5	5	1	11
2003	11	1	1	13
2004	15	11	3	29
2005	11	1	3	15
2006	4	2	0	6
2007	6	3	2	11
2008	10	1	1	12
2009	3	3	1	7
2010	10	0	0	10
2011	2	1	0	3
2012	3	0	1	4
2013	---	----	----	-----
TOTAL	90	40	15	145

Fuente: http://www.tc.gob.pe/consultas_causas.php y <http://www.tc.gob.pe/search/search.pl.new19> El cuadro refiere las sentencias contra normas sobre las que el Congreso ha sido notificado como parte demandada, aún cuando no se hubiera apersonado ni respondido la demanda. Se ha excluido, sin embargo, los casos en los que el Congreso ha devuelto la demanda por no considerarse parte en el proceso. No incluye las sentencias improcedentes ni inadmisibles. Tampoco son incluidas las sentencias no registradas en una u otra de las páginas web. En caso de acumulación de expedientes en una sola sentencia, se ha contabilizado separadamente cada expediente. No se incluyen acciones de inconstitucionalidad contra decretos legislativos así el Congreso de la República haya sido demandado. Sí comprende e incluyen las acciones contra artículos del Reglamento del Congreso de la República. Al 30 de junio de 2013, 3 procesos de inconstitucionalidad contra leyes no han sido sentenciados; por ende no es posible conocer el sentido de la resolución. A la fecha de elaboración de estas estadísticas, cuatro procesos por inconstitucionalidad no habían sido aún sentenciados. Respecto del año 2013, se han presentado 12 acciones de inconstitucionalidad en las que el Congreso de la República ha sido demandado, pero ningún caso ha sido resuelto aún hasta el 30 de Junio del 2013.

Elaboración: Patricia Durand Vásquez, del Área de Servicios de Investigación, en el Departamento de Investigación y Documentación del Congreso de la República.

Del total de acciones de inconstitucionalidad el 10 por ciento se declararon fundadas en la totalidad de su pretensión, y el 65 por ciento se declararon totalmente infundadas. El 25 por ciento restante lo comprenden casos en los que la declaración es parcialmente fundada. La aparentemente baja cantidad de casos asumidos por el Tribunal Constitucional, sin embargo, no es tan elocuente como el sentido en el que en los casos que conoce llega a afectar con su intervención el sistema legislativo nacional y, por lo tanto, también la calidad política del principio del origen popular del poder.

Entre los casos de legislación positiva, en los que cabe advertir el papel legislativo de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional puede incluirse los siguientes, a título de referencia inicial: dos casos de inconstitucionalización y uno de habeas corpus.

El primero es el previsto en la STC 6-2003-AI, que se inicia contra el inciso j) del Artículo 89 del Reglamento del Congreso, sobre el proceso de acusación constitucional, que dispone que el Congreso debe decidir la aprobación de una acusación constitucional con el voto de la mayoría absoluta de los congresistas, y no sólo la mayoría simple, excluyendo el voto de los miembros de la Comisión Permanente. El segundo es la STC 24-2010-PI/TC, que se inicia contra el Decreto Legislativo 1097, que establece la situación procesal de militares y policías acusados de violación de derechos humanos. Y un caso reciente, la STC 156-2012-PHC, de agosto del 2012, es el que se genera con un recurso de agravio originado en la acción de habeas corpus presentada por el ex vocal supremo César Tineo Cabrera, que valió al Tribunal Constitucional el recurso para extenderse en un obiter dicta vía una modalidad ultra petita creando reglas para la conducción de investigaciones en sede parlamentaria de conformidad con los principios del debido proceso.

En el caso de la STC 6-2003-AI lo interesante es que quien estaba detrás de esta acción de inconstitucionalidad fue un excongresista, el señor Manuel Lajo, que en su momento había sido acusado de quedarse con el dinero de sus trabajadores. A él se lo acusó constitucionalmente y se le suspendió en el ejercicio de la función hasta que se resolviera el caso a nivel judicial; pero quienes lo favorecían dentro del Congreso porque creían que era más bien una maniobra de los trabajadores que no querían al congresista Lajo, contaron con el apoyo, entre otros, del congresista Javier Alva Orlandini. Javier Alva Orlandini, ha sido vicepresidente del Perú en la época del señor Fernando Belaúnde Terry, y siendo miembro del Congreso Nacional integró la Comisión Especial que conoció la acusación contra el excongresista Lajo en el período 1995 al año 2000. El congresista Alva Orlandini se encontró entre quienes aseveraban que no debía acusárselo constitucionalmente. Sin embargo, debido al sistema de elección de los magistrados a través del Congreso, el señor Alva Orlandini fue elegido magistrado y además fue presidente del Tribunal Constitucional.

Mientras fue presidente del Tribunal Constitucional, en lugar de inhibirse respecto del caso Lajo, en el que él tuvo posición sentada sobre los excesos por los que se lo acusó, participó en la sentencia 6-2003 del Tribunal Constitucional, resolviendo que la mayoría para acusar constitucionalmente a las altas autoridades por delito de función era la mayoría absoluta de miembros del Congreso, valiéndose por analogía de la regla que establece la misma mayoría para el levantamiento de las inmunidades de proceso y arresto.

El uso de la potestad de control de regularidad constitucional el Tribunal creó una norma reglamentaria, a pesar de la autonomía normativa que la Constitución le reconoce expresamente al Congreso. Y además el propio Tribunal Constitucional se vale del pedido de inconstitucionalidad para exhortar al Congreso a reformar la Constitución, de forma que no tenga carácter vinculante el acuerdo del Congreso que declara que ha lugar a la formación de causa en sede de la Fiscalía de la Nación y de la Corte Suprema. El ejercicio de la facultad de control de la constitucionalidad se convirtió, de esta manera, en la asunción de una competencia excesiva porque el Tribunal se constituyó ya no en juez de la constitucionalidad sino en juez de la Constitución, en la medida que postula la inconveniencia de una norma constitucional, y no sólo en una norma subconstitucional.

El segundo caso se refiere a la STC 24-2010-PI/TC, del 21 de marzo del 2011, que declara inconstitucionales diversos preceptos contenidos en el Decreto Legislativo 1097, relativo a la aplicación de principios procesales a favor de militares y policías detenidos sin contar con sentencia durante un plazo que excede la razonabilidad. Esta sentencia se pronuncia no obstante que el Congreso había derogado dicho Decreto Legislativo mediante Ley 29572, del 15 de setiembre del 2010, lo cual amerita el razonamiento del Tribunal relacionado con el distingo entre la derogación y la inconstitucionalización de la ley. De las diversas materias declaradas inconstitucionales en el derogado Decreto Legislativo 1097 la que mayor relevancia tiene para presentar el perfil excedente del Tribunal Constitucional es el extremo en el que se declara la inconstitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo impugnado. Dicha disposición complementaria final contiene una precisión respecto de la vigencia irretroactiva de la Resolución Legislativa 27998, con la que se aprueba la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los

Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, vigente en el Perú desde el 9 de noviembre del 2003, y además respecto de la cual el propio Tribunal Constitucional validó tal vigencia con su STC 18-2009-PI/TC. Según la Resolución Legislativa 27998, la declaración depositada en la sede del Tratado, y la STC 18-2009-PI/TC, la imprescriptibilidad tendría carácter vigente en el Perú sólo desde el 9 de noviembre del 2003.

El Decreto Legislativo 1097 se dictó al amparo de las facultades legislativas contenidas en la Ley 29548⁽¹⁰⁾. El Tribunal Constitucional, lejos de sustraerse de la materia no obstante la derogación de dicho Decreto Legislativo, acordó abocarse a ella invocando la distinción en los efectos que producen la derogación y la inconstitucionalización. Para impedir la generación de efectos que pudiera haber acontecido como resultado del corto período de vigencia del Decreto Legislativo 1097, creyó cumplir mejor su rol procediendo a examinar su constitucionalidad.

La acción emprendida por el Tribunal Constitucional no consigue, sin embargo, eliminar mediante su fallo la generación material de efectos causada durante la vigencia del Decreto Legislativo 1097, puesto que el Tribunal Constitucional no constituye con su sentencia la inconstitucionalidad, sino que la declara, y por lo mismo la expulsión de la norma no tiene efectos *ex tunc*, sino sólo *ex nunc*. El Tribunal, por lo tanto, en este extremo no alcanza su cometido debido al error conceptual que tiene en la construcción de su sentencia.

La inconstitucionalización surte efectos sólo desde el 22 de marzo del 2011, manteniendo naturaleza constitucional las disposiciones inconstitucionalizadas (aunque, ciertamente, derogados) entre el 1 de setiembre del 2010 y el 22 de marzo del 2011. La capacidad de generar efectos jurídicos plenos, sin embargo, corre desde el 1 hasta el 15 de setiembre, la fecha de inicio de la vigencia de su derogatoria por la Ley 29572 (e independiente de la maniobra protagonizada por el gobierno mediante la modificación del texto del Decreto Legislativo luego de vencido el plazo para expedir legislación delegada, mediante el altamente cuestionable expediente de publicación de fe de erratas).

Una de las cuestiones más llamativas de la sentencia del Tribunal Constitucional es que el Código Procesal Constitucional y la ley orgánica del Tribunal Constitucional establecen un límite de seis meses para pronunciarse, mediante la acción de inconstitucionalidad, sobre la regularidad constitucional en los procesos de incorporación de tratados en el derecho interno. Sólo dentro de ese mismo plazo tiene competencia el Tribunal Constitucional para declarar la inaplicación de la Resolución Legislativa que aprueba el Tratado. La inaplicación así declarada tiene efectos *erga omnes* en el territorio nacional, dejando a salvo la dimensión inter o supranacional de los efectos y responsabilidades estatales consiguientes.

Este es un primer problema, insuficientemente comprendido ni esclarecido, puesto que si el Tribunal Constitucional es la instancia y el símbolo por antonomasia del pensamiento constitucional en el Perú, su acción debe ajustarse a los parámetros más estrictos del discurso y de la argumentación jurídica en

10 El Decreto Legislativo 1097 tenía el propósito de establecer beneficios procesales y penitenciarios a favor de los militares procesados, sentenciados y presos como consecuencia de su intervención en el proceso de pacificación del Perú. Para alcanzar tal propósito el gobierno había sido habilitado legislativamente con la atribución expresa consignada en la Ley 29548 (que entró en vigencia el 4 de Julio del 2010), y debía usar tal habilitación hasta el vencimiento del plazo delegatorio el mismo que vencía el 1 de Setiembre.

El objetivo del Decreto Legislativo 1097 fue asegurar el reconocimiento del principio del debido proceso para quienes, en ejercicio de funciones constitucionales como miembros de las fuerzas armadas o de la policía nacional, fueran objeto de investigaciones o de procesos penales resultantes de la intervención en el proceso de pacificación. El supuesto de la vulneración del debido proceso resaltaba el hecho de demoras atentatorias contra la presunción de inocencia, y el perjuicio consecuente de detenciones irrazonable y extenuantemente largas sin que los investigados o procesados, privados injustificadamente de libertad, contaran con solución judicial a las denuncias en su contra.

Más allá de la discusión sobre la propiedad técnica de las medidas legislativas principales adoptadas en el Decreto Legislativo 1097, o de la eventual inconveniencia del adelantamiento de la vigencia del Código Procesal Penal para la investigación o procesamiento de denuncias contra militares o policías, el propósito buscado fue revalorar, reconocer y reivindicar, por equidad, el papel que unos y otros tuvieron en la lucha por la pacificación del Perú luego de la barbarie cruenta en que el terrorismo sumió al país y puso en zozobra indiscriminada y general a la integridad de la población en todo el territorio, durante más de una década.

materia constitucional. Independientemente de todo el cuerpo del Decreto Legislativo 1097, opinable como resulta ser, es la intervención del Tribunal Constitucional sobre el tema de los extremos normativos internos que fue parte, no del Decreto Legislativo 1097, sino de la Resolución Legislativa 27988.

La intervención del Tribunal Constitucional no sería digna de especial escrutinio, de no ser porque en su STC 18-2009-AI, publicada el 26 de abril del 2010, el mismo órgano de control constitucional que declara improcedente la Resolución Legislativa 27988 por expiración del plazo de seis meses dentro del cual cabe, según el Artículo 100 del Código Procesal Constitucional, interponerse demanda de inconstitucionalidad contra los tratados, es también el órgano que se aboca sobre los alcances de la aprobación del tratado cuando ya había transcurrido en exceso dicho plazo, y lo hace, además, sin que tal extremo hubiera sido materia de la demanda de inconstitucionalización del Decreto Legislativo 1097 al que éste hacía referencia en su Primera Disposición Complementaria.

La cuestión de la relevancia de este asunto en la doctrina del Estado Constitucional de Derecho puede notarse ahora con mayor claridad, porque esta doctrina le reserva al Tribunal Constitucional el carácter de guardián de sus características y postulados, y porque en ejercicio de su competencia al pronunciarse sobre una materia inherente a la ideología de los derechos humanos no realiza, a juicio de este autor, un manejo pulcro del mismo. Lo turbio y sucio del razonamiento y de la actuación del Tribunal Constitucional, no obstante el aprecio, las loas o aplausos que hayan generado los resultados de su resolución en quienes carecen de una visión equilibrada del papel del Estado y de la fuerza en la afirmación del pacto político y de la viabilidad y exigibilidad de cualquier derecho en la sociedad, ese factor ominoso y perturbador es la posición que asume en relación con principios centrales de seguridad jurídica como son la irretroactividad de la ley penal, o el derecho a la prescripción no precisamente por razón imputable al denunciado o procesado sino por negligencia o inacción del órgano administrador de justicia.

¿Cómo justificar la opción del Tribunal Constitucional en contra del sentido y voluntad del legislador cuando, al afirmar desde qué momento se reconoce la vigencia de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, en nombre de la doctrina del Estado Constitucional de Derecho o de la ideología de los derechos humanos, permite la interpretación en sentido retroactivo de esta Convención incluso en fecha anterior a la que fijó el legislador al momento de aprobarla? ¿Significa que los contenidos del derecho contenido en dicha Convención son exigibles respecto de hechos anteriores a la vigencia que fijó el legislador, a pesar de los principios de irretroactividad de la ley penal, del principio *nullum crime, nulla poena, sine lege* previa, y a pesar además e incluso del derecho de prescripción que la Constitución reconoce?

Siendo jurídicamente inexcusable, aunque moralmente sustentable, el procedimiento utilizado en el Tribunal de Nüremberg por quienes vencieron en la guerra, ¿son similares las condiciones de entonces a las actuales como para extender con carácter universal esa opción excepcional que resultó de la victoria aliada?. ¿No ha cambiado, evolucionado o pensado mejor la humanidad ni los más altos niveles de juristas sobre los excesos jurídicos de la comunidad internacional? ¿Tienen esta vez justificación suficiente los magistrados del Tribunal Constitucional para proceder mecánicamente y replicar lo que se hizo como resultado de una guerra mundial?

Estas son probablemente cuestiones de difícil respuesta que debieran tener peso suficiente para exigir el sustento suficiente de la máxima instancia jurisdiccional en materia constitucional. No parece excusable la mera reproducción de un patrón global en contra de la voluntad expresa del legislador, que ha pensado, sustentado, valorado y decidido optando por el reconocimiento de la irretroactividad de la ley penal, y de la prescriptibilidad de la acción penal. El Tribunal Constitucional tuvo que asumir con rigor y seriedad el papel jurígeno que la Constitución le encomienda. Al parecer existe ligereza y descuido cuando trata esta materia sin el suficiente escrúpulo o meticulosidad técnica.

La impropiedad de la actividad del Tribunal Constitucional se nota desde el momento de su abocamiento a la materia. En efecto, para abocarse a la materia de la Primera Disposición Complementaria del Decreto

Legislativo 1097, con la que se fortalece con precisiones a la Resolución Legislativa 27998, el Tribunal, valiéndose de la asunción de atribución extra petita, recurrió a la opción de control difuso, y dispuso la inaplicación general por la judicatura del carácter limitativo aprobada por el legislador el año 2003.

Son dos aspectos si no cuestionables, cuando menos debatibles. Primero, porque recurrir a la facultad extra petita sólo se justifica en un entorno que tiene estrecha relación con la materia sobre la que se presenta la pretensión de inconstitucionalidad. Y segundo porque el control difuso se refiere a una situación concreta en la que se requiere la inaplicación para un caso específico, y el Tribunal Constitucional, contrariamente, dispone la inaplicación genérica por todas las cortes y juzgados nacionales.

Se procesa de este modo oblicuamente lo que no le está permitido por ley expresa tramitar de modo directo. Desde el punto de vista constitucional el uso de la facultad extra petita por el Tribunal se justifica, extraordinariamente, en razón del vínculo esencial entre la materia de la demanda de inconstitucionalidad y la cuestión abordada sin pedido de parte, y cuando el dejar el punto sin abordamiento discursivo pudiera generar un daño mayor e imprevisto por las partes. Si el Tribunal opera como guardián de la constitucionalidad y del Estado Constitucional de Derecho se espera de él el uso inquisitivo de su posición estatal para proteger mejor los valores constitucionales. No se justifica, contrariamente, cuando usa de esa extraordinaria y excepcional atribución respecto a temas no controvertidos y constitucionalmente estables o sostenibles. Menos se justifica la asunción de dicha atribución cuando como consecuencia de su uso sus decisiones pueden causar mayor daño que el que su omisión pudiera ocasionar.

¿Qué título ampara al Tribunal Constitucional cuando estando una causa bajo su conocimiento tuvo la oportunidad, y no la usó, para pronunciarse sin desconocer el plazo que el Código Procesal Constitucional le asigna? Si pudo asumir competencia dentro del plazo, ¿cómo explicar que lo haga cuando el plazo ya venció? Además, ¿qué título ampara al Tribunal Constitucional para distorsionar la naturaleza del control difuso y mandar con carácter universal que ningún juez aplique la Convención desde la fecha en que manda la ley que la ratifica, disponiendo además que una eventual aplicación en el sentido que proscribía tendría carácter inconstitucional? ¿Es que el Tribunal Constitucional puede asumir poderes que ni la Constitución ni las leyes le reconocen, y al asumirlos toma decisiones que desde el punto de vista constitucional son formal y materialmente discutibles?

La situación causada con el abocamiento extraordinario e irregular del Tribunal Constitucional genera pues dudas respecto a la idoneidad técnica del abocamiento asumido, si no, acaso, además, a la ocurrencia de un supuesto de conducta prevaricadora. Es aún más dudoso esto último teniendo en consideración que el control difuso no tiene por naturaleza la inconstitucionalización operativamente generalizadora que es propia del control concentrado, que el alcance del tipo de control efectivamente usado viola el artículo que fija el plazo máximo para el uso de la facultad de inconstitucionalizar la ratificación de un tratado, y que el Tribunal procede al amparo injustificado de la atribución extra petita.

En buena cuenta, se trata de una estrategia jurisdiccional poco deferente no sólo con el legislador, sino con la ley y con su rol constitucional. Es una estrategia usada para excluir la voluntad del legislador, no obstante la incapacidad temporal que lo afectaba y la ausencia de petitorio en la pretensión de los demandantes. El Tribunal Constitucional utilizó la vía del control difuso para generar irregular e ilegalmente, por lo menos, una pauta general de conducta jurisdiccional con carácter vinculante erga omnes en la judicatura nacional.

La cuestión está también en el terreno parlamentario, porque está pendiente de revisión parlamentaria la corrección y eventual infracción constitucional de los jueces que proceden según esta línea interpretativa. ¿Procedió correctamente el Tribunal Constitucional a declarar la inaplicación general de la limitación temporal impuesta en la Resolución Legislativa 27998 y precisada con la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1097, no obstante no existir cuestionamiento, reclamo ni protesta algunos en la sede del Tratado? ¿Es un acto constitucionalmente válido el ejecutado por el Tribunal Constitucional cuando da alcance general a la inaplicación que manda en la vía de control difuso, la misma cuya naturaleza se refiere exclusivamente a la aplicación a un caso concreto, a diferencia de la

vía de control concentrado que tiene en efecto alcances erga omnes? ¿Acaso la consideración de una atmósfera políticamente favorable como pareciera serlo la derogatoria del Decreto Legislativo 1097 por el Congreso, limpia lo incorrecto de la acción del Tribunal Constitucional?

Más allá de la corrección política del órgano crítico de la doctrina del Estado Constitucional de Derecho que es el Tribunal Constitucional, o de la validez jurídica de la interpretación que realiza, no es menos cierto que la voluntad del legislador no ha recibido adecuada valoración en el ámbito jurisdiccional. ¿Es este un caso en el que el Tribunal ha procedido conforme a derecho a ejercitar su condición de «intérprete supremo» de la Constitución, o se ha tratado de un error, o quizá de un vicio de construcción técnica por razón del tiempo y de la materia sobre la que se abocó?

El caso pues permite examinar la doctrina del Estado Constitucional de Derecho y la idoneidad del Tribunal Constitucional como agente de su configuración, delimitación y aplicación en el sistema político peruano. Qué motivó al Tribunal a actuar fuera de sus propios límites es una cuestión que queda librada a la especulación. El hecho concreto es que el procedimiento del que se ha valido, cuestionable como es, es una forma torcida de decir qué es lo constitucional en el Perú.

La racionalidad constitucional que construye el Tribunal Constitucional no se ha compadecido del daño que su razonamiento ocasiona en los bienes constitucionales que desdeña y omite ponderar. No es poca cosa constitucional la minimización del principio de irretroactividad de la ley penal, ni el derecho fundamental a la prescripción (en particular cuando la dilación y el uso ineficiente del tiempo no es atribuible al denunciado o inculpado sino a la propia agencia estatal). Como tampoco puede pasarse por alto los artilugios de los que se vale para abocarse de oficio como lo hace, a una materia respecto de la cual caducó el plazo, ni el uso de la vía del control difuso para obtener efectos erga omnes privativos del control concentrado que estaba imposibilitado de alcanzar. ¿O es que es permisible que valiéndose en la autoridad del dudoso título que inconstitucionalmente le atribuye su ley orgánica de intérprete supremo de la Constitución, se refugie para operar con ligereza sobre los contenidos constitucionales y los derechos fundamentales sin asumir las consecuencias de las desviaciones o del exceso con que procede?

Nuevamente, este es otro asunto sobre el que el parlamento tiene qué decir. Una resolución legislativa suya, que debió entenderse estuvo premunida de firmeza y susceptible de causar estado, ha quedado en situación de minusvalía por la excesiva acción del Tribunal Constitucional. El favor de una opinión pública inadecuadamente formada, y la presión de grupos particulares maximalistas que descuidan los equilibrios constitucionales, no limpia ni convierte en correcta la actitud ni los productos que provee a la sociedad con su STC 18-2009-AI/TC. En tanto el Estado Interamericano o Mundial no tenga otra existencia que en el plano imaginario, el parlamento tiene el papel estatal y la posición constitucional de articulador entre el orden supranacional y el nacional. Por eso la función jurisdiccional no está exenta de responsabilidad cuando amparándose en el primero genera con su gestión riesgos y peligros que el Estado nacional tiene la obligación de controlar, disminuir y evitar. Si el parlamento tiene consciencia del exceso a él solo le toca denunciarlo y corregirlo.

La tercera sentencia es más reciente. Se emitió en septiembre del 2012, a propósito de otra acusación constitucional, pero este fue un proceso, no de inconstitucionalización, sino de un hábeas corpus que presentó un ex Vocal de la Corte Suprema, el señor César Tineo Cabrera. El recurrente adujo ante el Tribunal Constitucional que no se habían observado las reglas de debido proceso, tanto a nivel de la acusación constitucional como en el proceso judicial. Esa era su argumentación central. Y el Tribunal, dentro del más puro sentido kelseniano, abocándose a la evaluación abstracta del petitorio, nunca conoció los hechos. Nunca se pronunció sobre los hechos. Nunca examinó si el Congreso Peruano lo había acusado mal. Nunca examinó si en sede judicial se había revisado su caso correctamente observando las normas de un debido proceso o no.

Vía obiter dicta, dentro de la ratio decidendi el Tribunal le formula al Congreso peruano las reglas para que se sigan los procesos de investigación parlamentaria, que no tenía absolutamente nada que ver con el

tema del hábeas corpus presentado por el señor Tineo Cabrera. ¿Cómo explicar que en un hábeas corpus, en el que el Congreso nunca fue emplazado, y por el que se pretende la protección del denunciante por incumplimiento de las garantías del debido proceso, el Tribunal Constitucional se expanda utilizando el espacio de una sentencia para fijarle reglas al Congreso sobre cómo debe investigarse en los procesos de las comisiones investigadoras. Esta situación ha subsistido sin que hasta ahora el Congreso Peruano haya reaccionado respecto del exceso. Eso es lo más asombroso. Uno debiera esperar que el Congreso, inflamado por los excesos del agravio, algo haya dicho.

Lamentablemente en los tres casos nos encontramos, aparentemente, ante un problema de la Constitución psíquica. Cuando la Constitución psíquica es deficitaria, cuando tenemos carencias en la Constitución psíquica, las consecuencias pueden ser problemas de déficit en la representación y también, por supuesto, vía oblicua, déficits o excesos en la actividad del Tribunal Constitucional. El Tribunal en cada una de estas distintas situaciones, en distintos años de su actividad funcional, es responsable de excesos. Este tipo de desempeño parece ajustarse también al supuesto de hipertrofia disfuncional de la ley. Es un caso de excrecencia superyoica que expresa la subjetividad desde la que se manifiesta el abuso de la posición de poder del operador. Pero una posición de poder que se enmascara tras el fantasma de la capacidad para controlar el abuso en la capacidad legislativa del representante de la voluntad popular. Sólo que en el caso del Tribunal Constitucional ya no son excesos de quien ejercita la voluntad popular a través de un mandato representativo, sino de quien desde una posición pretendidamente abstracta, técnica, general y objetiva se constituye en juez de la voluntad popular y también en su verdugo, no jurídico, sino lata, llana y puerilmente político.

6. REVISIÓN DE LA HIPERTROFIA Y DISFUNCIONALIDAD NORMATIVA

Se ha planteado en esta exploración la idea de que el Tribunal Constitucional en el Perú sea más el síntoma y reproducción de una experiencia culturalmente traumática en nuestra historia, que sólo consecuencia de un desarrollo institucionalmente conveniente de instrumentos normativos cuyo objeto sea el control del poder y de la regularidad constitucional por la autoridad.

Lo que es posible colegir y formular desde el desarrollo de los aspectos que han sido materia de exposición, es que guarda congruencia con la hipótesis de esta propuesta que la mirada hacia el Tribunal Constitucional resulta de la misma y original actitud que ha llevado al Perú a recurrir fuera de sí lo que aún no consigue integrar con una mirada dentro de sí para adoptar su ley interna. Esto es, al no encontrar remedio frente al impulso que lleva al abuso y a la apropiación del poder colectivo por los agentes de la representación popular, se adjudica e inviste a un mecanismo o herramienta institucional de la capacidad de restricción e interdicción que no se cree ni confía poderse encontrar dentro del sujeto que opera como representante y como legislador.

Visto el Tribunal Constitucional desde esta perspectiva formaría parte de la hipertrofia normativa cuya presencia dice con elocuencia de un superyó colectivo política e insuficientemente funcional para alcanzar la salud democrática de la república. En efecto, las tortuosas y ominosas dificultades del proceso de elección de los magistrados en sede parlamentaria, y los productos excesivos de quienes alcanzan la elección, son una muestra de que en nombre del control de la ley quien controla también abusa. Es decir que el remedio es parte del mal hipertrófico y disfuncional que se pretendía remediar, con el agravante de que quien abusa no es más ya quien representa de modo directo la voluntad popular sino una prótesis cuyo valor tutelar no tiene el ascendiente y raigambre políticos que se deducen de los principios de organización en los regímenes republicanos y democráticos.

Dentro de este esquema e hipótesis, y en la dimensión propiamente política, la pregunta que queda por atender es, ¿es así que el Tribunal Constitucional y la doctrina del Estado Constitucional de Derecho

integran un producto de dimensión mental, artificial y fantástica?. ¿Qué tipo de régimen político es éste en el que la institución tutelar de la democracia no es la representación de la república, sino los integrantes de un cuerpo de juristas en los que se asume queda condensada la sabiduría y el conocimiento político de la comunidad?. No es el principio de la soberanía popular el que ordena el poder. Es el de la soberanía de un reducido así fuera selecto pero no menos oligárquico grupo de juristas ilustres.

El papel de la jurisdicción constitucional a cargo del Tribunal Constitucional deja abierta una pregunta política de la mayor relevancia. Si el poder no es el poder del pueblo representado, sino las individuales o corporativas luces singulares de los juristas con cuya presencia se presume queda políticamente vacunado el Congreso contra la arbitrariedad de quienes el pueblo eligió para que por su cuenta ejerzan el poder, ¿es, sigue siendo, el parlamento un cuerpo sin luz propia, capitis disminuido para el saber político, discapacitado constitucionalmente y minusvalidado políticamente, a pesar, o como consecuencia, del mandato del pueblo, y un cuerpo que requiere de un consejo tutelar que ordene a la pluralidad de representantes bajo la luminosidad de las superiores subjetividades hermenéuticas de los ancianos de la colectividad?

¿Puede el parlamento resignarse al enfardelamiento en el que lo arrincona la supremacía de un órgano no popular sino técnico, sin negarse a sí mismo la misión y finalidad política que le asigna la Constitución? ¿Qué tanta protesta cabe ante la supremacía que construye la sociedad de juristas y acepta la sociedad política cuando queda vacío de sentido el mandato constitucional respecto al origen popular de la voluntad política que, en último término, debe ser la voluntad de definir el contenido y alcances de la ley?

El conjunto de interrogantes que emergen de los pensamientos que comparte quien discurre sobre el tema materia de esta reflexión permite el encuentro amigable con la hipótesis según la cual la inadecuada integración del universo y mirada interior de nuestra subjetividad colectiva procesa el trauma histórico irresuelto proyectando fuera de sí sus miedos colectivos. Esa es la dinámica que explica la búsqueda de un régimen de convivencia en el que la ley, y ese Otro externo, mantienen un orden rígido e inflexible responsable de la represión, de la homogenización de conductas y de la igualdad legal. La visión limitada y parcial del fenómeno en que se constituye el sujeto nacional, que no alcanza a reconocer su identidad en el contexto de una pluralidad dañada y herida de sumisión, de subalternidad y de dominación, origina la cadena de transmisión que reproduce el trauma. De ahí que la proliferación del Otro, que es la ley externa, resulte de la carencia simétricamente opuesta de aceptación y reconocimiento de la diversidad mestiza que nos caracteriza como sociedad y cultura históricas.

Puede verse pues cómo la creación, la existencia, el funcionamiento, la actividad y la operación del Tribunal Constitucional no es un remedio eficaz para el malestar que resulta de las insatisfacciones con el régimen representativo y lejos de solucionar el mal lo reeditan y lo reproducen. En este sentido el Tribunal Constitucional es una señal episódica en cuya identidad se consolidan expectativas y promesas insuficientemente fundadas de erradicación del mal sustantivo cuya presencia se mimetiza y traslada en el fantasma de una red normativa que termina siendo ineficaz por lo excesiva e hipertrófica de su composición. La mirada que se comparte con estos planteamientos pretende generar un eje paralelo y alternativo de análisis, de forma tal que la acostumbrada actitud endogámica del normativismo, sea o no positivista, ocupe una posición desde la que los paisajes y escenarios de la vida política se piensen y reflexionen con apertura y frontalidad, aprovechando métodos de alcance interdisciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

BERGER, RAOUL (1997); *Government by judiciary. The transformation of the Fourteenth-Amendment*, The Liberty Fund, Indianapolis.

CAREY, GEORGE (1989); *In defense of the Constitution*, The Liberty Fund, Indianapolis.

HÄBERLE, PETER, Y GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2012); *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, Cuadernos del Rectorado, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima.

HERNÁNDEZ CAMARERO, MAX (2012); *En los márgenes de nuestra memoria histórica*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima.

HONETH, AXEL (2009); *Patologías de la razón*, Katz, Buenos Aires

KONDYLIS, PANAJOTIS (1984); *Macht und Entscheidung. Die herausbildung der Weltbilder und Wertfrage*, Klett-Cotta, Stuttgart.

MILLER, JACQUES-ALAIN (2008); *El partenaire-síntoma. Los cursos psicoanalíticos de Jacques-Alain Miller*, Paidós, Buenos Aires.

ORTEGA MARTÍNEZ, FRANCISCO (2011); *Trauma, cultura e historia: reflexiones interdisciplinarias para el nuevo milenio*, Colección Lecturas CES, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

PEACOCK, ANTHONY A. (2008); *Deconstructing the Republic. Voting rights, the Supreme Court, and the founder's republicanism reconsidered*, The American Enterprise Institute, Washington D.C.

TUDELA, FRANCISCO (2000); *Libertad, globalización y políticas nacionales*, Fondo Editorial del Congreso, Lima.

UBILLUZ RAYGADA, JUAN CARLOS (2006); *Nuevos súbditos. Cinismo y perversión en la sociedad contemporánea*, Instituto de Estudios Peruanos, Lima

WEDEL, JANINE R. (2009); *Shadow elite. How the world's new power brokers undermine democracy, government, and the free market*, Basic Books, New York.

LA CUESTIÓN PRIORITARIA DE CONSTITUCIONALIDAD: ¿UNA PÉRDIDA DE PODER PARA EL PARLAMENTO FRANCÉS?

Natacha Bonnal¹¹

Revolución jurídica: ese término es a menudo utilizado, en forma excesiva, por parte de la doctrina francesa. Pero si pudiese reservarse a una reforma que Francia ha conocido en las últimas décadas, el establecimiento de la Cuestión prioritaria de Constitucionalidad (Question prioritaire de constitutionnalité o QPC) que instaura un nuevo control constitucional, merece sin duda esa calificación.¹²

La incorporación del control de constitucionalidad a posteriori en Francia es un asunto de reciente data, fruto de la reforma de modernización de las instituciones de la V República durante la presidencia de Nicolás Sarkozy. Fue instaurada por la reforma constitucional de 23 de julio de 2008¹³, y entró en vigor el 1 de marzo de 2010, añadiendo los nuevos artículos 61-1 y 62 en la Constitución francesa, en virtud de está la QPC corresponde al derecho reconocido a cualquier persona que sea parte en un proceso o en una instancia ante una jurisdicción de afirmar que una disposición legislativa¹⁴ vulnera los derechos y libertades garantizados por la Constitución.¹⁵

11 Doctora en Derecho Público, Université de Lorraine (Francia), LL.M. en Derecho, Goethe Universität (Alemania), Master en Derecho Internacional Público, Université de Strasbourg (Francia), Licenciada de Derecho, La Sorbonne (Francia). Diplomada de la Hague Academy of International Law (Holanda) y de la European University Institute (Italia).

12 Jean-Jacques Urvoas, « *La question prioritaire de constitutionnalité* », rapport d'information déposé par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Assemblée Nationale, 27 de marzo de 2013. Se habló también de *bing bang* jurisdiccional, hasta de segunda revolución francesa. V. Dominique Rousseau, « *La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ?* », *Revue de Droit Public*, 2009, p. 631 ; Walter Carnota, « La segunda revolución francesa: La transformación del Consejo Constitucional », *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 17, 2013, p. 79-94.

13 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF N°0171 du 24 juillet 2008.

14 Una disposición legislativa se entiende en derecho francés como un texto adoptado por la autoridad que ostenta el poder legislativo, y es esencialmente un texto votado por el Parlamento (ley, ley orgánica u ordenanza).

15 Cabe recordar que los derechos y libertades garantizados por la Constitución son los garantizados por el "*bloc de constitutionnalité*", bloque constitucional, que comprende: la Constitución de 4 de octubre de 1958, el preámbulo de la Constitución de 4 de octubre de 1946, la Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y la Carta del medioambiente de 2004.

El establecimiento de un control a posteriori de la ley en Francia dio lugar a un cuestionamiento sobre una posible pérdida de poder por parte del parlamento francés. Por cierto, se puede concebir el control a posteriori como una manera de legislar bajo la férula del Consejo Constitucional, lo que traducirá una pérdida de soberanía del legislador orgánico.¹⁶ El presente trabajo está orientado a analizar las consecuencias de ese nuevo y necesario control, que si bien significó, por una parte, un cambio en la forma de relacionarse entre el Consejo Constitucional y el Parlamento, por otro, reforzó la democracia.

1. DESARROLLO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA LEY EN FRANCIA

El control jurisdiccional de la Ley en Francia tuvo un difícil desarrollo, desde sus orígenes, por razones tanto históricas como filosóficas. Tal como lo indicó Jean-Jacques Rousseau, “La loi peut tout faire, la loi ne peut mal faire” la ley todo puede hacer, la ley no puede hacer mal, es un acto incontestable, teniendo un carácter de soberanía. La Declaración de los Derechos de los Hombres y de los Ciudadanos hizo eco de la visión legictrista de Rousseau,¹⁷ estableciendo en su artículo 6 que la Ley es la expresión de la voluntad general. Cabe recordar también que en la idea de Montesquieu, el poder judicial no constituye un poder equivalente al ejecutivo y legislativo, sino que tiene un papel secundario, limitándose a la aplicación exegética de la ley.¹⁸ El sistema erigido en Francia por el originario artículo 61 de la Constitución responde a esta filosofía.

Por las consideraciones anteriores, sin duda, Francia necesitó de un mayor esfuerzo que las otras democracias occidentales para instaurar un control de la Ley. El Consejo Constitucional y por tanto el control de constitucionalidad, es una creación reciente, nace producto de la Constitución de la V República, fechada el 4 de octubre de 1958.

El control embrionario se encontraba reservado al Presidente, al Primer Ministro o uno de los presidentes de las asambleas, quienes eran los únicos que podían someter una ley al Consejo Constitucional y solo en lo que respecta al control de las leyes antes de su promulgación que fuesen contrarias a la Constitución. Ese control, sin embargo, fue poco a poco ampliándose y ya no fue sólo referido a la Constitución si no también al posterior bloque constitucional de 1971, y de 1974, a través del cual se incorporó la posibilidad de que, asimismo, 60 senadores o diputados pudieran impugnar la ley. Finalmente, en 2010 fue instaurado un control de constitucionalidad a posteriori con la QPC.

No obstante, el camino para lograr lo anterior no fue sencillo. Ya en los años 80, bajo el gobierno de François Mitterrand, se impulsó una discusión de revisión constitucional que tuvo por objetivo permitir a los justiciables invocar en una jurisdicción la inconstitucionalidad de la Ley aplicable a su litigio (a un caso particular), el que fue discutido en el Parlamento y finalmente sin éxito.¹⁹ Son dos proyectos de ley de 1991 y 1993 que fueron rechazados, en razón de una oposición irreductible del Senado que veía en ese tipo de reforma una bajada de la Ley y una pérdida de su poder en la materia. Sin perjuicio de lo anterior y luego de un largo camino recorrido en paralelo a la evolución de las mentalidades, quince años después, la reforma fue adoptada casi en forma unánime.

La QPC fue entonces instaurada por la reforma constitucional del 23 de julio de 2008²⁰, y entró en vigor el 1 de marzo de 2010, añadiendo un nuevo artículo el 61-1 a la Constitución francesa. Los criterios para

16 Jean-Jacques URVOAS, « *La question prioritaire de constitutionnalité* », op. cit.

17 Sin embargo, Rousseau concebía la ley en el marco de una democracia directa y no de una democracia representativa como la francesa, lo que justifica el control de constitucionalidad de las leyes.

18 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748.

19 Robert Badinter, « Une longue marche “Du Conseil à la Cour constitutionnelle” » Cahiers du Conseil constitutionnel n° 25, agosto de 2009.

20 Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008

someter la cuestión prioritaria de constitucionalidad al Consejo Constitucional aparecen detallados en la Ley Orgánica relativa al artículo 61-1 de la Constitución. Corresponden a tres requisitos copulativos:

- ▶ La disposición legislativa impugnada debe ser aplicable al litigio o al procedimiento, o constituir el fundamento de las acciones judiciales;
- ▶ La disposición legislativa impugnada no ha sido declarada anteriormente conforme con la Constitución por el Consejo Constitucional;
- ▶ La cuestión es novedosa o reviste un carácter de seriedad

Con lo dispuesto en los nuevos artículos 61-2 y 62 de la Constitución, la QPC se entromete dentro de un litigio de primera o segunda instancia, se radica en las jurisdicciones ordinarias máximas (Conseil d'Etat o Cour de Cassation), quienes al final deciden si elevan la cuestión al Consejo Constitucional. Ese sistema de "filtro" sigue así la lógica dual de separación de los órdenes judicial y administrativo, que conoce Francia desde 1790.²¹ Los efectos del control de constitucionalidad son erga omnes, lo que lo diferencia del entonces sistema norteamericano, donde los efectos de una inconstitucionalidad son inter partes: aquí, la sentencia tiene como consecuencia la abrogación de la norma declarada inconstitucional. Así, tal como fue señalado, "el juez constitucional se transforma en cuasi-legislador, a fin de aclarar todas las situaciones en función del objeto de la ley abrogada y de los intereses presentes"²², lo que en un análisis estricto aplicado al caso concreto podría entenderse como una pérdida de poder del Parlamento en la materia.

Sin embargo, un principio establecido en derecho francés es que "la ley sólo expresa la voluntad general en el marco de la Constitución"²³, por lo que el Consejo Constitucional no reemplaza al parlamento en su trabajo de legislar, sino solo lo verifica según las normas del bloque constitucional. Esa repartición de los papeles fue reiterada por el Consejo Constitucional en su reciente decisión N° 2013-341 relativa a una QPC, estimando que el nuevo artículo 61-1 "no otorga al Consejo Constitucional un poder de apreciación general y de decisión de la misma naturaleza que el del Parlamento, sino que sólo le da competencia para pronunciarse sobre la conformidad de las leyes sometidas a su consideración".²⁴

2. LA QPC, UNA CUESTIÓN PARA LA DEMOCRACIA (PARLAMENTARIA)

Esa reforma permitió un progreso sin precedente del Estado de Derecho en Francia desde varias décadas, pues gracias a la reforma constitucional, los justiciables se han reapropiado de la norma suprema nacional. La justicia constitucional, que se singularizó durante tantos años por un manejo del litigio constitucional reservado a las autoridades políticas, se abrió a los ciudadanos. Es un progreso también para la democracia: la Constitución está destinada a ser un asunto de los ciudadanos.²⁵

Más allá, el nuevo artículo 61-1, entregando la misión al Consejo Constitucional de proteger los "derechos y libertades que la Constitución garantiza", corresponde a un "retorno a las fuentes"²⁶ de la famosa decisión *Liberté d'association* de 1971²⁷, según la cual el Consejo Constitucional se emancipa de sus funciones originales básicas de regulación de la actividad del gobierno, para su transformación en un órgano judicial que vela por los derechos fundamentales.

21 Walter Carnota, « La segunda revolución francesa: La transformación del Consejo Constitucional », op. Cit., p. 88.

22 Dominique Rousseau, Julien Bonnat, *L'essentiel de la QPC*, Paris, ed. Gualiano, p. 110.

23 Conseil Constitutionnel, Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.

24 Conseil Constitutionnel, Décision n° 2013-341 QPC del 27 de septiembre de 2013.

25 Jean-Jacques URVOAS, « *La question prioritaire de constitutionnalité* », op. cit.

26 Ibid.

27 Conseil Constitutionnel, Décision n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, 16 juillet 1971

La QPC obliga también a los parlamentarios a analizar antiguas legislaciones. Un ejemplo emblemático fue la QPC relativa al acoso sexual. El Consejo Constitucional, con su decisión del 4 de mayo de 2012²⁸, abrogó el artículo 222-33 del Código Penal con motivo de que este no definía suficientemente los elementos constitutivos del delito, lo que es contrario al artículo 34 de la Constitución y al artículo 8 de la Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano. Frente a este vacío jurídico la Asamblea Nacional intervino en urgencia. Los diputados votaron, por unanimidad, un texto definiendo de manera detallada los elementos constituyentes de un acoso sexual, respondiendo entonces a las exigencias formuladas por el Consejo. Además, los diputados aprovecharon esa oportunidad para reforzar la protección de las víctimas, doblando la pena prevista anteriormente.²⁹ En consecuencia, a raíz de este caso es posible advertir que la QPC, es sin duda, fuente de vitalidad para la democracia francesa, pues permite al Parlamento reforzar la legislación existente.³⁰

3. LA RENOVACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL CONSEJO CONSTITUCIONAL Y EL PARLAMENTO

El Parlamento tuvo un papel esencial en la introducción de la QPC, tanto en el momento de la revisión constitucional de 2008 como por su Ley orgánica de 2009. Así, tal como lo señaló Guy Carcassonne, la QPC es “la hija del Parlamento”³¹. Porque se siente el padre de este nuevo procedimiento, el Parlamento está atento a su crecimiento, muestra su disgusto de lo que lo puede estorbar y se muestra dispuesto a intervenir de nuevo, si es necesario para protegerlo, aun cuando este mismo procedimiento le va a devolver su trabajo anterior debiendo realizarlos nuevamente; en un plazo fijo autoimpuesto.³²

Esa paternidad se expresó durante la concepción del nuevo control a posteriori pero implica también su benevolencia gracias a su evolución y, si es necesario, su modificación.

La reglamentación de la reforma estuvo a cargo del Parlamento. Este agregó al proyecto importantes precisiones que, al final, radicalizaron la reforma hasta transformarla. La primera innovación del legislador orgánico fue la de poder plantear la QPC durante cualquier proceso ante una jurisdicción del orden administrativo (dependiente del Conseil d’Etat) o judicial (dependiente de la Cour de Cassation).

Sobre todo, la Ley Orgánica N° 2009-1523 dio a la cuestión de constitucionalidad su carácter « prioritario ». Entonces ahora, a través de esta reforma, cuando una QPC era planteada, la cuestión debía ser examinada “sans délai”, es decir, sin demora. Aun cuando no se dispusiera de un plazo concreto, constituía en realidad una invitación al juez para juzgar lo más rápido posible.³³ El Parlamento, con el artículo 23-4 de dicha Ley Orgánica, obligó a los órganos superiores de la jurisdicción administrativa y judicial a resolver la cuestión en el plazo de tres meses contados desde la transmisión efectuada por el juez a quo. En caso de no hacerlo esta sería trasladada directamente al Consejo Constitucional.

El Parlamento, atento al buen funcionamiento de este nuevo procedimiento, tomó la iniciativa de suprimir la formación ad’hoc de la Cour de Cassation, originalmente encargada de examinar las QPC. Durante la elaboración de la Ley Orgánica, la Cour insistió para que una formación especial de la Cour de Cassation, bajo la responsabilidad del primer Presidente de la Corte, fuera el único competente para tratar las QPC.

28 Conseil Constitutionnel, Décision n° 2012-240 QPC, del 4 de mayo de 2012.

29 Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel.

30 C. Bartolone, « La QPC, une question pour la démocratie », Assemblée Nationale, Colloque, 5 de abril de 2013.

31 Guy Carcassonne, « Le Parlement et la QPC », Revue Pouvoirs n°137, abril de 2011, p. 73.

32 Ibid.

33 Agustín Alejandro Cardenas, “Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos?”, Revista mexicana de Derecho constitucional, Núm. 27, julio-diciembre 2012, p. 51. Tal como lo señala el autor, según la jurisprudencia del Consejo, “sans délai” implica “dans le plus bref délai”. V. la decisión 2003-483 DC del 20 de noviembre de 2003, cons. 77.

Este engorroso procedimiento ponía en peligro el examen sin demora de las QPC, el que fue finalmente abrogado a través de la introducción del artículo 12 de la Ley Orgánica 2010-830 del 22 de julio de 2010.³⁴

Así, el artículo 23-8 de la Ley Orgánica de 2009 otorgó al Presidente de la República, el Primer Ministro y los presidentes de las dos Asambleas parlamentarias la posibilidad de someter al Consejo Constitucional sus observaciones sobre la QPC sometida. Sin embargo, en la práctica, esa formulación fue rarísima.³⁵ Como consecuencia de lo anterior, el desinterés de las dos Cámaras por su aplicación no tendría por qué sorprender: el Parlamento renunció a defender la Ley frente al Consejo Constitucional para dejar ese papel al Gobierno.³⁶

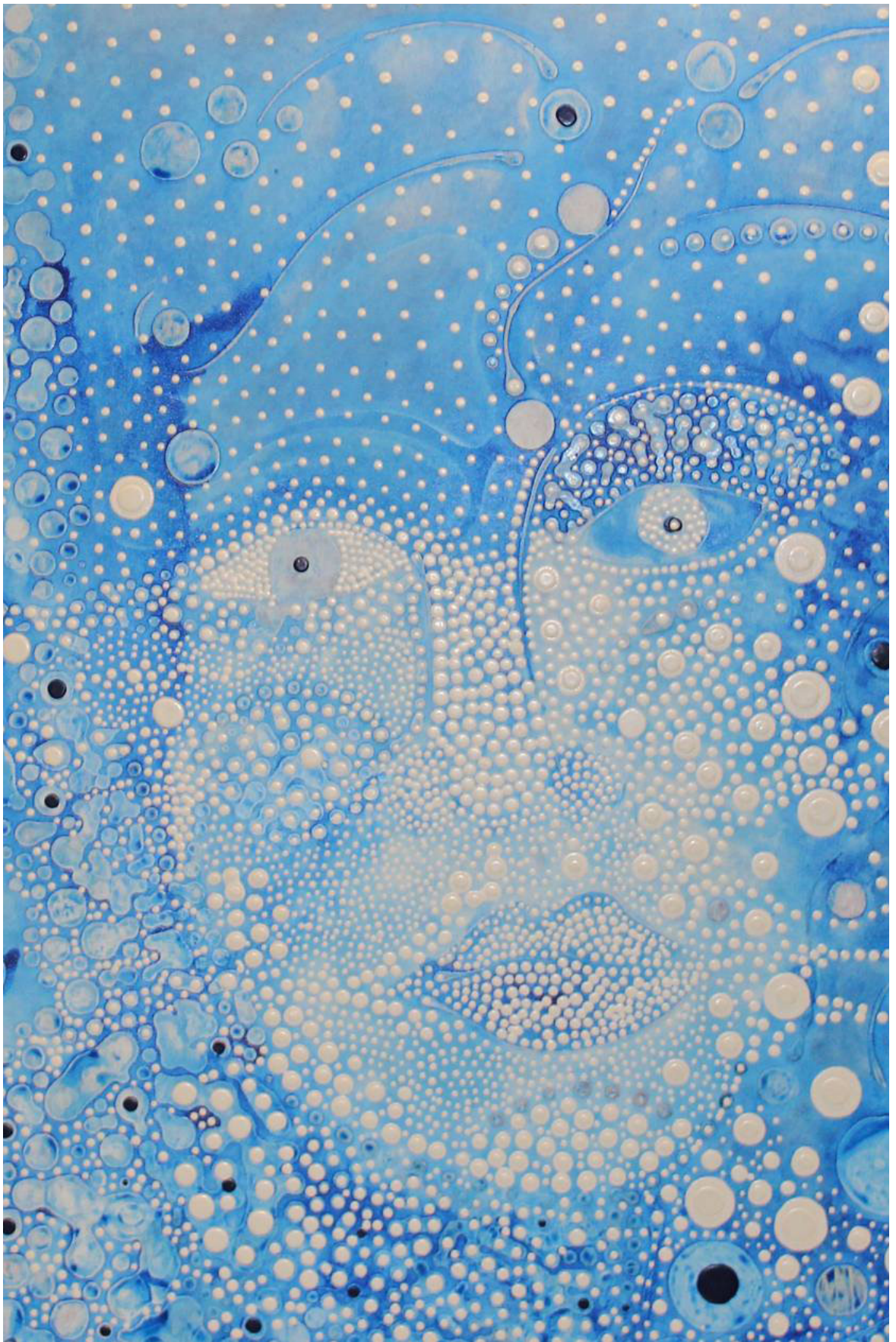
La QPC es considerada en la actualidad como un éxito: en 2013, más de 1500 QPC fueron presentadas al Consejo Constitucional. Si la revisión constitucional de 2008 abrió la posibilidad de un verdadero control constitucional a posteriori de la Ley, fue el Parlamento el que le dio su nacimiento, creando una cuestión y no una excepción, poniéndola en forma prioritaria y no prejudicial o prealable. Y porque se siente padre de ese nuevo procedimiento, el Parlamento se encuentra atento a su crecimiento y capaz de intervenir de nuevo, si fuese necesario, para protegerla: aun cuando se produce una pérdida de su soberanía, teniendo que revisar su propio trabajo, según decisiones de un órgano originalmente no creado para eso.³⁷

34 Loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution, artículo 12.

35 El Presidente del Senado no presentó ninguna observación, y el Presidente de la Asamblea solo para cuatro de las cinco primeras QPC presentadas.

36 Olivier DORD, *«La QPC et le Parlement: Une bienveillance réciproque»*, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 1ro de enero de 2013, n°38, p. 25.

37 G. Carcassonne, *« Le Parlement et la QPC »*, op. cit.



LA EXPERIENCIA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY EN ESPAÑA³⁸

Pablo Pérez Tremps³⁹

El objeto de este trabajo es realizar una breve valoración de la experiencia del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley llevado a cabo en España por el Tribunal Constitucional durante las primeras décadas de funcionamiento de la jurisdicción constitucional bajo la vigencia de la Constitución de 1978. Esa valoración no pretende ser exhaustiva sino sólo seleccionar algunas de las cuestiones del citado control que pueden resultar más relevantes, en especial desde la perspectiva parlamentaria, que es la que más interés tiene en este foro. Para ello, la exposición se va a dividir en dos partes. La primera, intenta realizar una somera referencia a los mecanismos procesales a través de los cuales se desarrolla la fiscalización de las normas con fuerza de ley. La segunda, aborda algunas ideas del alcance sustantivo de esa fiscalización que, en modo alguno, tampoco pretende agotar el tema.

BREVE EXPOSICIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY

1.- LA NOTA DE LA EXCLUSIVIDAD KELSENIANA DEL CONTROL POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE TODAS LAS NORMAS CON FUERZA DE LEY (NO SÓLO DE LA LEY), PERO EXCLUSIVIDAD ASISTIDA.

El dato del que debe partirse para comprender los procedimientos de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley (y no sólo de la ley en sentido formal) es el de que en España se instauró por la Constitución un sistema de justicia constitucional concentrado, es decir, en el que se atribuye el monopolio

³⁸ El presente trabajo tiene su origen en la conferencia pronunciada con el mismo título en la Cámara de Diputados de Chile, en Valparaíso en octubre de 2013, dentro de las Terceras Jornadas de Derecho Parlamentario organizadas por la Sociedad de Derecho Parlamentario y la Academia Parlamentaria. Debo dejar constancia, pues, de mi agradecimiento por la oportunidad de comparecer en tan ilustre foro, en especial a Gonzalo Vicente y a Rodrigo Pineda que tuvieron la gentileza de invitarme al citado evento.

³⁹ Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III, Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional de España.

del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley al Tribunal Constitucional de acuerdo con el sistema diseñado por Hans Kelsen en los años veinte de siglo pasado⁴⁰.

Pero esa exclusividad, de acuerdo también con el modelo kelseniano tal y como fue remodelado por el propio Kelsen en 1929, responde a la idea que podría denominarse de “exclusividad asistida”, en el sentido de que la actuación del Tribunal Constitucional no sólo puede ser provocada por la acción de los entes políticos legitimados para interponer el correspondiente recurso de inconstitucionalidad sino que también los jueces y tribunales ordinarios pueden poner en marcha el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley mediante el planteamiento de la denominada “cuestión de inconstitucionalidad”, que permite al juez ordinario compatibilizar la doble vinculación a la que se haya sujeto, la vinculación a la ley y la vinculación a la Constitución, pero respetando el monopolio de rechazo de las normas con fuerza de ley por parte del Tribunal Constitucional. En efecto, el art. 163 de la Constitución Española (CE) establece que “cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley...”

2.- INSTRUMENTOS PROCESALES.

Desde el punto de vista procesal, el control de constitucionalidad puede articularse a través de tres mecanismos: el control previo de tratados internacionales, el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

2.1.- Control previo.

En el sistema constitucional español el control previo de constitucionalidad está limitado a los tratados internacionales de acuerdo con lo previsto en los arts. 95.2 CE y 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). En un primer momento, dicho control se diseñó en la LOTIC de manera más amplia ya que se previó respecto de leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía, pero el abuso que se realizó de dicho mecanismo procesal por parte de la oposición parlamentaria como mero mecanismo de prolongación del debate político sobre dichas normas y de dilación en su entrada en vigor hizo que la LO 4/1985 derogara la posibilidad de impugnar leyes orgánicas. Curiosamente esta ley orgánica de derogación del recurso previo de inconstitucionalidad fue impugnada mediante un recurso previo de inconstitucionalidad que fue resuelto por la STC 66/1985, que entendió que la Constitución no imponía ese control, salvo respecto de tratados internacionales, y que en consecuencia el legislador era libre de introducirlo o derogarlo.

El tema, como luego se verá, ha vuelto a resurgir como problema, a raíz de la declaración de inconstitucionalidad de bastantes extremos del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 por la STC 31/2010. Por tanto, en la actualidad sólo los tratados internacionales pueden someterse a control previo de constitucionalidad una vez que su “texto estuviera ya definitivamente fijado”, pero antes de prestar “el consentimiento del Estado” (art. 78 LOTIC). Se trata, en todo caso, de un control muy restringido ya que posee carácter facultativo y con una legitimación muy reducida: Gobierno, Congreso y Senado. De hecho, desde 1978, sólo se ha llevado a cabo dos veces con ocasión de sendas reformas de los tratados constitutivos de la Unión Europea por lo que, eso sí, se trata de dos casos de trascendencia constitucional, habiendo desembocado uno de ellos en una de las dos únicas reformas de la norma fundamental llevadas a cabo. En todo caso el control de tratados internacionales puede realizarse también a posteriori a través de

40 Una exposición sistemática del sistema español de justicia constitucional pueden verse en P. Pérez Tremps, *Sistema de justicia constitucional*, Civitas, Madrid 2010, y la bibliografía allí citada. Análisis detenidos del funcionamiento procesal pueden verse en M. Pulido Quecedo, *La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional anotada con jurisprudencia*, Civitas, Pamplona 2007 o J.L. Requejo (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001.

los mecanismos ordinarios de fiscalización de las normas con fuerza de ley, aunque, en términos efectivos, se trata de un control prácticamente inexistente proyectado sobre tratados internacionales.

Ciertamente el control preventivo de tratados tiene una lógica singular que el propio Tribunal Constitucional ha destacado. Ella no es otra que la de compaginar la sujeción interna a la norma fundamental con el cumplimiento de los compromisos internacionales evitando mediante este control incurrir en responsabilidad internacional derivada de eventuales incumplimientos. Ello explica que, aunque procesalmente se trate de un control formalmente contencioso, desde el punto de vista práctico no ha dejado de tener un cierto sentido consultivo intentando que el Tribunal Constitucional despeje preventivamente posibles dudas de inconstitucionalidad, aunque no siempre tiene por qué ser como hasta ahora ha sido. No deja de ser significativo que en ninguno de los dos casos haya habido un auténtico enfrentamiento entre partes.

2.2.- El control a posteriori.

El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es, pues, un control que se ejerce a posteriori, visto el carácter prácticamente simbólico del control preventivo. A su vez, el control a posteriori puede ejercitarse a través de varios mecanismos procesales: los recursos de inconstitucionalidad, las cuestiones de inconstitucionalidad y las denominadas autocuestiones o “cuestiones internas” de inconstitucionalidad.

También sin extenderse en la regulación de estos procesos constitucionales, basta con señalar sus características básicas.

El recurso de inconstitucionalidad es una acción directa que tiene por objeto exclusivo el control de constitucionalidad de una norma con fuerza de ley. Se trata, pues, de un mecanismo de depuración del ordenamiento, con efectos erga omnes y, por tanto, puesto a disposición de una serie muy limitada de legitimados en función de la defensa objetiva de la Constitución y/o en defensa de los intereses constitucionales de dichos legitimados, que no son otros que el Gobierno y las Cámaras estatales, minorías parlamentarias cualificadas (50 diputados o 50 senadores), los ejecutivos y las cámaras de las Comunidades Autónomas en defensa de su autonomía, y el Defensor del Pueblo (art. 162.1.a CE).

La cuestión de inconstitucionalidad, como ya se adelantó, es un mecanismo procesal prejudicial que permite que cualquier órgano judicial que en el curso de un proceso advierta que una norma con fuerza de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pudiera ser inconstitucional. El proceso constitucional propiamente dicho, esto es, el que se inicia por el impulso dado por el órgano de la jurisdicción ordinaria, tiene por objeto el mismo que el recurso de inconstitucionalidad, la depuración del ordenamiento, pero siempre vinculado a un proceso a quo y en los términos determinados por el órgano judicial proponente que vienen a su vez determinados por el proceso a quo ya que no se trata de una legitimación procesal del órgano judicial sino de una cuestión prejudicial vinculada al desarrollo de dicho proceso. Los efectos, pues, de la sentencia del tribunal constitucional son los objetivos del control de constitucionalidad concentrado (erga omnes) ello, claro está, sin perjuicio de los efectos concretos que tendrá en el proceso en el que se suscitó la cuestión.

Como se ha indicado, existen otros mecanismos procesales que permiten al Tribunal Constitucional controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley: las doctrinalmente denominadas autocuestiones de inconstitucionalidad o cuestiones internas, que funcionan, básicamente, como las cuestiones de inconstitucionalidad, pero con la particularidad de que nacen en procesos distintos que se siguen en el seno del Tribunal Constitucional, actuando, pues, el Tribunal Constitucional como juez a quo y como juez ad quem del control de las normas. Hay dos supuestos en la LOTC. El primero es el de las autocuestiones que nacen de recursos de amparo en los que, conociendo del respeto por un acto singular de los derechos fundamentales, el Tribunal entiende que la posible lesión no deriva tanto del acto singular

como de una norma con fuerza de cuya validez depende la constitucionalidad del acto mismo (art. 55.2 LOTC). El segundo supuesto, más complejo, nace en el seno de procesos en los que se controla el respeto de la autonomía local constitucionalmente garantizada de entes locales no regionales por parte de normas con fuerza de ley. Se trata de procesos constitucionales muy complejos, y no precisamente bien diseñados, cuya singularidad en cuanto a su objeto es precisamente su ámbito, limitado a la “autonomía local” (art. 75 bis y ss. LOTC).

Las consecuencias en ambos supuestos de control incidental interno de constitucionalidad son los mismos que en el recurso y la cuestión: la declaración eventual de inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley con efectos erga omnes.

3.- LA EXPERIENCIA DE ESTOS MECANISMOS.

Esbozados los instrumentos procesales a través de los cuales se ejercita el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley en España, procede ahora hacer unas consideraciones generales sobre la experiencia del ejercicio de dicho control, destacando las siguientes ideas.

3.1.- El fracaso del control previo.

Como ya se ha apuntado, el control previo de inconstitucionalidad, tal y como fue diseñado en la LOTC, resultó sencillamente un fracaso. Su efecto durante los años en los que estuvo vigente fue exclusivamente el de bloquear la entrada en vigor de las leyes orgánicas más relevantes ya que la mera interposición del recurso implicaba la suspensión de dicha entrada en vigencia. Al mismo tiempo, con ello se forzó al Tribunal Constitucional a entrar en el debate político de manera inmediata a la conclusión de la discusión parlamentaria, que la prolongaba trasladada al Tribunal Constitucional, y mediante un enjuiciamiento excesivamente abstracto ya que la norma enjuiciada, por no ser efectiva no podía haber recibido aplicación. El Tribunal Constitucional se encontraba, pues, más que nunca, en una posición de “legislador negativo”. Ello condujo a la derogación del control previo de inconstitucionalidad por la L.O. 4/1985 ante el claro abuso de la potestad de impugnación por parte de la oposición neutralizando los hipotéticos efectos positivos que un control preventivo pueda tener en términos teóricos.

Como complemento de lo anterior, y como ya se ha adelantado, la cuestión del control previo de normas con fuerza de ley ha vuelto a resurgir, aunque limitado a los Estatutos de las Comunidades Autónomas. El debate se ha reabierto a raíz de la declaración de inconstitucionalidad parcial del Estatuto de Autonomía de Cataluña, dictada, como es lógico, después de su entrada en vigor como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad, por la STC 31/2010. Este tormentoso episodio constitucional tuvo, entre otras muchas dimensiones, la discusión sobre la procedencia de controlar la constitucionalidad de un Estatuto de Autonomía, que aunque norma con fuerza de ley, había sido aprobado en referéndum por mayoría por el electorado de Cataluña, manifestándose en toda su dimensión el embrión contramayoritario de la justicia constitucional, y provocando un choque de legitimidades evidente. Ello ha hecho que las fuerzas políticas mayoritarias hayan llegado a un principio de acuerdo sobre la posibilidad de someter a control previo de constitucionalidad los Estatutos de Autonomía dada su singularidad constitucional y su importancia jurídico-política. En el momento de redactar estas páginas se han depositado en el parlamento dos proposiciones de ley para modificar la LOTC y articular esta nueva manifestación del control previo de constitucionalidad, pero aún se encuentra en tramitación parlamentaria. No obstante, todo hace prever que la reintroducción parcial del control previo, limitado a los Estatutos de Autonomía, prosperará ya que existe acuerdo sobre dicha reintroducción entre las dos grandes fuerzas parlamentarias.

3.2.- El escaso pero útil uso del control previo de tratados.

La excepción al fracaso del control previo ya se ha señalado. Ha sido el uso del mismo para despejar las dudas sobre la compatibilidad con la Constitución de dos Tratados, en concreto de dos reformas de los tratados constitutivos de la Unión Europea. Es fácil imaginar que se han constituido de dos cuestiones de relevancia política, por más que en el primer caso se planteara un problema aparentemente menor pero de gran importancia simbólica: la posibilidad de ejercicio por parte de los ciudadanos comunitarios no españoles del derecho de sufragio pasivo en las elecciones locales (DTC de 1 de julio de 1992). Más complejo fue el segundo caso, el resuelto por la DTC 1/2004, dando respuesta a las dudas de constitucionalidad suscitadas por el luego fallido Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa.

3.3.- El abuso del recurso de inconstitucionalidad.

La segunda conclusión que cabe extraer del funcionamiento del control de constitucionalidad, ahora ya a posteriori, es el abuso de la utilización del recurso de inconstitucionalidad. Ciertamente es muy difícil fijar un listón a partir del cual pueda calificarse la interposición de recursos de abusiva, pero creo que existe una valoración general en ese sentido tanto en términos cuantitativos como sobre todo cualitativos.

El recurso de inconstitucionalidad se ha utilizado y se usa muy a menudo como prolongación del debate parlamentario, respondiendo a un argumento parlamentario más que habitual por parte de la oposición, cualquiera haya sido ésta. El proyecto de ley de turno o el decreto-ley correspondiente es tachado de contrario a la Constitución en el respectivo debate político parlamentario de aprobación, en el caso de las leyes, y de convalidación en el de los decretos-leyes, como instrumento de deslegitimación que concluye con la interposición del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, a menudo acompañado de la foto de los recurrentes delante del Tribunal Constitucional el día de la presentación del correspondiente recursos. Por tanto, en la dialéctica mayoría-minoría el recurso de inconstitucionalidad es muy habitual.

Pero ese uso abusivo también cabe apreciarlo en la dialéctica centro-periferia, aunque combinado a menudo con la dialéctica mayoría-minoría. Como se ha visto, teniendo las Comunidades Autónomas potestades legislativas, el recurso de inconstitucionalidad no es sólo un instrumento de protección de la minoría sino también de la autonomía de las Comunidades Autónomas frente a la ley estatal y, viceversa, de las competencias estatales frente a la ley autonómica. En efecto, son abundantes los recursos que se plantean dentro de esta tensión centro-periferia. Pero, como se adelantaba, desde una perspectiva no ajena a la tensión mayoría-minoría. Y ello porque la mayor parte de los recursos, aunque ciertamente no todos, se suscitan siempre frente o desde Comunidades Autónomas en las que el Gobierno responde a una mayoría sustentada por partidos distintos del que sostiene al Gobierno de la nación. Pero, además, dada la falta de legitimación de las minorías parlamentarias autonómicas para impugnar las leyes de sus Comunidades Autónomas, los partidos actúan como correa de transmisión de esas minorías haciendo que el Gobierno del Estado o parlamentarios del Estado reaccionen frente a leyes autonómicas en defensa de las posiciones de la correspondiente minoría parlamentaria autonómica de su mismo color político.

3.4.- La progresiva participación del juez ordinario en el control de las normas con fuerza de ley mediante la cuestión de inconstitucionalidad.

El siguiente dato a destacar del sistema español de control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es la progresiva utilización del control incidental activado por los órganos judiciales. Si en un principio no faltaron sectores temerosos de que el instrumento procesal de la cuestión de inconstitucionalidad no se

utilizara, progresivamente este uso se ha convertido en habitual como los datos estadísticos corroboran⁴¹. Por tanto, hoy en día la colaboración entre jueces y tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional en la tarea de depurar la constitucionalidad del ordenamiento es una constante.

Para tener una visión amplia de esta colaboración debe tenerse presente que los motivos del planteamiento de las cuestiones no están limitados, de forma que éstas pueden elevarse tanto por vicios materiales como formales y competenciales. Aunque en la mayor parte de los casos el fundamento de la cuestión sea de tipo sustantivo, cada vez van siendo más habituales cuestiones total o parcialmente basadas en vicios competenciales en la dialéctica centro-periferia. Más raras son las denuncias mediante este mecanismo formal de tipo procedimental que cuestionan una ley por infracción de normas de procedimiento en su elaboración.

3.5.- El recurso de inconstitucionalidad es un juicio excesivamente abstracto con las dificultades que ello comporta y el efecto retardatario en el trabajo del TC.

Otro elemento que conviene destacar del funcionamiento del sistema de control es el efecto que la abundante interposición de recursos de inconstitucionalidad tiene en el conjunto del sistema. En efecto, el control que implica el recurso de inconstitucionalidad exige del Tribunal Constitucional un juicio excesivamente abstracto por cuanto le aleja de la aplicación de la ley para mantenerlo en el estadio previo de la elaboración misma haciendo realidad la consideración de la justicia constitucional como legislador negativo, con los riesgos que ello comporta para la legitimidad del Tribunal Constitucional, que se ve excesivamente involucrado en el debate político. Y ello implica una tarea muy reflexiva y deliberativa del enjuiciamiento, lo que a menudo conduce a un retraso en la resolución de los recursos que repercute, además, en el funcionamiento general del Tribunal, especialmente grave si se tiene en cuenta el ya abundante uso que del control abstracto se hace.

4. LOS EFECTOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Según lo señalado al comienzo, a continuación pretenden destacarse, de forma no exhaustiva, algunos de los elementos más destacables que el control abstracto de las normas con fuerza de ley ha traído consigo para la actuación parlamentaria.

4.1.- No toda la configuración jurisdiccional del procedimiento legislativo se realiza a través del control de la ley.

Lo primero que hay que destacar en este ámbito es que, dadas las características del sistema español de justicia constitucional, no toda la configuración jurisdiccional del procedimiento legislativo se realiza a través del control de la ley; también el recurso de amparo tiene una amplia incidencia en este campo por más que a través del recurso de amparo sólo excepcionalmente y de forma mediata, pueda instarse el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley (a través de las autocuestiones de inconstitucionalidad ya señaladas). Y ello es así, porque a través del recurso de amparo, y en protección de los derechos de participación política consagrados en el art. 23 CE, se realiza una amplia labor de definición del estatuto constitucional del parlamentario, muchos de cuyos elementos, a su vez, dicen relación con el procedimiento parlamentario; piénsese, por ejemplo, aunque no sólo, en el alcance del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo.

⁴¹ No obstante, a la hora de valorar correctamente los simples datos cuantitativos debe tenerse presente que, en unas ocasiones normas especialmente controvertidas y en otras asuntos iguales o muy similares, son objeto del planteamiento de numerosas cuestiones de inconstitucionalidad, lo que hace que el simple dato cuantitativo deba leerse teniendo en cuenta el carácter repetitivo de la cuestión en concreto.

Hecha esta primera observación a caballo entre el derecho procesal constitucional y el derecho sustantivo, destaquemos algunos de los elementos más significativos del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

4.2.- El control de constitucionalidad es deferente con el legislador.

Diversos principios del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley se incluyen en una visión restrictiva de dicho control que encaja con una posición de deferencia hacia el legislador, entendido éste en sentido amplio, es decir, no limitado al legislador parlamentario estatal sino también al autonómico y al ejecutivo en el ejercicio de sus potestades normativas con fuerza de ley. Baste enunciar algunos de estos principios que encajan en esta deferencia.

- ▶ **El Tribunal Constitucional debe partir del principio de presunción de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.** (SSTC 248/2007 ó 2006/2013, por ejemplo).
- ▶ **El control de constitucionalidad no es un control de técnica legislativa.** El juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional no es un juicio de técnica legislativa, de modo que “las deficiencias técnicas no representan en sí mismas tachas de inconstitucionalidad” (STC 37/2002, entre otras). Las deficiencias técnicas de la ley sólo pueden incurrir en inconstitucionalidad si llegan a resultar contrarias a la seguridad jurídica, la que, de por sí, se entiende de forma muy restrictiva, y mucho más si se imputa al legislador.
- ▶ **El control de constitucionalidad no es un control de oportunidad,** sino un control estrictamente jurídico de adecuación a la norma fundamental del que escapa esa oportunidad, sea política, técnica o temporal, oportunidad que corresponde valorar al legislador y que, en su caso, dará lugar a responsabilidades políticas pero nunca jurídico-constitucionales (SSTC 11/1981 ó 4/2014).

4.3.- El control de constitucionalidad no es un control genérico de regularidad. Es decir, la constitucionalidad de una norma se limita a su adecuación a la Norma Fundamental. Esta idea ha debido reafirmarse por cuanto, a falta de otros mecanismos de control, han surgido intentos de someter a control a través del de constitucionalidad toda la regularidad reglamentaria de la actuación parlamentaria. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha destacado que la simple adecuación a las normas reglamentarias no es controlable mediante el control de constitucionalidad, salvo que una eventual lesión de las normas de procedimiento impliquen una lesión de la Constitución misma, aunque extendiendo este control a lesiones graves del principio democrático, lo que obliga a veces a incorporar como parámetro los Reglamentos de las Cámaras (STC 150/1987 ó 204/2011).

4.4.- El control de constitucionalidad de la ley no es, en principio, control de convencionalidad. En efecto, el conflicto entre ley y tratado internacional o entre ley y normas de organizaciones internacionales o supranacionales, incluida la Unión Europea, no es un conflicto constitucional por lo que cualquier juez o tribunal puede resolverlo (SSTC 49/1988 ó 28/1991, por ejemplo). No obstante, hay que tener presente que el art. 10.2 CE impone a los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional, interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con los convenios y tratados internacional sobre derechos suscritos por España. Ello hace que, aunque sea como parámetro hermenéutico, parámetro que ha sido considerado “privilegiado” (STC 38/2011), los tratados sobre derechos actúen como parámetro de constitucionalidad de modo que indirectamente el conflicto entre ley y tratado de esta naturaleza sí posea un carácter constitucional relevante (SSTC 12/2008, por ejemplo).

4.5.- El adecuado uso técnico-político del sistema de fuentes del Derecho. El siguiente grupo de principios a destacar es el relativo al correcto uso por parte de los titulares de potestades legislativas del uso del sistema de fuentes del Derecho, más allá claro está, del respeto a las normas sustantivas establecidas en la Constitución.

La competencia territorial. Como es lógico en un país descentralizado, la primera exigencia de las normas, es que quien ejerza la competencia normativa posee la competencia territorial. Ya se ha visto que este es uno de los elementos centrales del trabajo de la jurisdicción constitucional en España dada la imprecisión del sistema de reparto territorial de competencias y la alta conflictividad en este terreno. Lo que debe destacarse, además a este respecto, es que el parámetro del juicio de constitucionalidad en este caso no es estrictamente la Constitución, tal y como señala el art. 28 LOTC, sino todo el conjunto normativo que sirve para delimitar el ámbito competencial del Estado y de cada una de las Comunidades Autónomas, el llamado bloque de constitucionalidad, lo que dificulta especialmente este enjuiciamiento, integrado, además de por la Constitución, por los Estatutos de Autonomía y excepcionalmente por algunas otras leyes.

La ley de presupuestos no puede hacer cualquier cosa pero la ley de acompañamiento sí. Un segundo elemento, ya más concreto, del uso técnico del sistema de fuentes, es el carácter limitado de la ley de presupuestos, que se entiende que no puede regular cualquier materia sino sólo el presupuesto en sentido estricto y aquellas cuestiones íntimamente vinculadas al mismo. (STC 76/1992). Por el contrario, lo que sí se ha entendido es que la llamada “ley de acompañamiento”, esto es, la ley “cajón” u “ómnibus” que habitualmente se aprueba en paralelo a la de presupuestos desde que se entendió el objeto de ésta limitado, y que habitualmente incluye numerosas reformas legislativas de naturaleza muy diversa, sí resulta constitucional ya que la variedad de contenidos, más allá de la corrección desde la perspectiva de la técnica legislativa, no es por sí misma inconstitucional (STC 136/2011)

Cabe el control del decreto-ley. Por lo que respecta al decreto-ley, la justificación de su extraordinaria y urgente necesidad es de apreciación sustancialmente política pero hay supuestos en los que la falta de justificación resulta tan patente que cabe su control por el Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad (STC 170/2012, por ejemplo).

No hay límites materiales a la ley. El ámbito de actuación material de la ley, en efecto, no tiene límites toda vez que no existe en el sistema constitucional español reserva reglamentaria alguna. Sí existen límites materiales en tanto en cuanto existen diversos tipos de leyes (ley orgánica y ordinaria) de forma que lógicamente la ley ordinaria no puede invadir la reserva de ley orgánica establecida por el art. 81 CE. También existen límites materiales al ejercicio de potestades normativas del Gobierno a través de normas con fuerza de ley, tanto en el uso del decreto-ley (art. 86 CE) como de la legislación delegada (art. 82 CE).

Por lo que se refiere a su estructura lógica, aunque la ley tenga como una de sus características la generalidad, el Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de las leyes singulares siempre que no tengan el efecto de impedir el correcto ejercicio de derechos fundamentales por parte de sus destinatarios, como puede suceder con leyes singulares autoaplicativas (STC 129/2013)

4.6.- Control del procedimiento legislativo. Por lo que respecta al control del procedimiento legislativo, ya se ha indicado que el Tribunal Constitucional sólo fiscaliza aquellos elementos constitucionalmente relevantes bien por su falta de adecuación expresa a la norma fundamental bien por afectar sustancialmente al principio democrático, pero no incluye un control pormenorizado del respeto a todas las normas de procedimiento. Además de ello conviene destacar por lo que respecta al derecho de enmienda que ante el abuso del mismo por parte de las mayorías parlamentarias que sólo cabe plantear enmiendas que tengan posibilidad de discusión y que guarden cierta coherencia con el texto que se debate (STC 119/2011), excluyendo pues la posibilidad de enmendar extemporáneamente o de aprovechar cualquier texto legislativo para incluir en el mismo cualquier materia, exigiéndose, dentro de la flexibilidad que el

trabajo parlamentario debe tener, una cierta conexión entre el objeto de la iniciativa legislativa en estudio y la enmienda que se propone. Distinto es el caso ya señalado de la ley de acompañamiento, que ya nace como ley de contenidos muy diversos.

En estas líneas se ha intentado exponer algunas de las cuestiones más relevantes del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley en España, sin que la exposición haya pretendido agotar el tema sino sólo apuntar algunos elementos especialmente significativos para comprender su funcionamiento tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo. La conclusión fundamental que cabe extraer de todo ello es que, en efecto, esta función, que nació como definitoria de la justicia constitucional sigue siendo elemento central del trabajo de ésta y que contribuye de manera decisiva a la depuración constitucional del ordenamiento y del papel de las Cortes Generales y de los parlamentos autonómicos en la creación de éste pese al abuso de las técnicas jurisdiccionales por parte de los actores políticos tanto en la dialéctica gobierno/oposición como centro/periferia.

ESTADÍSTICAS					
Año	Recursos de inconstitucionalidad	Recursos previos	Control previo de tratados	Cuestiones de inconstitucionalidad	TOTAL
1980	10	0	0	2	12
1981	10	0	0	6	16
1982	17	5	0	21	43
1983	24	3	0	11	38
1984	40	5	0	14	59
1985	63	0	0	103	166
1986	20		0	98	118
1987	32		0	40	72
1988	48		0	22	70
1989	47		0	39	86
1990	26		0	55	81
1991	12		0	55	67
1992	25		1	35	61
1993	31		0	65	96
1994	10		0	64	74
1995	18		0	81	99
1996	14		0	102	116
1997	47		0	90	137
1998	36		0	51	87
1999	23		0	33	56
2000	35		0	85	120
2001	26		0	105	131
2002	61		0	99	160
2003	36		0	96	132
2004	45		1	70	116
2005	16		0	206	222
2006	23		0	237	260
2007	21		0	137	158
2008	24		0	93	117
2009	7		0	35	42
2010	32		0	50	82
2011	31		0	51	82
2012	38		0	42	80
2013	78		0	105	183
TOTAL	1026	13	2	2398	3439

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL (NO) RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL EN BRASIL Y CHILE

Christine Weidenslaufer von K.⁴² / Rodrigo Bermúdez Soto⁴³

INTRODUCCIÓN

Sea cual sea la postura valórica que se tenga frente al matrimonio homosexual, sin duda que éste ya es un acto jurídico indiscutido en muchos países del mundo. Más acertadamente se le denomina “matrimonio de género neutro” o “matrimonio igualitario”, pues se extiende tanto a parejas homosexuales como heterosexuales, y contempla la total equiparación de derechos y responsabilidades.

Esta realidad sólo existe en la actualidad, y a nivel nacional, en dieciséis países: Argentina, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido⁴⁴, Sudáfrica, Suecia, y Uruguay⁴⁵.

Aunque uno de los casos más conocidos a nivel mediático es el de los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.), tanto en éste como en México, los matrimonios homosexuales (u homoafectivos⁴⁶, como se denominan en Brasil) han sido autorizados sólo a nivel estadual⁴⁷, mas no nacional, a través de leyes o

42 Abogada de la Universidad de Valparaíso, LL.M. in International and Comparative Law, Universidad de St. Mary's, San Antonio, Texas (EE.UU.). Analista de Asesoría Técnica Parlamentaria en la Biblioteca del Congreso Nacional.

43 Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Candidato a Doctor en Derecho por la misma Universidad. Coordinador de la Sección de Difusión de Contenidos Legislativos del Departamento de Servicios Legislativos y Documentales en la Biblioteca del Congreso Nacional.

44 Sólo en Inglaterra y Gales, pues en Escocia existe en actual tramitación un proyecto de ley al respecto y en Irlanda del Norte nos hay normas ni propuestas de ley vigentes.

45 HERTZ, Frederick y DOSKOW, Emily. “Making It Legal. A Guide to Same-Sex Marriage, Domestic Partnership & Civil Unions”. NOLO, 3a Edición (2014). Pág. 28 a 31.

46 Como señaló el Ministro Relator del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Ayres Britto, el concepto “homoafectividad” fue acuñado por la jurista Maria Berenice Dias, con el fin de superar el estigma de prejuicio que conllevan las palabras “homosexualismo” y “homosexualidad”, de manera de destacar el afecto destinado a una persona del mismo sexo. Este vocablo trascendió la esfera jurídica y ha sido recogido por los diccionarios de lengua portuguesa. Ver en “Manual de Homoafetividade”, de Paulo R. Iotti VECHIATTI. 2ª Ed. Editorial Método. Sao Paulo (2013). Pág. 448.

47 Los estados que hasta mayo de 2014 han reconocido el matrimonio igualitario son: Massachusetts (2004), Connecticut (2008), Iowa, Vermont (2009), District of Columbia, New Hampshire (2010), New York (2011), California, Delaware, Hawaii, Minnesota, New Jersey, Rhode Island (2013), Maine, Maryland, Washington (2012), New Mexico (2013) e Illinois (2014). Ver en “Making It Legal. A Guide to Same-Sex Marriage, Domestic Partnerships & Civil Unions”, de Frederick Hertz y Emily Doskow. NOLO, 3a Edición (2014). Págs. 238 a 241.

sentencias judiciales de aplicación restringida⁴⁸. Por otra parte, en México, la única unidad administrativa que oficialmente autoriza estos enlaces, desde el año 2010, es el Distrito Federal⁴⁹, sin perjuicio de la propia labor de los tribunales estatales en esta materia a partir de la resolución de las acciones de amparo⁵⁰.

En particular, el objeto de nuestro estudio será la legalización del matrimonio homosexual por vía jurisprudencial⁵¹ en Brasil, a partir de un fallo histórico del año 2011, comparándolo con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, a propósito de la misma materia.

1. VÍAS DE REGULACIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

En la actualidad, existe en el Derecho Comparado una vasta gama de instituciones destinadas a formalizar jurídicamente, en mayor o menor grado, las relaciones homosexuales, entre las que se encuentra el matrimonio propiamente tal⁵². Pero, el reconocimiento jurídico de las uniones homosexuales ha seguido vías diversas, siendo principalmente dos: la judicial y la legislativa⁵³.

Del total de países que hoy cuentan con el matrimonio homosexual o igualitario a nivel nacional, sin duda ha sido la vía legislativa la que ha predominado, pues para su institucionalización, en casi todos los países fue introducido a los ordenamientos jurídicos respectivos a través de la dictación de leyes específicas. Los Países Bajos fueron los primeros en consagrarlo en el año 2001, seguido por Bélgica en el año 2003, España y Canadá en el 2005, Sudáfrica en el 2006, Noruega y Suecia en 2009, Argentina, Portugal e Islandia en 2010, Dinamarca el 2012, y Francia, Inglaterra, Nueva Zelandia y Uruguay en el 2013. Sólo en Brasil la legalización del matrimonio homosexual ha sido alcanzada por la vía judicial y, más precisamente, por medio de la acción del órgano federal de control constitucional, el Supremo Tribunal Federal (en adelante, STF) específicamente, en el año 2011.

Estas vías de reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual no son necesariamente excluyentes. Así, por ejemplo, los autores William Eskridge y Darren Spedale afirman que, en Canadá, el matrimonio igualitario fue fruto de la presión impuesta por las sentencias de los tribunales de las provincias de Ontario, Quebec y la Columbia Británica, que obligaban a aplicar la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁵⁴

48 Incluso, en algunas jurisdicciones, tales sentencias no producirían efecto fuera del ámbito territorial de la corte respectiva, no pudiendo invocarse su validez en otros estados que no reconozcan las uniones homosexuales.

49 En el año 2010 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) declaró válida la reforma al Código Civil del Distrito Federal que permitió los matrimonios entre personas del mismo sexo. La sentencia se encuentra disponible en: <http://bcn.cl/1kx5i> (Mayo, 2014).

50 En efecto, según un artículo de prensa, durante el año 2013, sentencias favorables permitieron que al menos cinco parejas homosexuales se casaran fuera del DF, en Oaxaca, Yucatán, Chihuahua y Jalisco. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwdd> (Mayo, 2014).

51 Colombia también siguió esta vía en el año 2011, a partir de un fallo de la Corte Constitucional que, aún declarando exequible (aplicable) el artículo respectivo de Código Civil (que define el matrimonio entre un hombre y una mujer), exhorta al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo. Hasta la fecha dicha reforma legal aún no se dicta, generando incertidumbre jurídica respecto de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en este período, impugnados ante la Justicia por la Procuraduría General de la Nación. Sentencia C-577/11 disponible en: <http://bcn.cl/1kx5h> (Mayo, 2014).

52 Las figuras jurídicas de menor entidad (en relación al ámbito restringido de protección y a su no equiparación en derechos y deberes respecto del matrimonio convencional) en muchos casos han constituido el primer paso o la etapa previa del matrimonio igualitario (como ocurrió en los países nórdicos a fines de los años ochenta y principios de los años noventa). Sin embargo, se distinguen en relación a aspectos tales como su denominación, que no sólo varía en cuanto a la terminología utilizada (muchas veces no de fácil traducción desde otros idiomas, como el caso del *domestic partnership*) sino también en cuanto a la aplicación de un mismo concepto respecto de instituciones con características diferentes, como ocurre con las llamadas “uniones civiles”.

53 Rodríguez Martínez, Elí. “El reconocimiento de las uniones homosexuales. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011. Pág. 209. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx5f> (Mayo, 2014).

54 La Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Canadian Charter of Rights and Freedoms) forma parte de la ley constitucional del año 1982. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx58> (Mayo, 2014).

en materia de igualdad ante la ley. Gracias a dicha jurisprudencia, se permitió la entrega de licencias matrimoniales a parejas del mismo sexo en cada una de estas provincias, a partir del año 2003⁵⁵.

Finalmente, en el año 2005 fue adoptada la legislación federal canadiense de matrimonio igualitario⁵⁶. El Preámbulo de la Ley de Matrimonio Civil canadiense destaca la labor de la Corte Suprema en esta materia, pues el máximo tribunal federal confirmó la doctrina de los tribunales provinciales y zanjó la discusión en cuanto a las atribuciones del Parlamento para legislar en materia de matrimonio, admitiendo su competencia pero desconociendo la posibilidad de establecer una institución distinta a la del matrimonio para las parejas homosexuales. La misma ley reconoce, en sus considerandos, que siendo el matrimonio una institución fundamental en la sociedad canadiense, el Parlamento de Canadá tenga la responsabilidad de apoyarla, ya que fortalece el compromiso en las relaciones y representa el fundamento de la vida familiar para muchos canadienses.

2. EL SEXO DE LOS CONTRAYENTES EN LA DEFINICIÓN LEGAL DE MATRIMONIO EN BRASIL Y CHILE

En relación a los ordenamientos jurídicos analizados, el Código Civil brasileiro regula el matrimonio (“casamento”), en el artículo 1.511, al afirmar que éste establece una plena comunión de vida, basada en la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges. Sólo luego, en el artículo 1.514, se señala que el matrimonio se lleva a cabo en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan, ante el juez, su voluntad de establecer vínculo conyugal, y el juez los declara casados.

En atención a éstas y otras normas, la doctrina brasilera ha definido el casamiento como un contrato bilateral y solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, legitimando con él sus relaciones sexuales⁵⁷.

En contraste, nuestro Código Civil, en el artículo 102, define directamente el matrimonio “como un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”⁵⁸.

Aunque ambas definiciones son similares, en Chile el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido, mientras que en Brasil, desde el año 2011, gracias a una sentencia del STF, se reconoció la validez de las uniones estables homosexuales y, posteriormente, su posibilidad de transformar dichas uniones en matrimonios.

Cabe preguntarse entonces, ¿qué elementos jurídicos permitieron que, a través de la interpretación judicial constitucional, se validaran las relaciones que la propia ley no concebía?

55 ESKRIDGE, William N. y SPEDALE, Darren R. “Gay Marriage: For Better or For Worse. What We’ve Learned from the Evidence”. Oxford University Press (2006). Pág. 84.

56 Civil Marriage Act. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx55> (Mayo, 2014).

57 BEVILÁQUA, Clóvis, apud DINIZ, Maria Helena. “Curso de direito civil brasileiro”. São Paulo. Saraiva, 2002. Pág. 40. En BALESTRIN, Patrícia Elis. “A conversão das uniões homoafetivas em casamento e suas consequências jurídicas”. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Porto Alegre, 2013. Trabajo de titulación. Pág. 10. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwgi> (Mayo, 2014).

58 La Ley de Matrimonio Civil, en relación con los matrimonios celebrados en el extranjero, establece en su artículo 80 inciso primero: “Los requisitos de forma y fondo del matrimonio serán los que establezca la ley del lugar de su celebración. Así, el matrimonio celebrado en país extranjero, en conformidad con las leyes del mismo país, producirá en Chile los mismos efectos que si se hubiere celebrado en territorio chileno, siempre que se trate de la unión entre un hombre y una mujer.”

3. BRASIL, MATRIMONIO HOMOSEXUAL E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Como ya adelantábamos, a diferencia de otros países, en Brasil el camino al reconocimiento legal del matrimonio homosexual ha estado, no en el órgano legislativo, sino en manos de los tribunales de justicia, y en especial, del Supremo Tribunal Federal, encargado del control de constitucionalidad federal.

La Constitución Federal de Brasil de 1988 establece en el artículo 92 la existencia de un Supremo Tribunal Federal y lo regula en los artículos 101 a 103. Este tribunal ejerce un control de constitucionalidad mixto, donde se conjugan los modelos concentrado y difuso. Así, el STF reúne las competencias de una Corte Constitucional, encargándose del control abstracto y, como un órgano superior del Poder Judicial, a través de la revisión de las decisiones tomadas por demás jueces y tribunales en materia constitucional⁵⁹.

En especial, el artículo 102 § 2, dispone que las decisiones finales sobre el fondo, dictadas por el STF en las acciones directas de inconstitucionalidad y en las acciones declarativas de inconstitucionalidad, tienen efecto vinculante respecto de todos, en relación con los demás órganos del Poder Judicial y a la administración pública directa e indirecta, en los ámbitos federal, estatal y municipal⁶⁰.

Para alcanzar el reconocimiento legal del matrimonio homosexual, el histórico fallo del año 2011 del STF fundó su interpretación en dos institutos en materia de familia, consagrados en la Constitución de 1988: la relación estable y el matrimonio.

4. LA UNIÓN ESTABLE Y EL MATRIMONIO EN LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE BRASIL

La Constitución Federal de 1988 incorporó al derecho brasileiro de familia cambios fundamentales, que le permitieron a aquella armonizar mejor con los nuevos contextos sociales del país. Entre ellos se encuentran, principalmente, la protección jurídica a distintas formas de construcción de la familia, distintas al matrimonio, como la unión estable y la familia monoparental (art. 226, § 3 y 4), la igualdad entre los cónyuges (art. 226, § 5), la disolución del matrimonio civil por medio del divorcio (art. 226, § 6) y la igualdad entre los hijos, sin distinción (art. 227, § 6)⁶¹.

El artículo 226⁶² regula y protege expresamente la familia, como “base de la sociedad”. En el numeral 3 del artículo 226, la Constitución señala que, para los efectos de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre un hombre y una mujer, como una entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio. Asimismo, en el numeral 4°, indica que también se considera como una entidad familiar la comunidad conformada por cualquiera de los padres y sus descendientes.

59 NAZAR de la Vega, Gonzalo y SCHEINKMAN, Lucía. “Tribunales constitucionales en el derecho comparado”. Derecho Público Nro. 6. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Año 2 N° 6, octubre de 2013. Pág. 94. Disponible en: <http://bcn.cl/1kxpj> (Mayo, 2014).

60 Artículo 102 § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

61 MARANHÃO, Gabriela. “Relações Homoafetivas: uniões de afeto”. Informe contenido en la página del Ministerio Público del Estado de Goiás. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx51> (Mayo, 2014).

62 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]”

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Por su parte, el artículo 1.514⁶³ del Código Civil⁶⁴ brasilero dispone que el matrimonio se lleva a cabo en el momento en que el hombre y la mujer manifiestan, ante el juez, su voluntad de establecer vínculo conyugal, y el juez los declara casados. Mientras que la unión estable, instituto contemplado en la Constitución que otorga derechos a los convivientes de hecho no casados, se regula en el artículo 1.723⁶⁵ del mismo Código. Esta norma reconoce como una entidad familiar la unión estable entre el hombre y la mujer, de convivencia pública, continua y duradera, cuyo objetivo sea formar una familia.

5. LA SENTENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE 2011

El 05 de mayo de 2011, el STF resolvió conjuntamente dos acciones por inconstitucionalidad. Por un lado, la acción directa de inconstitucionalidad (Ação Direta de Inconstitucionalidade o ADPF)⁶⁶ N° 4.277/RJ y, por otro, una acción de denuncia de infracción a una garantía constitucional (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental o ADI)⁶⁷ N° 132/RJ. Ambas acciones tenían un mismo objetivo: el reconocimiento del estatus jurídico-familiar de la unión homoafectiva por aplicación de los principios constitucionales de igualdad, dignidad de la persona humana, libertad y certeza jurídica, y como consecuencia de la “interpretación conforme a la Constitución” de las normas legales infra constitucionales⁶⁸.

El fallo unánime⁶⁹, redactado por el Ministro Ayres Britto, tuvo como elemento central, en cuanto al fondo del asunto, la definición de familia, por tratarse ésta de “la base de la sociedad” y “tener especial protección del Estado”, según las palabras del Ministro Ricardo Lewandowski⁷⁰. Para ello, se revisaron las nociones de familia contenidas en las cartas magnas brasileras anteriores a la de 1988 (de 1937, 1946, 1967 e incluso la enmienda constitucional de 1969) y se verificó que en todas ellas la idea de familia estaba vinculada a la institución del matrimonio. Sin embargo, dicha relación, en la disposición constitucional vigente, no existía⁷¹.

Luego, de la lectura del artículo 226 de la Constitución Federal, sería posible identificar al menos tres tipos de familias: las constituidas por matrimonio, las configuradas por la unión estable y las llamadas monoparentales⁷². Esto es una consecuencia del reconocimiento del denominado “principio de pluralismo familiar”, pues al reconocer otras entidades familiares ya existentes en la sociedad pero que estaban al margen del ordenamiento jurídico, distintas del matrimonio, las equipararía con este último.

63 “Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conyugal, e o juiz os declara casados”.

64 Ley N° 10.406, de 10 de Enero de 2002.

65 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

66 Acción que tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una ley o parte de ella. Junto a la Acción Declaratoria de Constitucionalidad, conforma el llamado “control concentrado de constitucionalidad de las leyes”, en oposición al “control difuso”, en el que las leyes inconstitucionales se cuestionan indirectamente, a través del análisis de situaciones concretas. Ver en Glosario Jurídico del STF. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwgl> (Mayo, 2014).

67 Se trata de un tipo de acción presentado en exclusiva ante el Supremo Tribunal Federal, cuyo objetivo es prevenir o reparar el daño a un “precepto fundamental” de la Constitución Federal que resulta (o pudiera resultar) de un acto gubernamental (por ejemplo, una disposición municipal). La ADPF se rige por la Ley Federal 9.882/99. Ver en Glosario Jurídico del STF. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwgt> (Mayo, 2014).

68 VECHIATTI, Paulo R. Iotti. “Manual de Homoafetividade”. 2ª Ed. Editorial Método. Sao Paulo (2013). Pág. 386 y 448.

69 La decisión fue aprobada por 10 votos contra 0, uno de los magistrados se abstuvo de votar porque se había pronunciado ya a favor de las uniones para parejas del mismo sexo cuando era fiscal general. Sentencia del Supremo Tribunal Federal de 05/05/2011, disponible en: <http://bcn.cl/1kwgp> (Mayo, 2014).

70 Supremo Tribunal Federal, STF (Brasil). “União homoafetiva. Voto oral proferido na ADPF 132 e ADI 4.277”. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx5k> (Mayo, 2014).

71 STF (Brasil). “União homoafetiva”. Op. Cit. Pág. 2.

72 Ibídem.

De acuerdo a la sentencia, siendo expreso el constituyente en relación a la exigencia de que la unión estable sólo puede ser entre un hombre y una mujer⁷³, y no pudiendo encuadrarse jurídicamente la convivencia duradera y pública entre personas del mismo sexo fundada en lazos afectivos, se estaría frente a una laguna del ordenamiento brasileiro⁷⁴.

Entonces, sólo cabría al juez realizar una interpretación que, aplicando el principio de integración analógica, permite reconocer una cuarta forma de entidad familiar, no prevista en el texto del artículo 226 de la Constitución Federal, y que se deduce de una lectura sistemática del texto constitucional, y especialmente teniendo en cuenta la necesidad de concreción de los principios de la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la preservación de la intimidad y no discriminación en razón de la orientación sexual⁷⁵.

Esta interpretación, que considera al artículo 226 como meramente ejemplificativo y no taxativo o *numerus clausus*, se justifica, asimismo, en la existencia de las uniones homosexuales y formas de convivencia familiar distintas a la tradicional familia patriarcal, como una realidad de “constatación elemental empírica”, que el Derecho no podría ignorar⁷⁶.

En relación con la propia definición de la unión estable, del artículo 1.723 del Código Civil, el Ministro redactor Ayres Britto, en la introducción de su voto, expuso los elementos definitorios de dicho artículo e hizo clara analogía entre el término “homoafectividad”, como “el vínculo de afecto y solidaridad entre los compañeros o parejas del mismo sexo”, con la figura de la unión estable. Este encuadramiento se realiza ante la ausencia de movilidad normativa. También se cita el artículo 3 sección IV⁷⁷ de la Constitución Federal, que establece que uno de los fines de la República es promover el bien de todos, siendo prohibida cualquier forma de discriminación. Por tanto, se desprendería de tal norma que la exclusión de la unión entre personas del mismo sexo del régimen jurídico, permitiéndolo sólo a las parejas heterosexuales, constituiría un factor de discriminación⁷⁸.

El Ministro Relator continuó citando el Preámbulo⁷⁹ de la Constitución Federal como herramienta de integración de la comunidad, no sólo en cuanto a la inclusión social, sino a partir de políticas públicas que promuevan la igualdad sustantiva de los sectores de la sociedad históricamente segregados, que el Ministro llama “pluralismo socio-político-cultural”⁸⁰.

También argumentó que el uso de la sexualidad no estaría constitucionalmente predeterminado, ya que la Ley Fundamental nada dice en su texto. Señala que la preferencia sexual estaría fundamentada como un atributo de la personalidad, como factor de autoestima y de autoafirmación. La libertad sexual y la orientación sexual, por tanto, serían tuteladas como derechos a la libertad, de la cual surgiría la autonomía de la voluntad y la intimidad, que están directamente asociadas a la dignidad de la persona humana,

73 La sentencia hace referencia a la discusión del tema en la asamblea constituyente, donde se optó, inequívocamente, porque tal unión sólo fuese entre personas del mismo sexo. Ello, especialmente teniendo en cuenta que la unión estable podía convertirse luego en matrimonio. Ver pág. 5-7

74 STF (Brasil). “União homoafetiva”. Op. Cit. Pág. 9.

75 Ibidem.

76 STF (Brasil). “União homoafetiva”. Op. Cit. Pág. 11-12.

77 Constitución Federal (1988). “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

78 BITTENCOURT, André Augusto; FONTES, Francielle; MOTTA, Eduardo; OLIVEIRA FILHO, José. “A regulamentação estatal das relações conjugais homoafetivas: As novas famílias na construção jurisprudencial brasileira e norte-americana”. Curitiba, 25 de octubre de 2013. Pág. 26. Disponible en: http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/trabalho_tese/21__0b1efae0bbfa90140f6c778c17dcb30.pdf (Mayo, 2014).

79 Constitución Federal (1988). “PREÂMBULO. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

80 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 26.

principio fundamental de un Estado de Derecho democrático. De ese modo, se prohibiría la discriminación basada en el género y la orientación sexual de cada individuo. Lo que se requiere es el tratamiento igualitario de hombres y mujeres y de homoafectivos y heteroafectivos⁸¹.

En la misma línea argumentó el Ministro Marco Aurélio, que se refirió al contexto histórico en que la familia tradicional se posiciona. Citó la protección jurídica de la familia a la luz del Código Civil de 1916 (el actual es de 2002), considerada como el resultado del matrimonio. Las demás relaciones estaban destinadas a la invisibilidad jurídica. La Constitución Federal, por tanto, se presenta como un punto de inflexión en relación a este paradigma. De este modo, observó la pluralidad de entidades familiares, ya no fundadas en aspectos patrimoniales sino afectivos, con la intención de construir una vida en común. Fundamentó su voto en la negación de los dogmas obsoletos del ámbito del Derecho Civil siendo necesario que éste sea constitucionalizado, de acuerdo a las demandas sociales. A su vez, la Ministra Cármen Lúcia, expresando consideraciones similares, afirmó que el Derecho existe para la vida, no al contrario⁸².

6. EFECTOS Y CRÍTICAS DE LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para los constitucionalistas Alexandre Bahia y Paulo Vecchiatti, el pronunciamiento del STF en la ADPF N° 132 - ADI N° 4277, a favor del reconocimiento de las uniones homoafectivas, no constituiría una innovación judicial. Ello, por cuanto los tribunales ya habían hecho reconocimientos en los últimos 10 años, en relación al derecho a pensión e inclusión en los planes de salud para las parejas homosexuales. Empero, el reconocimiento de las uniones estables homoafectivas por analogía de las disposiciones del Código Civil, ha provocado opiniones divididas, existiendo previamente decisiones judiciales favorables y en sentido contrario. Las razones expuestas en los fallos que se oponían al reconocimiento de las parejas homosexuales como uniones estables no estarían contenidas en la Constitución u otras normas. Es más, según Bahia y Vecchiatti, detrás de los argumentos positivistas expresados en la ratio decidendi de dichos fallos se observaría la consideración de un único y legítimo modelo de familia, el heterosexista⁸³.

Los autores citados afirman incluso que, aunque las consecuencias de la conversión de las uniones homoafectivas en matrimonios sí constituyeron una novedad, tanto el fallo del STF como sus desarrollos posteriores serían el resultado de una interpretación constructiva de los principios constitucionales de pluralidad, diversidad e igualdad (art. 226, § 3 y otros) y de la jurisprudencia de esos mismos principios⁸⁴.

En respaldo a la interpretación extensiva o por analogía realizada por el STF, Bahia y Vecchiatti señalan que no estando prohibido expresamente en la legislación el matrimonio entre personas del mismo sexo (ningún texto señala que la unión estable sea sólo o únicamente entre hombre y mujer), aparece una laguna normativa, tanto en la Constitución como en la ley. La interpretación extensiva o por analogía permitiría el reconocimiento de las uniones estables homoafectivas, por no existir, bajo el principio de igualdad, un motivo lógico - racional que justifique la negativa sólo en base a la homogeneidad de los sexos de la pareja. Como lo señaló el Ministro Gilmar Mendes en su voto, el hecho de que la Constitución proteja la unión estable entre hombre y mujer no significa una denegación de protección a la unión estable entre personas del mismo sexo⁸⁵.

81 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 26-27.

82 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 27.

83 BAHIA, Alexandre G. M. F.; y VECCHIATTI, Paulo R. I. "ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família". Revista Direito GV vol.9 N° 1 São Paulo Enero/Junio de 2013. Fundación Getúlio Vargas, Escuela de Derecho. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx4h> (Mayo, 2014).

84 BAHIA, Alexandre G. M. F.; y VECCHIATTI, Paulo R. I. Op. Cit.

85 *Ibidem*.

Así, la máxima kelseniana de lo que no está expresamente prohibido se tiene por jurídicamente posible (regla de clausura o cierre hermético del Derecho), fue la lógica invocada por el Ministro Britto, que se encuentra consagrada en el art. 5, II⁸⁶ de la Constitución Federal (Considerandos N° 30 y 31).

En consecuencia, no bastaría la frase “entre un hombre y una mujer” como fundamento para concluir que existiría una prohibición implícita de una unión estable homoafectiva.

El Ministro Britto observa que todos los párrafos del art. 226 de la Constitución Federal se deben interpretar de acuerdo con el “concepto cultural y espiritual de familia” (no necesariamente como un hecho biológico), esto es, en un sentido coloquial del núcleo interno, no importando si está formal o informalmente constituido o si está formado por parejas heterosexuales o personas abiertamente homoafectivas (Considerando N° 41).

Asimismo, en otras disposiciones⁸⁷, en opinión del mismo Ministro, se mantiene la política invariable de no vincular la formación de las familias a las parejas heteroafectivas o a cualquier otra formalidad registral, celebración civil o religiosa. Es decir, en todos estos preceptos la Constitución limita su intervención ante el reconocimiento de la familia como una institución privada que se forma voluntariamente entre adultos, y que mantiene con el Estado y la sociedad civil una relación tricotómica necesaria (Considerando N° 41).

De esta forma, mediante la interpretación no reduccionista del concepto de familia (Considerando N° 46), la igualdad entre parejas de distinto o igual sexo gana pleno significado solamente si ello desemboca en el igual derecho subjetivo de formar una familia (Considerando N° 47).

Cabe destacar que la sentencia del STF (y así lo señala ésta) operó como una respuesta a la inercia del Poder Legislativo para regular, por medio de proyectos de ley⁸⁸, la marginalidad en la que se encontraban las parejas homosexuales, frente a la base jurídica fundamental conferida a las uniones heterosexuales⁸⁹. Incluso, la propia sentencia, en el voto particular del Ministro Joaquim Barbosa se refiere a un proyecto de ley del año 1994, que pretendía regular las uniones homoafectivas y que grafica la inercia del Congreso Nacional en esta controversial materia.

Por otro lado, señala Cíntia Morais de Miranda, hay quienes sostienen que el STF se habría extralimitando en relación a la división de poderes al llenar el vacío dejado por la ley civil, como si estuviese legislando. Sin embargo, esta crítica se contrasta, como ya se ha señalado, con las funciones y atribuciones específicas conferidas por el constituyente al STF, especialmente por el reconocimiento constitucional de los efectos erga omnes de sus sentencias recaídas en las acciones de inconstitucionalidad (el artículo 102 párrafo 2°)⁹⁰.

Por tanto, el fallo del STF, al prohibir cualquier distinción entre uniones heterosexuales y homosexuales, y estableciendo la propia Constitución Federal que el Estado deba facilitar la conversión de la unión estable en matrimonio, surgió entonces el cuestionamiento de la posibilidad de que las parejas homosexuales pudieran casarse.

Bajo las argumentaciones ya expuestas, muchos jueces comenzaron a autorizar tales conversiones,

86 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

87 Art. 5º incisos XXVI, LXII e LXIII; art.191; art. 201 inciso IV y sección 12; art. 203; art. 205 y art. 221 inciso IV de la Constitución Federal.

88 Sin perjuicio de la vigencia de la norma de origen judicial, actualmente sólo un proyecto de ley se encuentra en tramitación en la Cámara de Diputados del Congreso federal brasileiro, presentado en el año 2013 (PL-5120/2013), que pretende reconocer el matrimonio civil y la unión estable entre personas del mismo sexo. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwhh> (Mayo, 2014). De acuerdo a un artículo del diario Folha de Sao Paulo del año 2011, en los últimos 16 años, se presentaron más de 20 proyectos de ley sobre el tema homosexual (a favor o en contra), ninguno siendo votado. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwhm> (Mayo, 2014).

89 MIRANDA, Cíntia Morais. “Consequência de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF”. Jus Navigandi. Publicado en noviembre de 2011. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwho> (Mayo, 2014).

90 MIRANDA, Cíntia Morais. Op. Cit.

siempre que previamente se hubiera probado la existencia de la unión estable homoafectiva a través de un instrumento privado o de una escritura pública⁹¹. Cumpliéndose tal requisito, las parejas homosexuales comenzaron a solicitar a la Justicia la conversión de la unión estable, ahora reconocida, en un matrimonio, por tratarse de un vínculo que ofrecía mayor seguridad y derechos⁹².

7. LA LEGALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DEFINITIVA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Ya reconocida la protección jurídica de las uniones estables entre personas del mismo sexo, la Cuarta Sala del STF avanzó aún más en la interpretación del derecho a la igualdad, al permitir a las parejas homosexuales celebrar el matrimonio a través de la conversión de las uniones estables⁹³.

En este escenario, el Consejo Nacional de Justicia⁹⁴ (en adelante, CNJ) dictó la Resolución N° 175/2013⁹⁵, ratificando las decisiones del STF del año 2011. En ella se obligó a los cartorios (registros civiles) del país a habilitar o celebrar el matrimonio civil o realizar la conversión de la unión estable en matrimonio de las parejas homosexuales que así lo solicitaran⁹⁶.

La resolución del CNJ fue impugnada a través de una acción de amparo⁹⁷ interpuesto por el Partido Social Cristiano, ante el STF, por haberse excedido el Presidente del CNJ en sus facultades, al “buscar legislar” y haber actuado “con abuso de poder”⁹⁸.

Sin embargo, el Ministro Luiz Fux finalizó dicho proceso, en base a lo señalado por una resolución del STF (Súmula 266), que prohíbe atacar una ley a través de tal acción⁹⁹.

En consecuencia, gracias al fallo del STF, hoy se encuentra legalizado el matrimonio homoafectivo en Brasil.

Ahora bien, siguiendo la misma línea argumentativa del STF, cabe preguntarse si podría el TC chileno realizar una interpretación similar de la normativa nacional, abriendo para ello la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo. El siguiente capítulo se dedicará a responder esta pregunta.

8. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO ACERCA DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Al igual que el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en nuestro país, el Tribunal Constitucional también debió pronunciarse sobre la materia. En noviembre de 2011, a propósito de una acción de inconstitucionalidad,

91 DIAS, Maria Berenice. “2011 Um ano cheio de vitórias”. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwhq> (Mayo, 2014).

92 DIAS, Maria Berenice. Op.cit.

93 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 27.

94 El Conselho Nacional de Justiça es un órgano creado para supervisar esencialmente toda la acción del Poder Judicial brasileño. Ver en: <http://www.cnj.jus.br/index.php> (Mayo, 2014).

95 Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponible en: <http://bcn.cl/1kwh9> (Mayo, 2014).

96 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 28.

97 El artículo 5°, LXIX de la Constitución Federal, denominado “mandado de segurança”, a propósito de la protección de ciertas garantías constitucionales, concede esta acción judicial para proteger los derechos no protegidos por el habeas corpus o el habeas data, cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder es una autoridad pública o una persona ejerciendo funciones del Poder Público.

98 HAIDER, Luis. “Fux extingue processo que contesta casamento gay”. Consultor Jurídico, 28 de mayo de 2013. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx5w> (Mayo, 2014). En BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 29.

99 BITTENCOURT, André Augusto; y otros. Op. Cit. Pág. 29.

pero, a diferencia del caso brasilero, que revisó el instituto de la unión estable, el cuestionamiento judicial del TC recayó sobre la institución del matrimonio.

Dentro de las atribuciones con que el TC cuenta, el artículo 93 numeral 6º de la Constitución Política de la República dispone que le corresponde “Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.

Se trata de una forma de control a posteriori, en que el TC se pronuncia acerca de la constitucionalidad de un determinado precepto legal, frente a un caso concreto. Por ello, uno de los requisitos de procedencia de esta forma de control es que exista una gestión pendiente ante un tribunal y que la decisión acerca de la aplicación del precepto legal “pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto” (artículo 93 inciso décimo de la Constitución). Por otra parte, lo que resuelva en este caso el TC tiene efectos relativos, pues sólo afectará a quienes son partes dentro del proceso en que se ha planteado la cuestión de inaplicabilidad.

En el caso específico que se analiza, el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fue presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰⁰ respecto del artículo 102 del Código Civil. Tal declaratoria de inaplicabilidad se enmarcó en el contexto de un recurso de protección iniciado ante dicha Corte en contra de una oficial adjunta del Servicio de Registro Civil e Identificación, por la negativa de ésta de conceder una hora para celebrar un matrimonio entre dos personas del mismo sexo, fundada en que la legislación chilena sólo contempla el matrimonio entre un hombre y una mujer. Además, la acción de protección se dirigía también en contra de la negativa de la misma oficial para inscribir en Chile un matrimonio válidamente celebrado en Canadá por dos hombres, por la misma razón señalada.

El fallo del TC que desestimó la inaplicabilidad del referido artículo contiene varios argumentos para fundamentar la denegar la solicitud de inscripción, todas ellas por razones más bien de carácter formal, y no se pronunció sobre el fondo del asunto. Es más, el principal fundamento esgrimido por el TC fue que la regulación del matrimonio está reservada a la ley y que la declaración de inaplicabilidad no sería un mecanismo idóneo para resolver el asunto sometido a su conocimiento. Sin perjuicio de ello, en los votos concurrentes, diversos Ministros esgrimieron razones de fondo para considerar que no se veía afectada la igualdad ante la ley al no permitirse ni la celebración de matrimonios por parejas homosexuales ni tampoco la inscripción de matrimonios homosexuales celebrados en el extranjero. Por su parte, el Ministro Vodanovic, a través de un voto disidente, se pronunció a favor de la inaplicabilidad del artículo 102, fundado en razones tanto de forma como de fondo.

9. LOS FUNDAMENTOS DE FORMA DEL FALLO DEL TC

El primer fundamento para denegar la inaplicabilidad solicitada, contenido en el Considerando Quinto del fallo, consiste en que la regulación y los efectos del matrimonio son propios de la reserva legal y no constitucional. Ello tendría una doble base de orden constitucional: por una parte, el numeral 3) del artículo 63 de la Constitución Política chilena señala que, entre las materias de ley, están las que “son objeto de la codificación civil”, y por otra, el numeral 20) establece que también es materia de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”.

100 La Corte de Apelaciones de Santiago solicitó dicho pronunciamiento dentro del proceso Rol N° 6787-2010, sobre recurso de protección interpuesto ante ella en contra de Oficial de Registro Civil. Cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Santiago, planteó la solicitud al Tribunal Constitucional como una “medida para mejor resolver” consistente en “solicitar al Excelentísimo Tribunal Constitucional ‘un pronunciamiento relativo a la aplicabilidad o inaplicabilidad del precepto legal contemplado en el artículo 102 del Código Civil, respecto de la materia del presente recurso de protección’ (Considerando 6º de la Sentencia recaída en el Recurso de Protección). Rol N° 1881-10-INA, 3 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://bcn.cl/1kx5x> (Mayo, 2014).

Como consecuencia de ello, “las características de la institución, referidas a la protección y desarrollo de la misma, han podido mutar en virtud de diversas normas de rango legal, las que han efectuado cambios en lo que atañe, por ejemplo, al régimen de bienes, a la adopción y a la filiación, entre otros aspectos;”.

El segundo fundamento del fallo se refiere a la falta de idoneidad de la declaración de inaplicabilidad, por cuanto la acción respectiva no permitiría la dictación de una sentencia estimatoria. La declaración de inaplicabilidad tendría como único efecto “la exclusión de la eventual aplicación del artículo 102 del Código Civil que define al matrimonio en la gestión pendiente” (Considerando Octavo).

Agrega el Considerando Noveno que “lo que se pretende por su intermedio [la declaración de inaplicabilidad] es que se reformule un sistema de normas de modo integral y se regule positivamente una institución de modo distinto al actual”, en el Código Civil y en la ley N° 19.947, esto es, la Ley de Matrimonio Civil.

10. LOS VOTOS CONCURRENTES

La sentencia del TC además contiene los votos concurrentes de diversos Ministros del Tribunal, quienes, si bien adherían a lo resuelto, en algunos casos no estaban de acuerdo con algunos de sus fundamentos y, en otras, agregaban nuevos argumentos para desestimar la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil. A continuación nos referimos a algunos de ellos.

a) El Ministro Raúl Bertelsen Repetto, dentro de sus consideraciones, señaló que “la legislación [chilena] se encuentra en conformidad con tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconocen ‘el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio’, mientras que en el elenco de los otros derechos utilizan los términos genéricos ‘toda persona’ o ‘todo ser humano’ para referirse a sus titulares;” (Considerando 7 del voto concurrente).

Agrega más adelante que reservar el matrimonio a parejas de distinto sexo no podría estimarse que constituye una diferencia arbitraria o caprichosa, sino fundamentada en las diferencias entre varón y mujer, que la ley, legítimamente considera relevantes, sin violarse por ello la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

b) Los Ministros Marcelo Venegas Palacios, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado sostuvieron que la exigencia de diferencia de sexo exigida para la celebración de un matrimonio es una excepción a la regla general aplicable a toda clase de contratos, del artículo 1.438 del Código Civil. Pero el precepto cuestionado contendría otras excepciones relativas a las partes, distintas a su sexo, para la celebración válida del contrato de matrimonio, pues también prohíbe la multiplicidad de ellas (Considerando 7 del voto concurrente).

Además, tal exigencia sería razonable ya que tendría su fundamento en las diferencias naturales entre hombre y mujer, como ocurre, por ejemplo, en la legislación laboral y previsional; y en consideración a las finalidades de dicho contrato, establecidas en la misma norma cuestionada (considerando 8). Así, sostienen que el contrato de matrimonio “es, por su concepción misma, por su origen histórico social, por su fisonomía y por sus finalidades propias, una institución aplicable únicamente a las relaciones de parejas formadas por un hombre y una mujer” (Considerando 12).

Sin embargo, concluyen que el voto concurrente que ellos formulan “no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador [y no al TC], dar forma a las nuevas instituciones legales que vengán a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución” (Considerando 14).

c) La Ministra Marisol Peña Torres sostuvo que el matrimonio entre parejas heterosexuales “constituye base esencial de la familia amparada por la Constitución, porque muchas de las funciones atribuidas a ésta se relacionan con los fines que el legislador del Código Civil asigna al matrimonio, pero particularmente, con la de procrear [...] lo que sólo puede ser logrado a través de la unión de dos células, masculina y femenina, como las que se encuentran en el acto carnal entre un hombre y una mujer” (Considerando 3º).

d) Los Ministros Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney y Gonzalo García Pino sostuvieron que el derecho a contraer matrimonio se encuentra consagrado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile¹⁰¹, pero que, al momento de interpretar tales instrumentos “debe tenerse presente, en primer lugar, que en ellos se reconoce el derecho [a contraer matrimonio] tanto a hombres como a mujeres y se señala que la regulación de cada Estado no puede ser discriminatoria. En ninguno de ellos se señala que el matrimonio sólo se reconozca a hombres ‘con’ mujeres o viceversa”.

En segundo lugar, sostienen que la regulación corresponde a las leyes de cada Estado, estableciendo “las reglas de capacidad, consentimiento, demás requisitos, forma de celebración y efectos del matrimonio”.

Finalmente, luego de un largo razonamiento en relación una posible infracción de la garantía de igualdad ante la ley, concluyen que:

- ▶ Desde el punto de vista constitucional, nada obsta a que el legislador modifique la definición legal de matrimonio (Considerando 34).
- ▶ El legislador debe considerar que todas las personas, más allá de su orientación sexual, gozan de dignidad y de la libertad necesaria para desenvolver su personalidad, así como de la protección que el Estado debe brindar a su vida privada personal y familiar. Asimismo, la sexualidad formaría parte de la privacidad y es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Considerando 35).
- ▶ Por lo señalado, afirman, resulta imperioso legislar sobre la materia frente al vacío normativo existente, pues “deja en una incertidumbre jurídica a las uniones de hecho, especialmente a las parejas del mismo sexo, exponiéndolas a situaciones de menoscabo y desamparo” (Considerando 36).
- ▶ Por último, los Ministros dejan en claro que compete al Parlamento “dictar las normas legales correspondientes, regulando alguna forma de unión civil entre dos personas, independientemente de su orientación sexual, e incluso abriendo la institución matrimonial a personas del mismo sexo, si así lo estima conveniente.” (Considerando 37).

11. EL VOTO DISIDENTE

El voto disidente del fallo del TC fue formulado por el Ministro Hernán Vodanovic Schnake, quien, para fundamentarlo entregó tanto fundamentos en cuanto a la forma del fallo, como en relación al fondo del mismo.

En cuanto a las cuestiones de forma, señaló que no comparte la tesis que descalifica la procedencia de la acción “en cuanto –por su ejercicio- se reformularía un sistema de normas de modo integral, redefiniéndose el instituto del matrimonio...”, ya que “siempre que es declarada inaplicable una disposición base de un ordenamiento hay una reformulación del sistema de normas, en relación a la situación jurídica específica a que el caso se refiere”.

En cuanto al fondo del asunto el Ministro Vodanovic sostiene que “el punto esencial no reside en las características estructurales del matrimonio [...] sino en determinar si la exclusión de las parejas del mismo

¹⁰¹ En particular se refieren a los artículos 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 17.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

sexo en el acceso a dicha institución constituye o no una discriminación arbitraria.” Sobre este punto, al plantear sus conclusiones (que toma del informe presentado por Libertades Públicas AG) afirma que: “Todo lo señalado precedentemente nos permite arribar a una única conclusión: El Estado, cuando niega a las parejas del mismo sexo la posibilidad de participar en una de nuestras más gratificantes y preciadas instituciones comunitarias, está incurriendo en una exclusión que es incompatible con el respeto de la dignidad humana, la autonomía individual y la igualdad ante la ley, al tiempo que incumple con el mandato constitucional de protección a la familia, entendido en términos amplios. La demanda de las parejas del mismo sexo no persigue que se les confiera un tratamiento especial, sino simplemente poder participar de los beneficios de la vida en sociedad, accediendo en términos de igualdad a una institución considerada indispensable para el desarrollo de los propios planes de vida, como es el matrimonio. Por estas razones, el artículo 102 del Código Civil debe ser declarado inconstitucional.”

CONCLUSIONES

Sin entrar a analizar los efectos propios de las resoluciones del STF y del TC en los ordenamientos jurídicos respectivos (esto es, el alcance general o particular de la inaplicabilidad solicitada), sin lugar a dudas, es en Brasil donde las consecuencias jurídicas han tenido mayor impacto.

En nuestro país, el TC denegó la inaplicabilidad del artículo 102 del Código Civil chileno (que define el matrimonio) por excluir su acceso a las parejas homosexuales, lo hizo en razón de un argumento de forma y no de fondo. Sostuvo el TC su falta de competencia en cuanto a la modificación de un instituto complejo como es el matrimonio, por vía de interpretación judicial, se debe a que ésta se trataría de una materia que le corresponde, de acuerdo a nuestra Carta Magna, resolver al Congreso Nacional.

Por el contrario, el STF, ante la misma problemática, aplicando el principio de interpretación analógica al artículo 1.723 del Código Civil brasileiro (que consagra legalmente la unión estable), declaró que, una interpretación conforme a la Constitución, prohíbe excluir a las parejas homosexuales de la posibilidad de formar una unión estable, y convertirse luego, cumplidos los requisitos legales, en un matrimonio. Esta misma tesis es la sostenida por el Ministro Hernán Vodanovic, del TC, en su voto disidente. Se destaca también, en una lógica contraria a la del TC, que esta función “legisladora” del STF se sustentaría, como dispone el fallo, en la inercia del Congreso Federal para regular la situación de marginalidad de las parejas homosexuales respecto a las heterosexuales.

De esta manera, mientras en Brasil el reconocimiento del matrimonio homosexual ha quedado más o menos establecido en el ordenamiento jurídico interno (salvo que se dictara una sentencia en sentido contrario, lo cual pareciera dudoso vista la unanimidad del fallo del 2011), en Chile nos mantenemos en una situación de incerteza jurídica frente al tema. Lo anterior, en consideración a los importantes efectos jurídicos que las uniones civiles (como el proyecto de Acuerdo de Vida en Pareja¹⁰² o AVP, en actual tramitación), de ser reconocidas, tendrán en el actual Derecho de Familia.

Lo resuelto por el TC, no ha producido un efecto erga omnes; por el contrario, los efectos de tal resolución se encuentran limitados al caso concreto en que se solicitó la declaración acerca de si el artículo 102 era o no contrario a la Constitución en el caso concreto. Es por ello que, no nos cabe duda, el TC será llamado, en un futuro no muy lejano, a pronunciarse sobre las garantías constitucionales afectadas, como el derecho a la igualdad, frente a una regulación restringida y discriminatoria de las uniones homosexuales, frente al régimen de protección jurídico más amplio otorgado a las parejas heterosexuales.

102 Proyecto de ley que crea el Acuerdo de Vida en Pareja, Boletín N° 7873-07, ingresado el 17 de agosto de 2011.

Adicionalmente, no debe soslayarse la importancia otorgada por el programa de gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018¹⁰³ a una regulación de mayor amplitud para las personas del mismo sexo, incluyendo la posibilidad del matrimonio igualitario; ni el impacto de las sentencias¹⁰⁴ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el caso Atala, en materia de derechos de las parejas homosexuales. Estas situaciones provocarán, con seguridad, nuevos emplazamientos al TC para pronunciarse, finalmente, sobre el fondo de este debate.

103 El Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2014-2018 (Octubre 2013) señala que “El Acuerdo de Vida en Pareja (AVP), propuesto por el actual gobierno, es insuficiente y no constituye un mecanismo de solución “integral” a los problemas de las uniones heterosexuales y homosexuales. Por ello, para las parejas que no optan por el matrimonio propiciaremos una regulación alternativa, que otorgue derechos y protección integral a los convivientes en sus relaciones mutuas personales y patrimoniales. Sin perjuicio de esto, como lo establecemos en el capítulo de Igualdad y no Discriminación, convocaremos a un debate abierto, con participación amplia para la elaboración y posterior envío de un proyecto de ley de matrimonio igualitario”. Pp. 109.

104 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

COMPARECENCIA ANTE LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN EN CHILE

APPEARANCE BEFORE THE PARLIAMENTARY COMMITTEES OF RESEARCH IN CHILE

Luis Rojas Gallardo¹⁰⁵

RESUMEN

Este trabajo analiza la regulación que realiza el ordenamiento jurídico chileno acerca de la facultad que tienen las Comisiones especiales investigadoras de requerir la presencia de determinadas personas, en particular la situación en que se encuentran los órganos constitucionalmente autónomos.

ABSTRACT

This paper analyzes the regulation of the chilean law related to the power of the special investigator committees to subpoena certain persons to its presence, particularly the situation of those institutions that the Constitution declares autonomous.

INTRODUCCIÓN

Desde el restablecimiento de la democracia en Chile en el año 1990, el Congreso Nacional retoma un lugar importante en el desenvolvimiento del quehacer político. El paso de un régimen de gobierno militar a un gobierno civil está marcado, sin embargo, por los rasgos de una Constitución pensada para un fuerte presidencialismo, en el cual el Parlamento ve profundamente disminuida su participación en las decisiones más importantes¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Abogado Prosecretario de la Cámara de Diputados de Chile. Máster en Derecho Parlamentario, Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Valparaíso.

¹⁰⁶ Se debe destacar, no obstante, que el referido modelo no resulta atribuible sólo a la naturaleza y características del gobierno de Augusto Pinochet, sino que venía constituyendo una tendencia clara e invariable que, sin excepciones, se había desarrollado en nuestro sistema político desde 1925 y, particularmente, desde las reformas constitucionales de 1943 y 1970, llegando a su punto más alto con el texto original de la Constitución de 1980. Al respecto véase FERNANDOIS VÖHRINGER, A. y GARCÍA GARCÍA, J. "Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2, 2009, pp. 281-311 y SILVA BASCUÑÁN, A. "Tratado de Derecho Constitucional". Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, tomo V, 2000, p. 200 y ss.

Como bien explica Juan Carlos Ferrada, la Constitución chilena de 1980 establece un régimen presidencial de gobierno, en el que el Jefe de Estado y de Gobierno, órgano legitimado popularmente en forma directa por la ciudadanía, adquiere un rol preponderante en la escena política al estar dotado de una amplia gama de potestades jurídicas no sólo en el ámbito ejecutivo, sino también en el plano legislativo, llegando a tener la naturaleza de colegislador en nuestro sistema constitucional. En este contexto, el parlamento, órgano también legitimado a través del voto de la ciudadanía, es configurado como un órgano colegislador y fiscalizador, sin que sus facultades alcancen todavía para poner en entredicho la superioridad material del Presidente en el sistema político¹⁰⁷.

Afortunadamente, producto del consenso logrado entre las distintas fuerzas políticas del país, se ha materializado en el año 2005 una importante reforma a la Carta Fundamental que, entre otras materias, fortalece las facultades fiscalizadoras o de control con que cuenta el Congreso Nacional¹⁰⁸.

La reforma citada, si bien puede ser insuficiente, marca un paso en la dirección correcta ya que aborda uno de los desafíos más relevantes de un Estado democrático, esto es, la necesidad de contar con un eficiente y oportuno mecanismo de control de los actos que realizan los poderes públicos. Si la ciudadanía percibe que no existen instrumentos de control, verdaderamente útiles y capaces de prevenir y sancionar los actos irregulares y de corrupción que se realicen en la administración pública, la democracia se debilita y la estabilidad de una Nación se ve paulatina y progresivamente afectada.

Las principales atribuciones de fiscalización del Gobierno que contiene la Constitución Política de la República de Chile son entregadas en forma exclusiva a la Cámara de Diputados. Ellas son los acuerdos u observaciones que se transmiten al Presidente de la República, la petición de antecedentes al Gobierno, la citación de un Ministro y la creación de Comisiones especiales investigadoras.

Nuestro estudio se centra específicamente en uno de estos instrumentos: las Comisiones especiales investigadoras; en particular, en la facultad que ellas tienen de requerir la presencia de determinadas personas con el fin de que suministren los antecedentes e informaciones que se les soliciten.

La conformación de este tipo de comisiones en el Congreso Nacional chileno ha sido una práctica frecuente desde hace muchos años; sin embargo, sólo en fecha muy reciente ha encontrado consagración constitucional y legal¹⁰⁹. En efecto, las Comisiones investigadoras funcionaron en Chile, hasta el año 2005, como una expresión de la facultad de autorregulación o autonormatividad de la Cámara de Diputados.

Inicialmente se constituyeron al amparo del Reglamento de la Cámara de Diputados, que permite nombrar Comisiones especiales. En 1994, se modificó el Reglamento de la Corporación, que le dio reconocimiento -en este nivel- a la creación de las Comisiones especiales investigadoras.

107 FERRADA BÓRQUEZ, Juan: "La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar", Revista *Ius et praxis*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 8, Nº 1, 2002, p. 461.

108 Sobre la reforma constitucional de 2005 en materia de atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, véase: BRUNET BRUCE, M.: "Nuevas atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados: ¿a medio camino?". Revista *Entheos*, Universidad de Las Américas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, año 4, volumen único, Nº 5, 2006, pp. 91-100; NAVARRO BELTRÁN, E.: "Reformas constitucionales 2005: un año después". *Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Nº 36, 2006, Santiago de Chile. Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Nº 69, 2007, pp. 17-32; RIBERA NEUMANN, T.: "Congreso Nacional. Integración y fiscalización parlamentaria". Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, Nº 68, 2006, pp. 55-71; RÍOS ÁLVAREZ, L.: "La gran reforma de la ley Nº 20.050 a la Constitución Política de Chile". Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Nº 51 (primer y segundo semestre 2006), pp. 73-97; RUBANO LAPASTA, I.: "Síntesis de las principales modificaciones a los preceptos constitucionales de la carta de 1980". Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile, Nº 8, 2006, pp. 85-96.

109 Sobre esta materia y la eventual inconstitucionalidad de regular las Comisiones investigadoras sólo a través del Reglamento de la Cámara de Diputados, véase: CEA EGAÑA, José Luis: "Fiscalización Parlamentaria del Gobierno", en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, vol. XX (1993), pp. 7-20 y NAVARRO BELTRÁN, Enrique: "La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 49, Santiago, Chile, 1991, pp. 71-90.

Tras el retorno a la democracia, se presentaron diversos proyectos de ley para otorgarles reconocimiento constitucional¹¹⁰. Sólo uno de ellos, suscrito por Diputados de todas las bancadas, logró traspasar su aprobación en el primer trámite constitucional, pero no prosperó porque contenía otras materias respecto de las cuales no hubo consenso. Todos los demás proyectos quedaron como silentes muestras de una preocupación que sólo quince años más tarde encontraría su cristalización en la reforma constitucional incorporada por la ley N° 20.050.

El círculo de la normativa aplicable a las Comisiones investigadoras se cerró en julio de 2010 con la publicación en el Diario Oficial de la ley N° 20.447, que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las modificaciones necesarias para adaptarla a la ley N° 20.050. Esta ley eleva a rango legal muchas de las disposiciones que sobre la materia contempla actualmente el Reglamento de la Cámara de Diputados, adecuando su contenido a la nueva realidad fijada por la Ley Fundamental.

En este trabajo, luego de exponer brevemente el mecanismo de creación de una Comisión especial investigadora, se analizará la potestad que ellas tienen de requerir la presencia de determinadas personas, indicando quienes se encuentran obligados a concurrir, quienes pueden asistir voluntariamente a las mismas y, en forma especial, la situación de los órganos constitucionalmente autónomos.

1. CONSTITUCIÓN DE LAS COMISIONES PARLAMENTARIAS DE INVESTIGACIÓN

El artículo 52, número 1, letra c), de la Constitución Política¹¹¹, establece entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, la de fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede “Crear comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio¹¹², con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno”.

Los dos proyectos de reforma constitucional que fueron refundidos dando origen a la ley N° 20.050, contemplaban la facultad de la Cámara Baja para crear Comisiones especiales investigadoras y sólo diferían en el quórum requerido para ello. En el proyecto de los senadores de la Concertación de Partidos por la Democracia¹¹³, se proponía que fueran los dos quintos de los diputados en ejercicio, mientras que en la iniciativa de los senadores de la Alianza por Chile¹¹⁴ el quórum era de la cuarta parte de los diputados en ejercicio.

110 Existe una larga lista de mociones parlamentarias para establecer las comisiones investigadoras, tanto de diputados y senadores de Gobierno como de Oposición. Incluso, en el año 1994, el ex Presidente Eduardo Frei hizo una propuesta que permitía su creación con un quórum de los dos quintos de los diputados en ejercicio. Lamentablemente, por requerirse de una reforma constitucional, ninguna de estas iniciativas prosperó.

111 No todos los países establecen este tipo de comisiones a través de la Carta Fundamental. Así, por ejemplo, aunque las facultades fiscalizadoras y de supervisión de los actos del Gobierno de que está dotado el Congreso de los Estados Unidos se encuentran implícitas en la Constitución, no hay norma específica al efecto. En consecuencia, su regulación se ha hecho a través de la legislación interna del Senado y la Cámara de Representantes.

Si bien la Constitución de Argentina, en tanto, contempla, entre las atribuciones del Congreso, el control de los actos gubernamentales, son los reglamentos del Senado y de la Cámara de Diputados los que permiten la formación de comisiones investigadoras.

112 En Argentina, el artículo 88 del Reglamento del Senado dispone que para crear comisiones investigadoras se requiere el voto favorable de los dos tercios de sus miembros. La Cámara de Diputados, por su parte, de acuerdo el artículo 104 de su Reglamento, en los casos que estime conveniente, o en aquellos que no estén previstos en el Reglamento, podrá nombrar o autorizar al Presidente para que nombre comisiones especiales (que podrán ser investigadoras). En Perú, el artículo 88, letra a), del Reglamento del Congreso dispone que “Las Comisiones de Investigación se constituirán por solicitud presentada mediante Moción de Orden del Día. Para su admisión a debate y aprobación sólo se requiere el voto aprobatorio del treinta y cinco por ciento (35%) de los miembros del Congreso”.

113 Este proyecto, individualizado con el boletín N° 2534-07, de 4 de julio de 2000, tuvo origen en una moción de los senadores señores Sergio Bitar, Juan Hamilton, Enrique Silva Cimma y José Antonio Viera-Gallo.

114 Proyecto iniciado en moción de los senadores señores Andrés Chadwick, Sergio Díez, Hernán Larraín y Sergio Romero. Boletín N° 2526-07, de 4 de julio de 2000.

Durante su tramitación legislativa, dicho quórum fue fijado en un tercio por el Senado. Sin embargo, posteriormente, fue modificado en la Cámara de Diputados, donde se acordó establecerlo en dos quintos de los diputados en ejercicio, como expresa actualmente la Carta Fundamental.

Al estudiarse la ley N° 20.447, se discutió si bastaba que la petición para constituir una Comisión especial investigadora fuera firmada por los dos quintos de los diputados en ejercicio o era necesario un pronunciamiento del Pleno.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados se hizo presente que el inciso primero del artículo 53, propuesto en el proyecto¹¹⁵, empezaba señalando que “La Cámara podrá crear, a petición de a lo menos dos quintos de sus miembros en ejercicio, comisiones especiales investigadoras...”, redacción que implicaba una decisión posterior de la Sala, cuestión que no guardaría relación con la norma constitucional contenida en la letra c) del artículo 52, la que emplea los términos “Crear comisiones especiales investigadoras a petición de...”, es decir, se trataría de términos imperativos y no facultativos, lo que haría innecesaria una decisión posterior. Por ello, lo lógico habría sido emplear el término “creará”.

En sentido contrario, se argumentó que la Cámara había aprobado, al tratar las reformas constitucionales, el texto propuesto por el Senado para la letra c) del artículo 52, sin otra modificación que los quórum aplicables, dándose por entendido que tales quórum eran exigibles para la votación en la Sala, no siendo suficiente la simple petición. Al efecto, se indicó que el primer informe de la Comisión del Senado señalaba que los objetivos de las modificaciones en análisis buscaban fortalecer las atribuciones fiscalizadoras de la Cámara; precisar que la función fiscalizadora correspondía a la Corporación y no a sus miembros individualmente considerados; consagrar en el texto constitucional la existencia de las comisiones investigadoras, y fijar en un tercio de los Diputados en ejercicio (se aprobó finalmente dos quintos) el quórum necesario para adoptar el acuerdo de constituir una comisión investigadora. De todo lo anterior, surgiría que siempre se pensó que debería ser el acuerdo de la Cámara el que requeriría dicho quórum y no estaría referido al número de Diputados necesarios para presentar la petición de formar una comisión investigadora.

A mayor abundamiento, el entonces Diputado señor Jorge Burgos señaló que lo anterior significaba que el quórum de los dos quintos se requería en la votación en la Sala, de tal manera que si llegaba una petición formulada por los dos quintos o más, no habría, sin embargo, comisión investigadora si dicha petición no reunía los dos quintos de los Diputados presentes en la Sala¹¹⁶.

Esta última posición fue la acogida en definitiva por la Comisión, acordando redactar el inciso primero del artículo 53 en los siguientes términos: “La Cámara de Diputados creará, con el acuerdo de a lo menos dos quintos de sus miembros en ejercicio, comisiones especiales investigadoras con el objeto de reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno”.

La decisión adoptada por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia parece estar más cerca de la letra y espíritu de la norma constitucional ya que es el Pleno quien manifiesta la voluntad de la Cámara de Diputados.

No debe olvidarse, además, que el artículo 52 de la Carta Fundamental señala que “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados: 1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede...c) Crear Comisiones especiales investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio...”. Las expresiones “Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados” y “la Cámara puede”, utilizadas en el encabezado, no dejan dudas que se requiere un pronunciamiento, una

115 Este proyecto fue iniciado en una moción de los Diputados señores Jorge Burgos, Gabriel Ascencio, Patricio Cornejo, Carlos Montes y Alejandro Navarro. Boletín N° 3962-07.

116 Historia de la ley N° 20.447 que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, pp. 58-59. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

manifestación de voluntad de la Cámara de Diputados, expresada en el Pleno y, en consecuencia, no basta con la simple petición de un número determinado de parlamentarios. Una interpretación contraria haría posible entender que la facultad fiscalizadora pertenece a los parlamentarios individualmente considerados y no a la Corporación, lo cual, como se ha dicho, no estuvo nunca en la voluntad del constituyente derivado.

El quórum requerido para su creación es una de las virtudes de la regulación existente en Chile en materia de Comisiones especiales investigadoras ya que permite que una minoría cualificada pueda controlar al Gobierno. Con esto se resuelve uno de los principales obstáculos que se presentan al momento de ejercer el control sobre los actos del Gobierno cuando en la Cámara de Diputados la mayoría política es de la misma tendencia que éste.

La función de control parlamentario, por su naturaleza, debe ser protagonizada fundamentalmente por las minorías de oposición. “Esto no significa que todos los procedimientos en que esta función se manifiesta puedan abandonarse sin más a la voluntad de las minorías, pero sí que su regulación ha de reservarles jurídicamente una posición que responda a ese carácter protagonista. La eficacia del control del Gobierno depende, en última instancia, de que las minorías vean reconocido ese papel, ya que en caso contrario sería muy difícil afirmar su existencia”¹¹⁷.

Es efectivo que las conclusiones de las Comisiones investigadoras y los eventuales votos particulares que contenga el dictamen que se eleva al Pleno, pueden ser desestimados por la mayoría parlamentaria; sin embargo, no debemos olvidar que la virtud de este instrumento de control no radica exclusivamente en sus conclusiones, sino en el efecto político que genera su constitución y el proceso que lleva a cabo para cumplir su labor. Se trata de un control escenificado en la Cámara para el elector, el que podrá evaluar la actuación de sus representantes para reafirmar o modificar su adhesión en el próximo proceso electoral.

Como bien ha señalado Arevalo Gutiérrez, “la virtualidad de las Comisiones de investigación o de encuesta no radica en su desenlace, que de todos es conocido desde el primer instante, sino en la embriagadora narración de los hechos y en la ulterior reflexión y valoración personal que cada uno de nosotros y la opinión pública en su conjunto puede efectuar”¹¹⁸.

2. ATRIBUCIONES DE LAS COMISIONES INVESTIGADORAS

El objetivo de las Comisiones investigadoras está dado por la fiscalización de la actuación del Gobierno, cuya satisfacción requiere que ellas recaben toda la información sobre el asunto investigado hasta lograr un completo conocimiento del mismo, lo cual resulta fundamental para que, posteriormente, pueda elaborar determinadas conclusiones con efectos políticos.

Para el cumplimiento de las funciones que se les encomienda, las Comisiones investigadoras son dotadas de un conjunto de atribuciones específicas. En algunas legislaciones, como la italiana, se les conceden las mismas facultades de que dispone la autoridad judicial. Por su parte, en países como España o Chile, sus potestades les son entregadas mediante leyes especiales.

Gude Fernández clasifica estas facultades en dos grandes grupos: los poderes de requerir la presencia de determinadas personas y de reclamar documentos y materiales relacionadas con el asunto a investigar¹¹⁹.

117 SÁNCHEZ NAVARRO A.J. Ob. cit. pp. 253-254.

118 AREVALO GUTIERREZ. A. “Las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”. Revista Española de Derecho Constitucional, Nº. 43, 1995, p. 205.

119 GUDE FERNANDEZ. Ana: Las comisiones parlamentarias de investigación. Ed. Universidad de Compostela, 2000, p. 35.

Respecto de la primera facultad, que es el objeto de nuestro análisis, conviene señalar que la mayoría de los países cuentan con regulaciones que reconocen a las Comisiones investigadoras la potestad de requerir la comparecencia de ciertos sujetos, los que se ven expuestos a recibir sanciones, incluso de carácter penal, por el incumplimiento del deber impuesto¹²⁰.

3. PERSONAS OBLIGADAS A COMPARECER

El inciso segundo, letra c), número 1, del artículo 52 de la Constitución Política de la República de Chile establece que los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

3.1. Ministros de Estado

De acuerdo a nuestra Carta Fundamental, los Ministros son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado y son nombrados y removidos a entera voluntad del Primer Mandatario.

Consecuencia de lo anterior es que, en ningún caso, los acuerdos, observaciones o solicitudes de antecedentes que efectúe la Cámara de Diputados, en el ejercicio de su función fiscalizadora de los actos del gobierno, afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado.

Para citar a un Ministro a una Comisión investigadora y solicitarle la entrega de antecedentes se requiere, como regla general, del acuerdo de un tercio de sus miembros. Este quórum se incrementa en el evento que la Comisión pretenda citarle por más de tres veces, en cuyo caso se requiere la voluntad de la mayoría absoluta de sus miembros.

3.2. Funcionarios de la Administración del Estado

Para determinar el alcance de la expresión “los demás funcionarios de la administración del Estado” debemos acudir al artículo 1º, inciso segundo, de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, según el cual la Administración del Estado está integrada por los ministerios; las intendencias; las gobernaciones; los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa; la Contraloría General de la República; el Banco Central; las Fuerzas Armadas; las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública; los Gobiernos Regionales; las Municipalidades; y, las empresas públicas creadas por ley.

120 En Estados Unidos, la Corte Suprema, en el caso *McGrain v. Daugherty*, en 1927, estableció por primera vez la facultad del poder legislativo para citar a testigos, bajo apercibimiento de arresto, para deponer ante sus comisiones. Por su parte, en *Eastland v. United States Servicemen's Fund*, de 1975, la Corte concluyó que las citaciones del Congreso son equivalentes a las existentes en el procedimiento judicial en materia de cumplimiento y medidas compulsivas. Véase KAISER FREDERICK M. y otros: “Congressional Oversight Manual”. Congressional Research Service. 6 de Enero de 2011. Disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL30240.pdf>. En Perú, en tanto, de acuerdo al artículo 97 de la Constitución, es obligatorio comparecer, por requerimiento, ante las comisiones encargadas de tales investigaciones, bajo los mismos apremios que se observan en el procedimiento judicial. En España, el artículo 502.1 del Código Penal, dispone que “los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de Investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

Miguel Ángel Fernández¹²¹ estima que lo obrado por la Ley de Bases, al incluir órganos constitucionalmente autónomos dentro de la Administración Pública, constituye una actuación inconstitucional, pues lesiona la autonomía que la Carta Fundamental asegura a los órganos tipificados con tal rasgo de independencia orgánica, funcional y procesal. Ese tema lo analizaremos más a fondo con posterioridad en este trabajo.

3.3. Empresas públicas

Adicionalmente, la Carta Fundamental atribuye este deber de comparecencia al personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria. La norma constitucional, como puede observarse, tiene mayor amplitud que la contemplada en la Ley sobre Bases de Administración del Estado, en la cual se consideran formando parte de la administración sólo a las empresas públicas creadas por ley; en cambio, por mandato constitucional pueden ser citados y están obligados a comparecer a las Comisiones de investigación el personal de cualquier empresa en que el Estado tenga participación mayoritaria en la propiedad de la misma.

4. SOLICITUD DE INFORMACIÓN (ARTÍCULOS 9 Y 9 A DE LA LEY N° 18.918, ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DEL CONGRESO NACIONAL)

La disposición constitucional contemplada en el artículo 52, número 1, letra c), a la que nos hemos referido, no deja dudas acerca de la obligación del personal de las empresas del Estado y de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, de comparecer y suministrar los antecedentes y las informaciones que les solicite una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, lo cual resulta de gran trascendencia considerando que, a pesar de los dictámenes y sanciones aplicadas por la Contraloría General de la República, empresas como la Corporación Nacional del Cobre, Televisión Nacional de Chile o el Banco del Estado, se negaron durante muchos años a proporcionar la información solicitada por la Cámara de Diputados¹²².

Debemos recordar que el artículo 9° de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, antes de la reforma del año 2010, obligaba a los organismos de la Administración del Estado a proporcionar los informes y antecedentes específicos que les fueran solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos, con excepción de aquellos que por expresa disposición de la ley tuvieran el carácter de secretos o reservados. Por su parte, el artículo 10 de dicho cuerpo legal responsabilizaba al jefe superior del respectivo organismo de la Administración del Estado del cumplimiento de ese deber, sancionándole con multa en caso de una infracción, previo procedimiento administrativo por parte de la Contraloría General de la República.

Durante la vigencia de dicha normativa, diversas empresas del Estado se negaron a cumplir con solicitudes de información fundadas en el citado artículo 9°. El argumento para fundar dicha negativa en todos esos casos fue que, conforme a sus respectivos estatutos orgánicos, las referidas empresas públicas están sujetas a la fiscalización exclusiva de organismos técnicos y especializados como son las superintendencias, encontrándose excluidas de las reglas generales de la Administración del Estado salvo que se las mencione

121 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: "Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos", Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, vol. 65, 2003, pp. 217-232.

122 Véanse dictámenes de la Contraloría General de la República Nos. 27.729 de 1991; 3.529, 3.724, 26.126 y 28.091 de 1992; 26.088 y 27.951 de 1993; 3.456, 16.164, 20.108 y 28.226 de 1994.

expresamente¹²³. De este modo, no les resultaría aplicable al artículo 9° de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, toda vez que su ámbito de aplicación se extendería genéricamente sobre los órganos de la Administración del Estado, pero no de manera específica respecto de las empresas del Estado.

Ante las sanciones impuestas por la Contraloría General de la República, algunas de estas empresas públicas interpusieron acciones de mera certeza con el fin de que los tribunales resolvieran el conflicto y determinaran si ellas se encontraban o no obligadas a cumplir dichas solicitudes de información.

La reacción del Congreso Nacional y la Contraloría General de la República, representados judicialmente por el Consejo de Defensa del Estado, consistió en señalar que las disposiciones de sus respectivas leyes orgánicas no permitirían eximir a estas empresas de los artículos 9° y 10 de la citada Ley Orgánica, atendido que el objetivo de estas disposiciones no sería regular al sector público, sino establecer las atribuciones del Congreso Nacional considerado como un Poder del Estado distinto del Ejecutivo¹²⁴. Además, sostuvieron que las reglas de exención contenidas en las respectivas leyes orgánicas de las empresas públicas, sólo dirían relación con el régimen de relaciones con terceros, y por tanto, no permitirían excluirlas de las normas generales de la Administración del Estado.

La Corte Suprema en sentencia recaída en el juicio ordinario sobre declaración de mera certeza caratulado “Banco Estado con Fisco”¹²⁵, respaldó la interpretación de la Contraloría General de la República, al resolver que dicha empresa pública, como integrante de la Administración del Estado¹²⁶, se encuentra obligada a proporcionar la información solicitada por las Cámaras.

123 Respecto del Banco del Estado, ello se funda en lo dispuesto por los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 2.079 (“Ley del Banco del Estado”), a saber: “El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda”; y “El Banco se registrará preferentemente por las normas de esta Ley Orgánica, y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado. No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile”. Tratándose de la Corporación Nacional del Cobre y Televisión Nacional de Chile, su negativa se sustentó en similares disposiciones contenidas en los artículos 25 del Decreto Ley N° 1.350 y 33 a 35 de la Ley N° 19.132

124 Véase, como ejemplo, el dictamen N° 28925/06 mediante el cual la Contraloría General de la República formula sus observaciones a una de las demandas de nulidad de derecho público deducidas por Televisión Nacional de Chile.

125 Corte Suprema, 28 de mayo de 2009, Rol N° 6585/2007. Disponible en http://www.pjud.cl/modulos/BusqCausas/BCA_estado_causa_nuevo.php

126 En otro ámbito, pero relacionado con la entrega de información a que están obligados los organismos públicos, véase la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.892, de 17 de noviembre de 2011, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes>, la cual extrae una serie de consecuencias interesantes en la materia que pueden orientar la interpretación de otros casos en el futuro. Dicha sentencia recayó en un requerimiento de la Universidad de Chile, solicitando que se declarara inaplicable –a su respecto– la parte final del inciso primero del artículo 2° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado aprobada por la Ley N° 20.285, sobre acceso a la Información Pública.

En ella, se ratifica que la Administración del Estado a que hace mención el artículo 38 de la Constitución, así como la ley N° 18.575 (Artículo 1°) dictada en su virtud, comprende, de manera amplia a todos los órganos y servicios creados para el cumplimiento de la función administrativa del Estado, incluidas las universidades estatales, como reitera el artículo 1°, N° 5, de la propia Ley de Transparencia.

Asimismo, se concluye que la Universidad de Chile, sin perjuicio de regirse por las normas específicas que imperan en el campo de su especialidad, reúne todas las condiciones que permiten reconocerla como un servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa estatal, para cualquier efecto legal, alcanzándole, por ende, todas las normas constitucionales y legales, que al estatuir o desarrollar aquellos principios básicos atinentes al orden institucional de la República, deben acatarse unánimemente dentro de la Administración del Estado, con arreglo al principio de juridicidad recogido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental.

Se destaca que, desde que entró en vigencia la reforma introducida por la ley N° 20.050 al artículo 8° constitucional, con fuerza obligatoria directamente vinculante, ninguna autoridad administrativa pudo establecer como secretos o reservados los antecedentes a que ella se refiere y que existen en su poder, toda vez que esta determinación se radicó única, exclusiva y excluyentemente en leyes de quórum calificado.

Además, señala el Tribunal, que no existe inconstitucionalidad por el hecho de que la Ley de Transparencia haya incorporado en sus normas a los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, abarcando, de esta forma, a la Universidad de Chile, como quiera que ello no significa privarla de alguna autonomía de índole constitucional que, en todo caso, únicamente puede desplegarse en el ámbito estrictamente educacional. Sostener lo contrario implicaría otorgar a ese plantel universitario un estatus constitucional propio de un poder separado de la administración del Estado, del que carece.

Debo hacer presente que las normas citadas si bien no se refieren específicamente a las Comisiones investigadoras, tienen gran importancia ya que regulan el alcance y forma en que se debe entregar la información y antecedentes que soliciten las Cámaras para el ejercicio de sus funciones. Dichas disposiciones fueron modificadas por la ley N° 20.447, de 2010, que, como hemos dicho, adecuó la legislación a la reforma constitucional de 2005.

En esa reforma existió especial preocupación en regular esta materia, de manera que comprendiera todas las hipótesis que habían generado interpretaciones diversas. La reforma del artículo 9° precisó que, además de los organismos de la Administración del Estado, están obligadas a proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones o los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o de Comisión, todas las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su administración y no desarrollen actividades empresariales.

Esta norma permite que se requiera información a todas las entidades privadas que coadyuvan a la satisfacción de necesidades públicas, como son las corporaciones y fundaciones que el Estado constituye. En esta situación se encuentran, por ejemplo, la Corporación Nacional Forestal, el Centro de Investigación Minero Metalúrgico, el Instituto de Fomento Pesquero, el Instituto Forestal, el Centro de Formación de Recursos Naturales, el Servicio de Cooperación Técnica y el Instituto Nacional de Normalización.

Cabe precisar que se exceptúa de la obligación de informar al Parlamento a los órganos de la Administración del Estado que ejerzan potestades fiscalizadoras, respecto de los documentos y antecedentes que contengan información cuya revelación, aún de manera reservada o secreta, afecte o pueda afectar el desarrollo de una investigación en curso.

Además, la ley N° 20.447 agregó un artículo 9° A para regular la obligación de proporcionar la información requerida a las empresas públicas creadas por ley, a las empresas del Estado y a las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan, incluso aquellas que de acuerdo a su ley orgánica deban ser expresamente mencionadas para quedar obligadas al cumplimiento de ciertas disposiciones.

Como puede apreciarse, esta disposición incorpora a todas las empresas y sociedades que desarrollan actividades empresariales, sin importar el estatuto por el que se rijan.

Es necesario hacer hincapié en que la norma en estudio incluye aquellas empresas o sociedades que, de acuerdo a su ley orgánica, deben ser expresamente mencionadas para quedar obligadas al cumplimiento de ciertas disposiciones. Esta parte del artículo fue producto de una indicación del Diputado señor Edmundo Eluchans, quien la fundamentó en el hecho de que determinadas empresas del Estado podrían quedar al margen de este precepto pues en sus estatutos orgánicos se prescribe que a ellas no se les aplican las normas por las que se rigen las empresas del Estado¹²⁷.

Para demostrar lo anterior, puso como ejemplo lo que dispone la ley N° 19.132, que creó la empresa Televisión Nacional de Chile. Al respecto, recordó que el artículo 35 de dicho cuerpo legal señala que esa empresa se registrará exclusivamente por las normas de la mencionada ley y, en lo no contemplado por ella, por las normas que rigen a las sociedades anónimas abiertas. En consecuencia, no le serán aplicables, para efecto legal alguno, las disposiciones generales o especiales que rigen o rijan en el futuro a las empresas del Estado, a menos que la nueva legislación expresamente se extienda a la empresa.

Agregó que en una situación similar se encuentran la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO) y el Banco del Estado.

Con el fin de que no exista ninguna duda respecto a que las referidas empresas, u otras que en el futuro se

127 Historia de la ley N° 20.447 que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, pp. 603-604. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

creen con un estatuto de exclusión igual o similar al de las mencionadas, están obligadas a proporcionar los antecedentes o informes que les sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios, propuso incluir una disposición expresa en tal sentido durante el trámite de Comisión Mixta.

La mencionada propuesta fue aprobada por la unanimidad de los integrantes de la Comisión en el entendido de que ella incluye a Televisión Nacional de Chile, a la Empresa Nacional de Minería, a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, a la Corporación Nacional del Cobre de Chile (CODELCO), al Banco del Estado y a otras empresas del Estado que en el futuro se creen y que en sus leyes orgánicas prescriban que quedan al margen de las normas generales aplicables a las empresas del Estado o usen otra fórmula similar con el mismo objeto.

Finalmente, el artículo 9º A precisa que no existirá la obligación de entregar los informes y antecedentes cuando estos se refieran a hechos o antecedentes que tengan el carácter de reservado, de conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 10 de la ley Nº 18.045 sobre Mercado de Valores, cuando contengan información sujeta al deber de reserva establecido en el artículo 43 y en el inciso tercero del artículo 54 de la ley Nº 18.046, sobre Sociedades Anónimas, o se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8º de la Constitución Política de la República.

Para invocar cualquiera de estas causales, será necesario un acuerdo previo adoptado por las tres cuartas partes de los miembros en ejercicio del órgano colegiado encargado de la administración de la empresa o sociedad, o de todos los administradores cuando aquella no corresponda a un órgano colegiado.

Si las comisiones o los parlamentarios insisten en su petición, la empresa o sociedad estará obligada a proporcionar los antecedentes o informes solicitados, salvo que requiera a la Contraloría General de la República para que, previo informe de la Superintendencia de Valores y Seguros, resuelva que concurre alguna de las causales señaladas.

Durante la discusión de estas normas¹²⁸, se reiteró que ellas no implican necesariamente el ejercicio de facultades fiscalizadoras, sino que su objetivo es obtener informaciones y antecedentes que permitan a los parlamentarios poder legislar de manera más eficiente. Por esta razón, también pueden ser usadas por el Senado que, de acuerdo a la Carta Fundamental, no cuenta con dichas facultades.

Nos parece que la única interpretación posible para los artículos 9º y 9º A es considerar que los informes y antecedentes específicos que sean solicitados por las comisiones de las cámaras o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala o de Comisión tienen por objeto contribuir a la elaboración y estudio de los proyectos de ley ya que, de lo contrario, si se entendiera que se trata de facultades fiscalizadoras, adolecerían de un vicio de inconstitucionalidad porque la Carta Fundamental es clara, en

128 Historia de la ley Nº 20.447 que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley Nº 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, pp. 575-611. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

orden a que ellas son entregadas en forma exclusiva a la Cámara de Diputados¹²⁹.

En este orden de ideas, parece una decisión equivocada la adoptada por el Tribunal Constitucional al considerar que el inciso final del nuevo artículo 9º, que se introducía a la Ley Nº 18.918, por el numeral 13 del artículo único del proyecto que modificó la Ley Orgánica del Congreso Nacional, era inconstitucional.

Dicho precepto disponía que “En ningún caso, las peticiones de informes importarán el ejercicio de las facultades señaladas en el párrafo segundo de la letra a) del número 1) del artículo 52 de la Constitución Política”

Tal como sostuvo el voto disidente¹³⁰ del Presidente de Tribunal Constitucional, Ministro señor Marcelo Venegas y de los Ministros señores José Luis Cea y Hernán Vodanovic y de la Ministra señora Marisol Peña, dicha disposición resultaba congruente con los artículos 52 Nº 1) y 53, inciso final, de la Constitución Política.

Al fundamentar su posición recordaron que el artículo 52 Nº 1) de la Carta Fundamental contempla, entre las atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados, la fiscalización de los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede: a) Adoptar acuerdos o sugerir observaciones, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, los que, en ningún caso afectarán la responsabilidad política de los Ministros de Estado; b) Citar a un Ministro de Estado, a petición de a lo menos un tercio de los diputados

129 Uno de los votos disidentes en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proyecto de ley que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la Ley Nº 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, emanado de los Ministros señores Raúl Bertelsen, Enrique Navarro y Carlos Carmona, estimó que los artículos 9º y 9º A del proyecto eran inconstitucionales porque extienden la facultad de fiscalización del Gobierno, mediante la solicitud de antecedentes, que la Constitución otorga exclusivamente a la Cámara, respecto de sujetos distintos y para un objeto distinto.

Expresan que, en cuanto a los sujetos fiscalizados, los preceptos referidos extienden la fiscalización a toda la Administración del Estado, ya que el artículo 9º es aplicable a “las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su Administración y no desarrollen actividades empresariales”; y el artículo 9º A se aplica a “las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado, las sociedades en que éste tenga aporte, participación accionaria superior al cincuenta por ciento o mayoría en el directorio, cualquiera sea el estatuto por el que se rijan”. Los artículos citados infringen de manera flagrante el artículo 52 de la Constitución que limita la fiscalización a los actos “del Gobierno” exclusivamente.

Añaden que, en segundo lugar, son inconstitucionales porque extienden la potestad de fiscalizar tanto a las comisiones como a los parlamentarios individualmente considerados, alterando con ello el procedimiento que la Constitución establece para ejercer esta función, esto es, el acuerdo de un tercio de los miembros de la Cámara. Con ello se rompe el reparto de competencias que establece la Constitución y que ya hemos descrito, donde la Cámara de Diputados ejerce la función de fiscalización del Gobierno, con exclusión de cualquier otro órgano.

En tercer lugar, porque no sólo obliga a entregar “antecedentes”, es decir, la información existente acerca de los hechos que se fiscalizan sino “informes”, esto es, elaborar información nueva que al requirente le interese, elemento que se encuentra ya fuera de todo ámbito de fiscalización.

Se sostuvo, asimismo, respecto de las empresas, que las comisiones investigadoras pueden solicitar antecedentes e informaciones al personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria. Ello revela que, por una parte, dichas empresas no están al margen de la fiscalización; por la otra, que la Constitución diseña un mecanismo único y excepcional para requerir los antecedentes e informaciones. Por eso, ampliar el sujeto activo de esta petición y convertir este tipo de requerimientos en un mecanismo ordinario de fiscalización, va contra el sentido de la Reforma del 2005 y del artículo 19, Nº 21, de la Constitución.

Finalmente, indicaron que los artículos 9º y 9º A exceden lo permitido por el artículo 52 de la Constitución, pues crean un régimen de responsabilidades sumamente estrictas – que pueden llevar a la privación de dos sueldos – que la disposición constitucional no admite. La Constitución no sólo omite cualquier referencia a las sanciones aplicables respecto de la solicitud de antecedentes a los órganos del Gobierno, sino que además ha prescrito expresamente que la fiscalización no dará lugar a responsabilidad política de los Ministros de Estado.

Adicionalmente, en un voto disidente que va en la misma dirección, el Ministro señor Francisco Fernández fue partidario de declarar que los incisos primero y segundo del Nuevo artículo 9º, que el artículo único, Nº 13, del proyecto introdujo a la Ley Nº 18.918, son inconstitucionales.

Ello, en atención a que la petición de informes o antecedentes por parte de comisiones o parlamentarios de cualquiera de las Cámaras a “los organismos de la Administración del Estado” y “entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su Administración y no desarrollen actividades empresariales” constituye una forma de fiscalización de los actos del Gobierno y el artículo 52 Nº 1) de la Constitución Política dispone que ésta es una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados.

130 Sentencia disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1376>

en ejercicio, a fin de formular preguntas en relación con materias vinculadas al ejercicio de su cargo; y c) Crear comisiones investigadoras a petición de a lo menos dos quintos de los diputados en ejercicio, con el objeto de reunir observaciones relativas a determinados actos del Gobierno.

En el caso de las comisiones investigadoras, la Constitución ha previsto que “los Ministros de Estado, los demás funcionarios de la Administración y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, que sean citados por estas comisiones, estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten”.

Por su parte, el inciso final del artículo 53 de la Constitución dispone que: “El Senado, sus comisiones y sus demás órganos, incluidos los comités parlamentarios si los hubiere, no podrán fiscalizar los actos del Gobierno ni de las entidades que de él dependan, ni adoptar acuerdos que impliquen fiscalización”. De este modo, el Constituyente reforzó, a través de esta norma, la idea que la fiscalización de los actos del Gobierno es una atribución exclusiva de la Cámara de Diputados contribuyendo, al mismo tiempo, a la adecuada delimitación de las potestades conferidas a cada Cámara.

Sin perjuicio de las facultades conferidas por la Constitución a cada Cámara por sus artículos 52 y 53, debe tenerse presente que “ambas concurren a la formación de las leyes” dando cuenta de su intervención fundamental en el proceso legislativo.

Respecto a la responsabilidad que cabe a las Cámaras del Congreso Nacional en relación con la formación de la ley, el artículo 22 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional señala que “Las comisiones reunirán los antecedentes que estimen necesarios para informar a la corporación. Podrán solicitar de las autoridades correspondientes la comparecencia de aquellos funcionarios que estén en situación de ilustrar sus debates, de conformidad con lo señalado en los artículos 9º y 9º A, hacerse asesorar por cualquier especialista en la materia respectiva y solicitar informes u oír a las instituciones y personas que estimen convenientes.”

Dicha norma se inserta dentro del Título II de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, titulado “Normas básicas de la tramitación de los proyectos de ley”, lo que indica que la solicitud de informes a que ella alude dice relación, precisamente, con aquellos que las comisiones de ambas Cámaras -Senado y Cámara de Diputados- estimen necesario recabar para ilustrar debidamente la opinión que se consigne en los informes que ellas den a conocer a las Salas respectivas.

De lo anterior se colige que las comisiones del Senado pueden solicitar informes de las instituciones y personas que estimen conveniente para enriquecer el contenido de sus debates e informes referidos a un proyecto de ley sin que ello pueda estimarse como una vulneración a lo dispuesto en el inciso final del artículo 53 de la Carta Fundamental, que les prohíbe ejercer las facultades fiscalizadoras reservadas exclusivamente a la Cámara de Diputados por el artículo 52 Nº 1) de la misma Constitución.

Sobre la base de lo señalado, el voto disidente, que yo comparto, sostuvo que el legislador orgánico constitucional fue del todo congruente al establecer una norma como la que se contiene en el inciso primero del nuevo artículo 9º -introducido por el Nº 13 del proyecto de ley sometido a control-, según la cual: “Los organismos de la Administración del Estado y las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su administración y no desarrollen actividades empresariales, deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala, o de comisión (...)”, con lo dispuesto en el inciso final de esa misma norma en el sentido que: “En ningún caso las peticiones de informes importarán el ejercicio de las facultades señaladas en el párrafo segundo de la letra a) del número 1) del artículo 52 de la Constitución Política.”.

La eliminación, por parte del Tribunal Constitucional, del inciso final del nuevo artículo 9º, recién transcrito, por estimarse inconstitucional, impide distinguir de manera más clara entre peticiones de informes y antecedentes que sean solicitados por la Cámara de Diputados en ejercicio de sus facultades

fiscalizadoras de aquellos que lo sean por las comisiones de ésta o de las que pertenecen al Senado con el único y exclusivo objeto de contribuir al proceso de discusión de los proyectos de ley. No obstante lo anterior, reitero mi convencimiento de que dichos artículos no pueden ser entendidos como el ejercicio de facultades fiscalizadoras sino que simplemente constituye una potestad para pedir información.

En lo que interesa específicamente a este trabajo, conviene señalar que, tanto en la historia de la ley Nº 20.447¹³¹, como en el texto aprobado en el Título que regula a las Comisiones investigadoras, se dejó expresa constancia que las limitaciones reseñadas no merman las atribuciones que tienen las Comisiones especiales investigadoras para solicitar, en el curso de sus investigaciones, todos los antecedentes que requieran, incluso aquéllos de carácter reservado. No obstante, como precisa el artículo 54 de la Ley Orgánica del Congreso, si aquellos se refieren a asuntos que conforme a una ley de quórum calificado tengan el carácter de secretos o reservados, o a los asuntos mencionados en el inciso tercero del artículo 9º A, que fueron descritos anteriormente, sólo podrán ser proporcionados en sesión secreta por el Ministro que corresponda o por el representante legal de la empresa en que labora la persona que deba entregarlos. Obviamente, los integrantes de la Comisión que reciban los antecedentes deberán mantenerlos en reserva o secreto.

5. ÓRGANOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMOS

Si bien la situación de las empresas públicas fue resuelta por la reforma constitucional incorporada por la ley Nº 20.050 y la posterior modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional realizada por la ley Nº 20.447, y no cabe dudas que están sometidas a la fiscalización de la H. Cámara de Diputados, no sucede lo mismo con los órganos constitucionalmente autónomos, tales como el Banco Central, la Contraloría General de la República o las Municipalidades.

Las divergencias interpretativas se producen fundamentalmente respecto de aquellos órganos autónomos que, de acuerdo a la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado¹³², se entienden incorporados en la Administración del Estado.

Como hemos señalado, el inciso segundo del citado cuerpo legal dispone que “La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

Por su parte, recordemos, el artículo 52 de la Carta Fundamental obliga a los funcionarios de la Administración del Estado a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que se les soliciten.

5.1. Jurisprudencia de la Contraloría General de La República

La Contraloría General de la República ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta materia, al menos respecto del Banco Central, señalando en sus dictámenes Nº 27.729, de 19 de noviembre de 1991¹³³ y Nº 28.091, de 13 de noviembre de 1992¹³⁴, que dicha entidad está afecta a la obligación de

131 Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

132 Ley Nº 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, de 17 de noviembre de 2001.

133 Disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>

134 Dictamen disponible en <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>.

informar prevista en los artículos 9° y 10 de Ley Nº 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, con la sola excepción de los antecedentes reservados referidos en el artículo 66 de ley Nº 18.840, Orgánica Constitucional de dicho banco. Ello, porque los artículos 9° y 10 citados aluden a los organismos de la Administración del Estado y el Banco Central forma parte de ella conforme al artículo 1° de Ley Nº 18.575, la que en cumplimiento del artículo 38 de la Constitución Política regula la organización básica de la misma.

Agrega la Contraloría que el hecho de que el Banco Central integre la Administración del Estado, no obstante su rango constitucional y la autonomía de que goza en virtud de la Carta Fundamental, se desprende del concepto amplio de Administración del Estado contenido en el artículo 1° de la Ley Nº 18.575.

La historia de esta ley, afirma, demuestra que el legislador concluyó que si bien la Constitución no define los conceptos de Administración Pública y Administración del Estado, ellos son unívocos, elaborándose dicho artículo 1° con un sentido amplio de esta última, de manera que comprende la totalidad de los organismos contemplados en la Constitución, exceptuados los relacionados con el Poder Judicial, Poder Legislativo, Consejo de Seguridad Nacional y Tribunal Calificador de Elecciones.

Añade el dictamen referido que a igual conclusión llega el Tribunal Constitucional, en sentencia de 2 de octubre de 1986, señalando que el artículo 38 de la Constitución emplea ambas expresiones como sinónimos y en su sentido más amplio y genérico, lo que no obsta a que determinados organismos o instituciones queden excluidos, en cuanto a su regulación específica, de esa Ley Orgánica Constitucional de Bases. Así, el artículo 90 de la ley Nº 18.840, que excluye al Banco Central de la aplicación, entre otras, de la ley Nº 18.575, no puede alterar el concepto de Administración del Estado y su estructura básica, que emana de la Carta Fundamental y se recoge en el artículo 1° de dicha ley, como tampoco podría entenderse que aquella norma habría modificado respecto de ese banco, otros conceptos fundamentales consagrados en la Constitución y también contemplados en el articulado de ley Nº 18.575, como son los principios de legalidad y subsidiariedad.

Por otra parte, se agrega, el Tribunal Constitucional al estimar que el artículo 38 de la Constitución emplea la expresión Administración del Estado en su sentido más lato y genérico, declaró constitucional el artículo 1° de la ley Nº 18.575, según el cual en esa disposición quedan comprendidos los organismos constitucionalmente autónomos, esto es, el Banco Central, las Municipalidades y la Contraloría General de la República. De manera que si los artículos 1° y 90 de la ley Nº 18.840 hubieran significado una alteración de dicho concepto, necesariamente el tribunal lo habría reparado por inconstitucional.

Expresó el organismo contralor que, de la historia del establecimiento de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, aparece que la mención a “los organismos de la Administración del Estado”, contenida en los preceptos que más tarde fueron los artículos 8°, 9° y 10 de la ley Nº 18.918, se dejó expresa constancia de que en tal frase quedaba comprendido el Banco Central. Además, la autonomía de los órganos públicos no solo no es inconciliable con el hecho de que ellos integren la Administración estatal, sino que, contrariamente, la expresa atribución de autonomía solo existe, en el contexto constitucional, respecto de organismos integrantes de dicha administración, puesto que bajo esa fórmula se trata justamente de resguardar la independencia de acción de esos entes frente a los poderes jurídicos del Presidente de la República para gobernar y administrar el Estado.

Se indica, por otra parte, que conforme al artículo 9° de la ley Nº 18.918, están exceptuados de la obligación de informar analizada, los antecedentes que por expresa disposición legal tengan el carácter de secretos o reservados, lo que precisamente sucede respecto de aquellos referidos en los artículos 1° y 66, inciso primero, de la ley Nº 18.840.

Finalmente, se estima que los artículos 1° y 2° de ley Nº 18.840, que excluye al Banco Central de la aplicación de las normas generales o especiales dictadas para el sector público, no puede servir de base para considerar que esa entidad no está obligada a cumplir el mandato del artículo 9° de la ley Nº 18.918, sobre todo cuando ese texto no regula al sector público, sino que fija normas sobre la función legislativa y las atribuciones del Congreso.

Adicionalmente, conviene destacar que en el año 2003 la Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo de la Biblioteca del Congreso Nacional elaboró un informe, en relación a una consulta del Presidente de la Comisión Investigadora Corfo-Inverlink, respecto de la comparecencia del Presidente del Banco Central ante órganos de dicha naturaleza.

En dicho informe, luego de hacer referencia a lo resuelto por la Contraloría General de la República en el dictamen N° 27.729, de 1991, y el dictamen de reconsideración N° 28.091, de 1992, a que nos hemos referido anteriormente, se sostiene que “La autonomía del Banco Central de Chile debe ser entendida solamente en relación a sus funciones y atribuciones constitucionales y legales como son la política monetaria y cambiaría y no al resto de las materias, como podría ser su naturaleza jurídica de órgano de la Administración del Estado, situación, esta última, que no obsta al hecho que el constituyente haya tratado de resguardarlo de los poderes jurídicos asignados al Presidente de la República para el gobierno y su administración. Asimismo, es claro que la complejidad del funcionamiento orgánico de este órgano permite concluir que existen diversos ámbitos no cubiertos por la mencionada autonomía, como podrían ser muchas de las actuaciones de sus funcionarios o directivos.”.

Se agrega que “Las Comisiones Investigadoras de la H. Cámara de Diputados tienen por finalidad recopilar antecedentes para su informe, que sirve a las facultades fiscalizadoras de dicha rama del Congreso Nacional. Para el cumplimiento de su fin, los miembros de las Comisiones necesitan escuchar a las personas que les puedan aportar información útil, hecho que sólo puede ser determinado por los dichos de quien es citado, quien por lo demás, a priori, no puede saber sí el tenor de las respuestas que deberá efectuar están sujetas a alguna restricción constitucional o legal.”.

A consecuencia de lo razonado en el citado documento, se concluye que el Presidente del Banco Central de Chile no puede excusarse de comparecer ante la Comisión Investigadora, en razón de la autonomía constitucional y legal de dicha entidad.

5.2. Autonomía constitucional en la doctrina

No obstante, las interpretaciones anteriores no son compartidas por una parte importante de la doctrina que sostiene que cuando la autonomía proviene de la Constitución trae como efecto el “excluir al órgano de la Administración Pública, con la serie de consecuencias que ello conlleva, entre las cuales tiene que destacarse, desde luego, que los órganos constitucionales autónomos no pueden ser fiscalizados por la Cámara de Diputados por no integrar en rigor el Gobierno”¹³⁵.

El profesor Miguel Ángel Fernández¹³⁶ advierte incluso que “lo obrado por la Ley de Bases, al incluir órganos constitucionalmente autónomos dentro de la Administración Pública, constituye una actuación inconstitucional, pues lesiona la autonomía que la Carta Fundamental asegura a los órganos tipificados con tal rasgo de independencia orgánica, funcional y procesal. En este sentido, puede comprenderse que lo haya hecho respecto de las Municipalidades, pues ellas serán calificadas como autónomas sólo tras la reforma constitucional de 1991, por lo que hoy el artículo 1° de la Ley de Bases en relación con tales Corporaciones debe entenderse derogado”.

Agrega el autor que “distinta es la situación del Banco Central, en virtud del artículo 90 de su Ley Orgánica Constitucional¹³⁷, donde se contiene una declaración innecesaria, ya que es la Constitución la que, directamente, ha dotado de autonomía al Consejo Nacional de Televisión, al Ministerio Público, a la Contraloría General de la República, al Banco Central y a las Municipalidades, no pudiendo privárseles o siquiera menoscabárseles dicho rasgo por la ley u otra norma jurídica de inferior jerarquía, sin que pueda dejar de tacharse tal precepto de contrario al Código Político.”.

135 ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Autonomías constitucionales e instituciones contramayoritarias (a propósito de las aporías de la “democracia constitucional”)”. Revista *Ius Et Praxis*, año 13, N° 2, pp. 236.

136 Ob. Cit. pp. 220-221.

137 Se trata de la ley N° 18.840, publicada en el Diario Oficial de 10 de octubre de 1989 y sus reformas. Dicha norma dispone, en su artículo 90, que la ley N° 18.575 no se aplicará al Banco Central.

El profesor Silva Cimma, en tanto, refiriéndose a los órganos constitucionalmente autónomos señala que “...se rigen por los preceptos de la Constitución Política, de la ley o leyes que los regulan y de la reglamentación interna que ellos mismos se den para los efectos de proveer a su funcionamiento. No existe relación alguna de subordinación, ni siquiera supervigilancia frente al Supremo Administrador del Estado puesto que la índole de sus funciones, esencialmente fiscalizadoras en el caso de la Contraloría y reguladoras bancarias en el caso del Banco Central, haría inconciliable con ellas la subordinación...”¹³⁸.

5.3. Discusión parlamentaria en la materia

En la misma línea pareció pronunciarse la Comisión de Constitución del H. Senado¹³⁹, en el estudio de la ley N° 20.050 que reformó la Carta Fundamental en el año 2005, al acordar una enmienda al número 1) del artículo 48 de la Constitución Política (actual artículo 52) que, entre otras materias, daría reconocimiento en el texto constitucional a las comisiones investigadoras. En ese documento se puntualizó que están sujetos a la labor fiscalizadora de la Cámara de Diputados solamente los actos de Gobierno, concepto que incluye las actuaciones de las empresas del Estado, así como de aquellas en que el Estado tiene participación mayoritaria y también a las Fuerzas Armadas. Por el contrario, dentro del “Gobierno” no estarían incluidos los particulares, los Gobiernos Regionales ni los Municipios, respecto de cuya fiscalización hubo consenso en que debía avanzarse, en el entendido de que ella nunca podrá tener un carácter político.

No obstante lo anterior, ese mismo acuerdo abre la puerta a una interpretación distinta ya que el informe de esa Comisión agregó que “Sobre esta materia, el H. Senador señor Larraín dejó constancia de que la reforma constitucional en estudio no altera la jurisprudencia habida en relación con estas instituciones¹⁴⁰”, la cual como hemos señalado se muestra más proclive a incluir, al menos al Banco Central dentro del concepto de Administración del Estado y, en consecuencia, sujeto a la fiscalización parlamentaria.

Al discutirse la modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional, para adecuarla a la reforma constitucional incorporada por la ley N° 20.050, la situación de los órganos constitucionalmente autónomos fue tratado a propósito de la solicitud de información que contemplan los artículos 9 y 9 A de dicho cuerpo legal y de las sanciones que acarrearía su incumplimiento, sin que existiera una interpretación única sobre el tema.

Los representantes del Ejecutivo insistieron durante la tramitación del citado proyecto que “el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y el Banco Central son órganos que, por la autonomía que les reconoce la Constitución Política...” quedaban excluidos del ámbito del artículo 9° de la Ley Orgánica del Congreso Nacional¹⁴¹.

Más adelante, el nuevo Ministro Secretario General de la Presidencia, José Antonio Viera-Gallo pidió dejar constancia en el informe de la Comisión Mixta, formada para resolver las discrepancia entre ambas Cámaras, que “sería dudoso que la Contraloría General de la República pueda sancionar al Banco Central o a otros entes de carácter autónomo en caso que no entreguen información. Agregó que la Cámara de Diputados sólo puede fiscalizar los actos del Gobierno, mas no a la Contraloría General de la República, al Banco Central ni a los municipios....Si el Senado pide una información y el Banco Central no se la envía, la Contraloría General de la República no puede imponerle una sanción a un órgano constitucionalmente autónomo. La Contraloría sólo podría sancionar a los organismos públicos que no tienen dicha autonomía. Propuso excluir del ámbito de aplicación del inciso primero del artículo 9° a la Contraloría General, al Banco Central y a las Municipalidades.”.

138 SILVA CIMMA, Enrique: Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, 1995. pp. 170-171

139 Historia de la ley N° 20.050, pp. 466-467. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20050/HL20050.pdf>

140 *Ibidem*

141 Ministra Secretaria General de la Presidencia, Paulina Veloso, en la discusión del “Nuevo Segundo Informe” de la Comisión de Constitución del Senado, p. 336. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

Finalmente, pidió dejar establecido en el informe su opinión en el sentido de que si el organismo de la Administración del Estado que es constitucionalmente autónomo se niega a entregar la información solicitada de conformidad a este precepto, dicha conducta no debiera dar origen a la aplicación de una sanción¹⁴².

Los parlamentarios, sin embargo, no concordaron con la posición del Ministro. En efecto, a vía de ejemplo, destacamos que el entonces Senador Andrés Chadwick¹⁴³ recordó que el artículo 9°, en su actual redacción, se refiere a los organismos de la Administración del Estado, incluyendo a los entes autónomos mencionados y que la Ley del Congreso Nacional permite solicitar antecedentes e informes a dichas instituciones.

El Senador Alberto Espina, por su parte, expresó que aún tratándose de determinados organismos autónomos existe justificación constitucional para solicitar antecedentes o informes¹⁴⁴. A modo de ejemplo, se refirió al evento de actuar como jurado en una acusación constitucional en contra de Ministros de la Corte Suprema o de Cortes de Apelaciones. En estos casos, explicó, es perfectamente posible que, para resolver con justicia y ejercer adecuadamente esa función, se necesite información que está en poder de los tribunales. En ese caso, continuó, parece razonable que el Parlamentario o el Senado, antes de resolver una acusación constitucional, solicite que se les remitan antecedentes para acreditar la efectividad de la información en que se basa la acusación.

En el caso del Ministerio Público, agregó, ocurre una situación análoga. Durante la discusión de una iniciativa legal referida a delitos, afirmó, normalmente aparece la necesidad de pedir a esta entidad que informe, por ejemplo, sobre estadísticas de delitos cometidos u otros antecedentes relacionados con los mismos. Estos datos, dijo, suelen ser esenciales para legislar adecuadamente. No se trata, aclaró, de interferir en investigaciones en curso o en causas pendientes, porque el Congreso o los Parlamentarios no pueden pretender intervenir en investigaciones o juicios que están en marcha.

En relación con el Banco Central sucede lo mismo, afirmó. Si un proyecto de ley persigue modificar la legislación del Banco Central o si se decidiera elaborar un proyecto de ley que incida en el ámbito de las funciones de ese organismo, es preciso disponer de la información que el propio Banco Central tiene sobre las respectivas materias.

Recordó, además, que si la información solicitada ha sido calificada de reservada o secreta, la misma Ley Orgánica del Congreso Nacional contempla un procedimiento para que se remitan los antecedentes asegurando mantener ese carácter.

Tan distantes estaban las visiones de los representantes del Ejecutivo con los Parlamentarios que durante la tramitación del Nuevo Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, la unanimidad de los miembros de la Comisión había consagrado en los artículos 9° y 10 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional que estarían obligados por esas normas la totalidad de los órganos del Estado y no sólo a aquellos que integran la Administración del mismo.

Asimismo, se había acordado diferenciar en cuanto a las sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por estas normas a los órganos constitucionalmente autónomos que no forman parte de la Administración del Estado. En relación a ellos, se había establecido que dicho incumplimiento podría constituir antecedente para hacer efectivas las responsabilidades pertinentes. La escala de sanciones consagrada en el artículo 10 sería aplicable a los organismos que integran la Administración del Estado, entendiendo por tales a aquellos considerados por el artículo 1° de la Ley Orgánica sobre Bases Generales de la Administración, además de las empresas del Estado y aquéllas en que éste tiene participación mayoritaria.

Si bien es cierto, el texto final fue cambiando durante su tramitación jamás se pudo consensuar un

142 Historia de la ley N° 20.447 que introduce en la ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley N° 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, p. 576 y ss. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

143 *Ibidem*

144 Historia de la ley N° 20.447. Discusión del “Nuevo Segundo Informe” de la Comisión de Constitución del Senado, p. 336-337 Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

criterio unívoco en la materia debido a la gran heterogeneidad de interpretaciones. Nunca quedó claro si el legislador, como cuerpo, al margen de las opiniones vertidas durante su discusión, consideraba que los órganos constitucionalmente autónomos podían ser fiscalizados por la Cámara de Diputados, si solamente tenían el deber de proporcionar la información requerida o se encontraban exceptuados de dichas obligaciones.

En definitiva, se perdió una buena posibilidad de clarificar estos temas con el fin de evitar interpretaciones contradictorias.

5.4. Distinción entre fiscalización y petición de información

A mi juicio, para abordar esta situación se debe distinguir entre las solicitudes de información y la fiscalización de los actos del gobierno que, por mandato constitucional, se atribuye a las Comisiones investigadoras.

Respecto de las solicitudes de información contempladas en los artículos 9° y 9° A de la Ley Orgánica del Congreso Nacional parece claro que los órganos constitucionalmente autónomos se encuentran obligados a proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados, no sólo porque así lo confirma la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República o por el empleo de un concepto amplio de Administración del Estado en la Ley de Bases, sino que, además, el artículo 8° de la Carta Fundamental es tajante al declarar que “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como los fundamentos y procedimientos que utilicen”, de manera que sólo una ley de quórum calificado puede establecer la reserva o secreto en el evento de que la publicidad afectare el cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Sin embargo, me parece que no resulta procedente que la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades sean fiscalizadas por la Cámara de Diputados. Ello, porque aunque estos órganos constitucionalmente autónomos puedan considerarse parte de la Administración del Estado, como expresamente lo establece la Ley de Bases, no cabe incluirlo dentro del concepto de “Gobierno” que establece la Constitución Política de la República y que marca el límite de la labor fiscalizadora de la Cámara Baja.

En este sentido, comparto con Miguel Ángel Fernández¹⁴⁵ que “El Gobierno es el conjunto de órganos que se vinculan con el Presidente de la República, a los cuales corresponden las funciones política, administrativa y ejecutiva, en la forma prescrita por la Constitución y las leyes.”.

El concepto de Gobierno es predicable sólo de ese conjunto orgánico y no susceptible de ser extendido a las demás entidades estatales que cumplen funciones diversas. Sitúanse aquí no sólo las funciones Legislativas y Judicial, sino que también los órganos constitucionales con potestades jurisdiccionales, en su vertiente electoral y constitucional; el Consejo de Seguridad Nacional; y los entes que la Carta Fundamental caracteriza como autónomos, esto es, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, el Banco Central y las Municipalidades, todos los cuales dan origen a nuevas funciones del Estado, coherentes con la complejidad y variedad de un Estado propio de la sociedad contemporánea.

145 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel: “Acerca del concepto de gobierno y hacia una nueva división de funciones”, Revista de Derecho, Universidad de Concepción, vol. LXV (1997) N° 202, pp. 85-103.

6. TESTIMONIO DE LOS PARTICULARES

El artículo 56 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional dispone que “si fuere estrictamente necesario para el resultado de la investigación, por acuerdo de la mayoría de los miembros, se podrá recabar el testimonio de particulares o requerirles los antecedentes que se estimen pertinentes y necesarios para el cumplimiento del cometido de la comisión especial investigadora”.

La misma disposición expresa que “El testimonio de los particulares y la proporción de los antecedentes solicitados será voluntario¹⁴⁶”.

Conviene destacar que existe una mayoría cualificada para requerir el testimonio de un particular ya que la regla general en materia de citaciones es de un tercio de los miembros de la Comisión, quórum que en este caso se eleva a la mayoría de los integrantes de la misma.

En este punto específico, me parece que la legislación chilena contiene una deficiente regulación.

Si bien es clara la opción del legislador chileno en orden a que el objeto de las comisiones investigadoras es “reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno” y, en consecuencia, quedan excluidos los temas privados aunque tengan interés público¹⁴⁷, y que la comparecencia de los particulares, su declaración y la entrega de los antecedentes que les sean solicitados queda entregado a su entera voluntad, estimo que dicha regla no puede ser absoluta y deberían establecerse excepciones respecto de aquellas personas que conocieron de los hechos investigados o participaron en los mismos aunque al momento de la investigación parlamentaria no se encuentren ejerciendo una función pública¹⁴⁸.

Si deseamos que las Comisiones investigadoras tengan un mínimo de eficacia en el trabajo que realizan se hace imprescindible, en primer lugar, establecer la obligación de comparecer a aquéllas personas que, sin ser funcionarios públicos, sean citados en razón de los hechos en que participaron o conocieron en el ejercicio de una función pública, al menos hasta que haya transcurrido un período razonable desde que hayan cesado en el ejercicio de tales cargos. La misma obligación debería establecerse para todos aquellos particulares que intervinieron o tengan conocimiento de los asuntos investigados aun cuando nunca hayan tenido la calidad de servidores públicos.

Debo hacer notar que en Chile la acusación en juicio político o “impeachment”, que es una herramienta establecida por la Constitución para hacer efectivo el principio de responsabilidad constitucional de determinadas autoridades, como son el Presidente de la República, los ministros de Estado, los

146 En Perú, al igual como ocurre en España, los particulares se encuentran obligados a comparecer. El artículo 88, letra b) del Reglamento del Congreso peruano señala que “Las autoridades, los funcionarios y servidores públicos y cualquier persona, están en la obligación de comparecer ante las Comisiones de Investigación y proporcionar a éstas las informaciones testimoniales y documentarias que requieran.”.

147 En Alemania Studenroth, se manifiesta contrario a que las Comisiones intervengan directamente en el ámbito privado al señalar que “para la aclaración de lesiones jurídicas en el ámbito privado están llamados y preparados las administraciones y los tribunales. No es justificable un control sobre estas a través del Parlamento. El control de la legalidad de los comportamientos privados no corresponde al Parlamento. No es admisible constitucionalmente en base al principio de división de poderes” y que “el derecho de investigación parlamentario es en primer lugar un instrumento de lucha política en manos de la oposición parlamentaria. Las personas privadas no deben convertirse en instrumentos en el marco de la confrontación (partidista) política” para concluir diciendo que “el establecimiento de una comisión de investigación, que tenga por fin el de aclarar circunstancias privadas, para extraer de ella en todo caso capital político, es inadmisibles debido a la falta de una competencia que llegue a tanto del Bundestag. El artículo 44 permite por el contrario la investigación indirecta de hechos privados, cuando esta represente un ineludible presupuesto para alcanzar un fin de investigación admisible...tal limitación de las investigaciones parlamentarias en el ámbito privado deja por una parte suficiente espacio al Bundestag para el ejercicio efectivo de sus funciones constitucionales y origina por otra una protección lo más grande posible y exigida jurídico constitucionalmente de los intereses privados y de los derechos fundamentales”. Citado en Torres Muro, ob. cit. pp. 81-82.

148 Alan Bronfman estima que no pueden considerarse particulares o sujetos privados aquellos en los que el Estado tiene participación, sea en su administración o propiedad, o porque desarrolla una función pública encomendada por el Estado Un aspecto complejo de esta cuestión es la actividad de fomento. En Alemania, por ejemplo, el fomento de la empresa privada con dinero público ha sido utilizado como argumento para defender la legitimidad de crear comisiones de investigación sobre sujetos privados. BRONFMAN VARGAS, Alan: “Las Comisiones Parlamentarias y el ejercicio de las facultades fiscalizadoras”. Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXIV, 2003, pp. 105-153.

magistrados de los tribunales superiores de justicia, el Contralor General de la República, los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, los intendentes regionales, los gobernadores provinciales y la autoridad que ejerce el Gobierno en los territorios especiales correspondientes a Isla de Pascua y al Archipiélago Juan Fernández, puede interponerse no sólo mientras el afectado está en funciones sino que en los seis meses siguientes a la expiración en el cargo, en el caso del Presidente de la República, o en los tres meses siguientes respecto de los demás. Ello denota un contrasentido, ya que no parece coherente que sea factible presentar una acusación constitucional, por ejemplo, en contra de un Intendente Regional hasta tres meses después de que haya dejado el cargo, pero que no pueda ser obligado a comparecer ante una Comisión investigadora ni siquiera durante ese mismo período¹⁴⁹.

Por otra parte, resulta evidente y comprobable en la práctica, que los actos que afectan a la probidad pública o la negligencia inexcusable, se descubren y se conocen sólo una vez que han transcurrido plazos bastante más prolongados que los que, como se señaló, consagra la Constitución para el juicio político.

Lamentablemente este tema no fue advertido con claridad durante la reforma a la Constitución Política de la República realizada por la ley Nº 20.050, de 2005.

En la discusión de la modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en tanto, esta materia sólo fue planteada en la Cámara de Diputados durante el tercer trámite constitucional, surgiendo la idea de incorporar un nuevo inciso al artículo 56, con el fin de hacer obligatoria la asistencia de ex funcionarios públicos a las citaciones que se les efectúen respecto de hechos o antecedentes que digan relación con el ejercicio de una función pública, hasta por un período determinado no superior a los cuatro años, bajo apercibimiento de ejercer acción por desobediencia en su contra. La falta de comparecencia se sancionaría con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales que establece el artículo 496 del Código Penal.

Como reglamentariamente no corresponde incorporar nuevas disposiciones en el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados procedió a rechazar las enmiendas del Senado al citado artículo 56, de manera de poder discutir esta nueva idea en el trámite de Comisión Mixta.

En dicho trámite se tuvo presente que, de conformidad a lo que dispone el artículo 52, letra c), número 1), de la Constitución Política, sólo están obligados a comparecer ante las Comisiones investigadoras los Ministros de Estado, los funcionarios de la Administración del Estado y el personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, razón por la que se estimó que no correspondería establecer que particulares, independientemente de la función que cumplieron, estén obligados a comparecer ante las referidas comisiones. Teniendo en consideración estos antecedentes, se decidió retirar esa proposición.

Resulta esperable que esa preocupación, mostrada tardíamente, pueda ser retomada en un futuro cercano y se considere una modificación constitucional para los efectos de incorporar a estas personas entre los obligados a comparecer a las comisiones investigadoras.

7. INCOMPARECENCIA ANTE UNA COMISIÓN INVESTIGADORA

En Chile no existe sanción específica por la falta de comparecencia a las Comisiones especiales investigadoras. El proyecto originalmente aprobado en el Congreso Nacional, durante la tramitación de

149 Así ocurrió en la Comisión investigadora creada por la Cámara de Diputados de Chile para investigar las responsabilidades políticas y administrativas derivadas del presunto fraude realizado por medio de pagos injustificados por proyectos inexistentes en el Gobierno Regional de Valparaíso, constituida con fecha 20 de mayo de 2010, cuyo informe fue entregado para su análisis por el Pleno el 14 de septiembre del mismo año. La Comisión carecía de facultades para citar a la principal autoridad de la Región en el momento en que ocurrieron los hechos investigados y sólo pudo contar con su testimonio producto de la buena disposición del ex intendente que compareció voluntariamente ante la Comisión.

la ley Nº 20.447, contemplaba expresamente en el artículo 54 que, en el caso de incumplimiento de la obligación de comparecer y suministrar en forma veraz y completa los antecedentes y las informaciones que les sean requeridos por las Comisiones investigadoras, se aplicarían las sanciones establecidas en el artículo 10 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional.

La citada norma fue producto de una indicación del Senador señor Baldo Prokurica, durante la discusión del segundo informe de la Comisión de Constitución del Senado, cuyo fundamento radicaba en el hecho de que en las normas aprobadas en la discusión general de este nuevo Título, que regula a las Comisiones especiales investigadoras, se observaba un vacío en cuanto no se establecía sanción al incumplimiento de los deberes de comparecer y suministrar antecedentes por parte de las personas mencionadas en el inciso primero del artículo 54.

Se hizo notar que, en cambio, para los casos de incumplimiento de los deberes que impone el artículo 9° de esta misma ley¹⁵⁰ se había previsto, en el artículo 10°, un conjunto de medidas, procedimientos y sanciones que era dable replicar en esta disposición.

La unanimidad de los miembros de la Comisión concordó con el planteamiento señalado. El Ejecutivo, por su parte, no formuló reparos ni observaciones.

El referido artículo 10, en el texto despachado por el Congreso Nacional, contemplaba como sanción una multa, que sería aplicada por la Contraloría General de la República, equivalente a un tercio, media o una remuneración mensual del infractor, la que sería el doble en caso de reincidencia.

Lamentablemente, por razones que no tenían que ver específicamente con la necesidad de establecer una sanción para las personas que no comparecieran a una citación de Comisión especial investigadora o que asistiendo faltaren a la verdad en sus declaraciones, ni la disposición contenida en el artículo 54 ni tampoco la del artículo 10 fueron incorporadas en el texto definitivo de la ley.

En efecto, la frase final del inciso primero del artículo 54 disponía que “tratándose de Ministros de Estado, podrán hacerse efectivas las responsabilidades correspondientes”. El alcance de esta frase generó el temor del Ejecutivo de que se estuviera creando una nueva causal de responsabilidad para los Ministros de Estado, lo cual le llevó a presentar un veto a este primer inciso del artículo, proponiendo una nueva redacción.

La observación del Ejecutivo suprimía en el inciso primero las expresiones “en forma veraz y completa” con que se calificaba la entrega de los antecedentes e informaciones, por considerarlo algo obvio, y agregaba que debía tratarse de antecedentes que se encuentren a disposición de quien los entrega. Asimismo, hacía aplicables las sanciones señaladas en el artículo 10 en caso de incumplimiento por parte de los funcionarios de la Administración del Estado y eliminaba la referencia a la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad de los Ministros de Estado por no ser éste el medio para ello.

Este veto fue rechazado por la Cámara de Diputados que insistió en el texto despachado por el Congreso Nacional. El Senado, si bien rechazó el veto, no tuvo el quórum para insistir en la norma aprobada originalmente, razón por la cual no hubo ley en esa parte.

A lo anterior, debemos sumar el hecho de que el artículo 10 referido anteriormente, al cual se remitían las sanciones por la falta de comparecencia, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional debido a que estimó que dicho precepto no contemplaba un procedimiento suficiente y adecuado que permitiera al afectado una debida defensa de sus derechos, en sede administrativa, en forma previa a la imposición de la sanción que se establecía¹⁵¹.

150 Como hemos visto, el artículo 9 de la ley Nº 18.918 regula la obligación que tienen los organismos de la Administración del Estado y las entidades en que el Estado participe o tenga representación en virtud de una ley que lo autoriza, que no formen parte de su Administración y no desarrollen actividades empresariales, de proporcionar los informes o antecedentes específicos que les sean solicitados por las comisiones o por los parlamentarios debidamente individualizados en sesión de Sala o de comisión.

151 Sentencia disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1376>

El Tribunal manifestó que resultaba evidente, por lo tanto, que el Legislador había dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, en el sentido de dictar las normas tendentes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentran comprendidos en la situación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10, determina que sean sancionados.

Al declararse inconstitucional la citada disposición, se mantuvo la vigencia del artículo 10 contemplado originalmente en la Ley Orgánica del Congreso Nacional, que no aborda la situación referida y se limita a establecer la responsabilidad del Jefe Superior del organismo de la Administración del Estado, sancionándole con una multa equivalente a una remuneración mensual por su falta de comparecencia, o la de los funcionarios de su dependencia, a la citación de una comisión de alguna de las Cámaras.

En resumen, la legislación chilena se ha quedado sin una norma que sancione específicamente la falta de comparecencia a las Comisiones de investigación, hecho que necesariamente debe ser remediado en una futura reforma legislativa¹⁵² - ¹⁵³.

8. FALSO TESTIMONIO PRESTADO ANTE UNA COMISIÓN INVESTIGADORA

En Chile, como he señalado, no existe sanción específica por la falta de comparecencia a una Comisión de investigación y, mucho menos, alguna norma que tipifique un delito por el falso testimonio prestado ante ellas, con lo cual se puede comparecer y no tener sanción alguna aunque se omita información importante o se mienta en las declaraciones efectuadas¹⁵⁴.

Resulta indispensable, a mi juicio, avanzar en mecanismos que hagan eficaz el trabajo de las Comisiones Investigadoras y, entre esas medidas, deberían establecerse fuertes sanciones para quienes falten a la verdad en sus declaraciones ante estos órganos de investigación.

152 En España, nos encontramos con una situación diametralmente opuesta ya que las sanciones por esta falta de comparecencia son reguladas incluso en sede penal. En efecto, el artículo 502.1 del Código Penal, dispone que “los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de Investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”. El delito de desobediencia se regula en el artículo 556 del mismo Código en el que se establece la pena de prisión de seis meses a un año para quienes sin cometer el delito de atentado “resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones”.

153 En Estados Unidos, en caso de que el testigo no se presente a deponer o a entregar documentos que le hayan sido requeridos, la comisión está autorizada para reportar la rebeldía del mismo a la cámara que corresponda. En el caso de las subcomisiones, estas se reportan a la comisión respectiva, la que puede rechazarlo, aceptarlo pero no reportarlo o aceptarlo y reportarlo a su vez al pleno de la cámara para tomar las acciones que correspondan. Si se aprueba la resolución de rebeldía, la cámara tiene variadas opciones para ejecutarla, ya que existen tres procedimientos para ello:

El procedimiento “civil” establecido en la sección 288d del U.S. Code, sólo aplicable por el Senado y que no afecta a los funcionarios de la Administración; El procedimiento “criminal”, consagrado en las secciones 192 al 194 del mismo cuerpo legal. En él, después de la resolución que declara la rebeldía, el presidente de la cámara deberá reportar el caso al Fiscal General, quien tiene la obligación de someterlo a Gran Jurado; y El procedimiento “inherente”, establecido jurisprudencialmente, en que la persona citada es detenida por el Sargento de Armas de la Cámara o el Senado, presentada ante la sala de la cámara respectiva y compelida a responder las preguntas del presidente, tras lo cual queda sujeto a una pena o bien se le libera de la citación. No ha sido usado en más de 75 años.

Las penas establecidas para este delito (Contempt of Congress) son prisión no inferior a un mes ni superior a doce meses y una multa mínima de \$100 dólares ni más de \$1.000 (sección 192 del U.S. Code).

En Perú, en caso de que el citado no se presente al primer llamado de la Comisión, el Juez podrá dictar a solicitud expresa de la Comisión, orden de captura contra el citado, a fin de hacer efectivo el requerimiento de la Comisión Investigadora.

Al hacerse efectiva la orden de captura, la Policía Nacional del Perú pondrá al detenido a disposición del Juez Penal de Turno e informará inmediatamente por cualquier medio al Presidente de la Comisión investigadora para que, bajo responsabilidad, en un plazo no mayor de 24 horas se realice la sesión donde proporcione el testimonio requerido. (Artículo 88, letra d) Reglamento del Congreso).

154 En España existe el deber de ser veraz. En efecto, el artículo 502 del Código Penal, en su apartado 3, dispone que “el que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses”.

Esta preocupación ya fue manifestada por algunos parlamentarios chilenos en la tramitación de la ley Nº 20.447, que introdujo en la ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la nueva normativa constitucional.

En el segundo informe elaborado por la Comisión de Constitución del H. Senado¹⁵⁵, al analizarse el actual artículo 54 de la Ley Orgánica del Congreso Nacional, el Senador señor Baldo Prokurica consideró necesario contemplar la obligación de decir verdad para todas las personas que comparezcan a estas comisiones y para los Parlamentarios a quienes les corresponda participar. Sostuvo que era necesario evitar situaciones tales como, por ejemplo, la de un Ministro de Estado que, habiendo sido citado, comparece y falta a la verdad en sus declaraciones, sin asumir ninguna responsabilidad posterior.

Opinó que esta es la razón por la cual estas investigaciones han perdido toda relevancia y es la base de las falencias que demuestran las comisiones en estudio, cuyo trabajo frecuentemente no conduce a destino alguno.

La Senadora señora Soledad Alvear recordó su experiencia como Secretaria de Estado y manifestó que le costaba visualizar el caso de un Ministro que faltara a la verdad ante una instancia investigadora de este tipo.

El Senador señor Pedro Muñoz acotó que siempre debe presumirse la buena fe, aun cuando en el caso de Ministros que disponen de información muy sensible cabría entender que tengan algún grado de cuidado y de reserva.

El Presidente de la Comisión, Senador señor José Antonio Gómez, concordó con la conveniencia de establecer la obligación de no faltar a la verdad, aun cuando el artículo 8° de la Carta Fundamental obliga a los titulares de las funciones públicas a observar el principio de probidad en todas sus actuaciones.

La Ministra Secretaria General de la Presidencia señora Paulina Veloso compartió el criterio general de establecer la obligación de decir verdad, contemplándolo de una manera extensiva, que abarque tanto a quienes sean citados cuanto a los Parlamentarios que participen en esta labor. Sugirió incluso señalar que el incurrir en una falta a la verdad, ameritará las sanciones que establezca la ley.

En definitiva, en forma unánime, se resolvió acoger la enmienda consistente en establecer el deber de decir verdad para la totalidad de las personas que participen en la labor de las comisiones investigadoras, sea porque sean citadas o porque se trate de Parlamentarios¹⁵⁶.

El Pleno de la Cámara Alta pidió un nuevo segundo informe a la Comisión de Constitución del Senado, donde se retomó la discusión de esta materia. En esa ocasión el Senador señor Alberto Espina estimó que la norma propuesta en el segundo informe podría ser cuestionada por resultar contradictoria con el principio largamente aceptado en nuestro orden penal en el sentido de admitir que el declarante no se autoinculpe. Incluso, agregó, se acepta que el inculpado cambie los términos de su declaración y que no sea obligado a inculpar a ciertos parientes. Por esta razón, de mantenerse esta obligación de decir verdad, sostuvo que convendría dejar constancia, para los efectos de la historia fidedigna de la ley, que ello no afectará el ejercicio posterior de los derechos del declarante en un eventual proceso penal. Alternativamente, planteó establecer que la declaración que se preste ante las comisiones investigadoras no constituirá antecedente para la tipificación del delito de perjurio.

155 Historia de la ley Nº 20.447 que introduce en la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional las adecuaciones necesarias para adaptarla a la ley Nº 20.050, que reformó la Constitución Política de la República, pp. 31 y ss. Disponible en <http://www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010>

156 El texto del inciso primero del artículo 54 despachado por la Comisión de Constitución quedó, en consecuencia, redactado de la siguiente manera: "Artículo 54.- Las comisiones especiales investigadoras podrán citar a sus sesiones a los Ministros de Estado, a los funcionarios de la Administración del Estado, al personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, quienes estarán obligados a comparecer y a suministrar los antecedentes y las informaciones que les sean requeridos por aquéllos y que se refieran a su cometido. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 10. Sin perjuicio de lo anterior, todos quienes participen en el desempeño de estas comisiones estarán obligados a decir verdad."

El Senador señor Baldo Prokurica enfatizó la importancia de asegurar que las declaraciones prestadas ante las mencionadas comisiones sean serias y veraces. De lo contrario, conjeturó, la nueva normativa frustrará los objetivos que se buscan.

Expuso que si bien, a lo menos en el caso de los funcionarios públicos, existe la obligación de decir verdad, frecuentemente se ha constatado que ello no se cumple, con lo cual se desvirtúa el trabajo de estas comisiones, que representan una función muy relevante del trabajo del Parlamento.

Como solución, el Senador señor Hernán Larraín propuso reemplazar la obligación de decir verdad por la exigencia de que los antecedentes e informaciones requeridos por las comisiones especiales investigadoras se suministren “en forma veraz y completa”. Esta proposición fue acogida por los restantes miembros de la Comisión¹⁵⁷.

Una vez aprobado el proyecto por el Congreso Nacional, la Presidenta de la República, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución Política, presentó un veto que, entre otras disposiciones, pretendía modificar el citado artículo 54. En ese veto, se eliminaron del texto que había despachado el Congreso Nacional, las expresiones “en forma veraz y completa”, referidas a la información y antecedentes que deben entregar las personas obligadas a comparecer ante las comisiones investigadoras debido a que el Gobierno las consideró una obviedad. Ese veto fue rechazado tanto por la Cámara de Diputados como por el Senado, sin embargo, en esta última Cámara no se reunió el quórum para insistir en el texto aprobado por el Parlamento.

Se trata de una materia susceptible de perfeccionarse, ya que es posible que quienes comparecen a este tipo de comisiones caigan en la tentación de mentir porque saben que ello no les traerá consecuencia alguna. Incluso, muchas veces se puede utilizar esta “tribuna” para desviar la atención de la opinión pública hacia otros temas o para intentar atenuar responsabilidades posteriores ante la justicia ordinaria al suponer que una conclusión favorable a sus intereses en una Comisión investigadora podría servir como elemento de presión para la resolución que pueda adoptar en el futuro algún magistrado que investigue responsabilidades penales derivadas de los mismos hechos.

Entiendo el objetivo de los parlamentarios en orden a intentar mantener las expresiones “veraz y completa” en el texto final del artículo 54 ya referido. Sin embargo, me parece de gran ingenuidad creer que el uso de aquellos vocablos podría producir algún efecto jurídico relevante o siquiera inducir a decir verdad a quienes presten su declaración. Mientras no exista una norma que sancione el falso testimonio, la veracidad de las declaraciones quedará entregada a la buena fe y honestidad del declarante.

La figura que sancione el falso testimonio debería incluir a todos quienes presten declaración ante una Comisión de investigación y no sólo a quienes tienen el deber de comparecer. Si alguna persona decide concurrir voluntariamente a brindar su testimonio, lo mínimo que puede exigírsele es que diga la verdad y no haga perder el tiempo ni entorpezca el trabajo de un órgano tan importante como lo es la Cámara de Diputados que cumple una labor fundamental en la fiscalización de actos que pudieran significar abusos de poder.

Los derechos de las personas que declaran están suficientemente protegidos por las normas vigentes. Ello no sólo porque están facultadas para no hacerlo cuando les afecten ciertos motivos personales, razones de secreto o cuando su testimonio implique autoincriminarse, conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal, sino porque, además, siempre existe como límite para el trabajo de estas Comisiones el respeto de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza a todas las personas.

157 En consecuencia el texto presentado al Pleno para su aprobación fue despachado en este nuevo segundo informe en los siguientes términos: “Artículo 54.- Las comisiones especiales investigadoras podrán citar a sus sesiones a los Ministros de Estado, a los funcionarios de la Administración del Estado, al personal de las empresas del Estado o de aquéllas en que éste tenga participación mayoritaria, quienes estarán obligados a comparecer y a suministrar en forma veraz y completa los antecedentes y las informaciones que les sean requeridos y que se refieran a su cometido. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, se aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 10. Tratándose de Ministros de Estado, podrán hacerse efectivas las responsabilidades correspondientes.”.

CONCLUSIONES

Resulta muy relevante y digno de valorar que en Chile se hayan incorporado en la Constitución Política de la República y en la Ley Orgánica del Congreso Nacional las Comisiones especiales investigadoras, instancia que, bien regulada, puede significar un gran avance en materia de control del Gobierno.

Entre sus virtudes cabe mencionar el quórum requerido, tanto para su creación, como para el despacho de citaciones y la solicitud de antecedentes, ya que permite que una minoría cualificada pueda controlar al Gobierno. Con esto se resuelve uno de los principales obstáculos que se presentan cuando en la Cámara de Diputados la mayoría política es de la misma tendencia que aquél.

Estimo, además, que fue una buena decisión optar por establecer las potestades que tendrán estas Comisiones en el desarrollo de su investigación a través de normas especiales y no asimilarlas a las que tiene la autoridad judicial. Los fines de unos y otros órganos son distintos, de manera que se debe evitar cualquier confusión sobre sus atribuciones. Las Comisiones investigadoras “no son instituciones judiciales sino escenarios para la acusación y la defensa de un juicio que sólo el pueblo puede emitir¹⁵⁸”.

En particular, la expresa mención de la obligación que tiene el personal de las empresas del Estado o de aquellas en que éste tenga participación mayoritaria, de comparecer a este tipo de Comisiones cuando fueren requeridos por ellas, es muy positiva ya que evitará problemas interpretativos respecto de empresas tan relevantes como la Corporación Nacional del Cobre, Televisión Nacional de Chile o el Banco del Estado, que durante muchos años se negaron a proporcionar la información solicitada por la Cámara de Diputados.

No obstante lo anterior, considero que existen algunas materias que son susceptibles de ser perfeccionadas, de manera de poder aumentar la eficacia de su trabajo.

Si bien se puede compartir la opción del legislador chileno en orden a que el objeto de las comisiones investigadoras sea el reunir informaciones relativas a determinados actos del Gobierno y que, en consecuencia, queden excluidos los temas privados aunque tengan interés público, ello no debería impedir que sea obligatoria la comparecencia, declaración y entrega de los antecedentes solicitados a todas las personas que conocieron de los hechos investigados o participaron en los mismos aun cuando al momento de la investigación parlamentaria no estén ejerciendo una función pública.

Adicionalmente, creo necesario estudiar una reforma legislativa que sancione en Chile a quienes estando obligados a comparecer no concurren a las citaciones de las Comisiones especiales investigadoras por causas que les sean imputables.

Junto con contemplar las medidas para asegurar la comparecencia de las personas que pueda requerir la Comisión, sería aconsejable establecer sanciones para quien se niegue a prestar una declaración o, al hacerlo, incurra en falso testimonio. Esta es la única manera de poder obtener una cierta seguridad de que las informaciones y antecedentes proporcionados serán veraces.

Otro tema en que resulta necesario avanzar dice relación con la necesidad de regular convenientemente la situación de los órganos constitucionalmente autónomos, de manera que, respetando la autonomía que les ha concedido la Carta Fundamental, tengan una adecuada fiscalización.

Sería deseable que el legislador clarifique su opción en esta materia y defina si su objetivo es permitir que la Cámara de Diputados pueda fiscalizar a estos órganos con autonomía constitucional u optará por impulsar otros mecanismos de control que posibiliten compatibilizar su autonomía con una eficiente fiscalización de los mismos.

Para finalizar este trabajo, sólo nos queda exponer un par de reflexiones.

La evaluación que se haga de la labor que desarrollan las Comisiones investigadoras no puede perder de vista que se trata de un control político, un control que no siempre incluye una sanción pero que,

158 RUBIO LLORENTE, Francisco: ob. cit. p. 258.

sin embargo, tiene la capacidad potencial de poner en marcha sanciones indirectas o posteriores. Se trata, pues, de un control cuya efectividad descansa, más que en sanciones inmediatas o presentes, en la esperanza de sanciones mediatas o futuras que el ejercicio del control podría desencadenar¹⁵⁹. De esta manera, lo que se persigue no es la destitución o remoción del gobierno, sino fiscalizar y controlar las áreas en las que éste interviene, con el fin de evidenciar sus errores por acción u omisión. En definitiva, se trata de desgastar la imagen del gobierno para ofrecer un proyecto alternativo.

No cabe duda, por otra parte, que en Chile se ha avanzado con la reforma constitucional del año 2005, y la posterior modificación a la Ley Orgánica del Congreso Nacional, en el objetivo de que el Parlamento esté dotado de mayores y mejores instrumentos de control, pero ello conlleva, a su vez, una mayor responsabilidad parlamentaria al momento de ponerse en práctica estas atribuciones, ya que el límite entre el ejercicio legítimo de las mismas y el mal uso o el aprovechamiento político de ellas puede ser muy fino y fácilmente traspasable.

Es imprescindible desarrollar una cultura política en los parlamentarios y en la ciudadanía, que eduque en la facultad de fiscalización como una herramienta de contrapeso al poder del Gobierno y no como instrumento generador de desequilibrio político que lleve al socavamiento de las bases institucionales.

159 ARAGÓN REYES, Manuel: ob. cit. p. 18.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel. (1986). "El control parlamentario como control político", en Revista de Derecho Político, Nº 23, Madrid, pp. 9-39.

ARAGÓN REYES, Manuel. (2008). "Democracia y Parlamento", en Revista catalana de dret públic, Nº 37, PP. 129-155.

ARCE JANÁRIZ, Alberto. (1997). "Las Comisiones de Investigación en las Asambleas Autonómicas tras la aprobación del nuevo Código Penal", Corts. Anuario de Derecho Parlamentario, Nº 3, Publicaciones de las Cortes Valenciana, Valencia, pp. 63-94.

AREVALO GUTIÉRREZ, Alfonso. (1995). "Las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas", en Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 43, (enero-abril), Madrid, pp.113-205.

AREVALO GUTIÉRREZ, Alfonso. (1987). "Reflexiones sobre las Comisiones de investigación o encuestas parlamentarias en el ordenamiento constitucional español", en Revista de las Cortes Generales, Nº 11, Madrid, pp.159-192.

BRONFMAN VARGAS, Alan. (2003). "Las Comisiones Parlamentarias y el ejercicio de las facultades fiscalizadoras". Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXIV, 105-153.

BRUNET BRUCE, Marcelo. (2006). "Nuevas atribuciones fiscalizadoras de la Cámara de Diputados: ¿a medio camino?". Revista Entheos, Universidad de Las Américas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, año 4, volumen único, Nº 5, pp. 91-100.

CEA EGAÑA, José Luis. (1993). "Fiscalización Parlamentaria del Gobierno", en Revista Chilena de Derecho, Universidad Católica de Chile, vol. XX, pp. 7-20.

DE ESTEBAN, Jorge, y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José. (1994). Curso de Derecho Constitucional Español, volumen III, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (2003). "Improcedencia de la fiscalización parlamentaria y otras consecuencias respecto de los órganos constitucionalmente autónomos", en Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, vol. 65, pp. 217-232.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel. (1997). "Acerca del concepto de gobierno y hacia una nueva división de funciones", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, vol. LXV, Nº 202, pp. 85-103.

FERNANDOIS VÖHRINGER, Arturo. (2001). Derecho Constitucional Económico I, 1ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

FERNANDOIS VÖHRINGER, A. y GARCÍA GARCÍA, J. (2009). "Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva". Revista Chilena de Derecho, vol. 36 Nº 2, pp. 281-311.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan. (2002) "La reforma constitucional a la fiscalización parlamentaria en la Constitución de 1980: un análisis preliminar", en Revista Ius et Praxis, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, año 8, Nº 1, pp. 461-481.

GARCÍA MAHAMUT, Rosario. (1996). Las Comisiones Parlamentarias de Investigación en el Derecho Constitucional Español. Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España S.A. Madrid.

GARCÍA ROCA, Javier. (1995). "El control del gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución)". Revista Vasca de Administración Pública. herri-arduralaritzako euskal aldizkaria, issn 0211-9560, Nº 42, pp.161-206.

- GUDE FERNÁNDEZ, Ana. (2000). Las comisiones parlamentarias de investigación. Ed. Universidad de Santiago de Compostela.
- FREDERICK M. Kaiser, WALTER J. Olesze y TODD B. Tatelman. (2011). "Congressional Oversight Manual. Congressional Research Service". (Fecha de consulta: 6 de Enero de 2011). Disponible en: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL30240.pdf>.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. (1986). "Las Comisiones de investigación de las Cortes", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, monográfico, Nº 10.
- MANZELLA, Andrea (1977). Il parlamento. Bologna, Il Mulino, cop.
- MANZELLA, Andrea. (1974). Le funzioni del Parlamento in Italia, en R. trimestrale di Diritto Pubblico, Nº 1.
- MARTÍNEZ OCAMICA, Gutenberg. (1998). Fiscalización Parlamentaria y Comisiones Investigadoras. Editorial Jurídica de Chile.
- MASSÓ GARROTE, Marcos. (2001). Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español. Congreso de los Diputados, Madrid.
- NAVAS CASTILLO, Florentina. (2000). Las Comisiones Parlamentarias en el Ordenamiento Jurídico Español. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. (2007). "Reformas constitucionales 2005: un año después". Jornadas Chilenas de Derecho Público, Nº 36, 2006, Santiago de Chile, en Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Nº 69, pp. 17-32.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique. (1991). "La facultad fiscalizadora de la Cámara de Diputados". Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 49, Santiago, Chile, pp. 71-90.
- RESCIGNO, Giuseppe Ugo. (1967). La Responsabilita Política, Milán, Italia, Ediciones Giuffré.
- RIBERA NEUMANN, Teodoro. (2006). "Congreso Nacional. Integración y fiscalización parlamentaria". Revista de Derecho Público. Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, Nº 68, pp. 55-71.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. (2006). "La gran reforma de la ley Nº 20.050 a la Constitución Política de Chile". Revista de Ciencias Sociales. Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Nº 51, pp. 73-97.
- RUBANO LAPASTA, Iris. (2006). "Síntesis de las principales modificaciones a los preceptos constitucionales de la carta de 1980". Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián, Concepción, Chile, Nº 8, pp. 85-96.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. (1993). La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel. (1995). "Control parlamentario y minorías", Revista de Estudios Políticos, Nº 88, (abril-junio), Madrid, pp. 223-256.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. (1986). "Control y Responsabilidad en la Constitución de 1980". Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso, volumen X.
- SILVA CIMMA, Enrique. (1995). Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Servicio Público. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, pp. 170-171
- TAMARIT SUMALLA, Josep. (1996) Comentario al artículo 502, en G. Quintero (Dir) y J.M. Valle (coord.). Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Pamplona.
- TORRES BONET, María. (1998). Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno. Congreso de los Diputados, Madrid, España.

TORRES MURO, Ignacio. (1998). Las comisiones parlamentarias de investigación. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. (1998). "Control parlamentario y comisiones investigadoras" (Parlamento ante la reforma constitucional). Revista Chilena de Derecho, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. N° especial, Santiago, Chile.

Sentencias del Tribunal Constitucional chileno

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.602, de 1 de junio de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.892, de 17 de noviembre de 2011.

Sentencias de la Corte Suprema de Chile

Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 6585/2007, 28 de mayo de 2009.



HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL IMPACTO LEGISLATIVO DE LAS ASESORÍAS PARLAMENTARIAS

Nicolás Martínez¹⁶⁰

Mario Poblete¹⁶¹

Joaquín Ugalde¹⁶²

RESUMEN.

Dentro de las instancias que contribuyen al aumento de la certeza legislativa se encuentran los servicios de asesoría parlamentaria. En particular, este trabajo se centra en los servicios de asesoría internos y externos al legislativo, institucionales y neutrales de diversos parlamentos (Alemania, Austria, EE.UU., México, Reino Unido), indagando cómo éstos se gestionan organizacionalmente y cómo miden el impacto de su actividad. Los aspectos organizacionales no son triviales, toda vez que bajo determinados arreglos institucionales relativos al funcionamiento interno de los servicios de asesoría, se podría aumentar el impacto y, consecuentemente, la certeza de las leyes. Asimismo, sólo una efectiva medición del impacto podría entregar claridad respecto de si dichos arreglos institucionales tienen el efecto deseado. De este modo, hacia el final del artículo, se proponen indicadores prototípicos para medir el impacto de las asesorías parlamentarias.

INTRODUCCIÓN

La certeza legislativa es entendida acá como la disponibilidad de leyes con una mayor factibilidad técnica –tanto jurídica como no jurídica– de lograr su propósito. En este sentido, corresponde a una particular

160 Ingeniero Civil Industrial (2000), Universidad de Chile, y Magister en Sociología de la Modernización (2002), Universidad de Chile. Diploma de Estudios Avanzados en Sociología (2006), Universidad de Salamanca, España, y candidato a Doctor por la misma universidad. Actualmente es Jefe de la Sección de Asesoría Parlamentaria, del Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

161 Sociólogo (2004) y Magister en Sociología (2006), Pontificia Universidad Católica de Chile. Diploma de Estudios Avanzados en Ciencia Política (2010), Universidad Complutense de Madrid, y candidato a Doctor por la misma universidad. Fue visiting scholar en la Brigham Young University, EE.UU. (2010), y actualmente es investigador del Departamento de Estudios, Sección Asesoría Parlamentaria, de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

162 Cientista Político (2014), Pontificia Universidad Católica de Chile. En 2013 se desempeñó en temas de investigación y desarrollo en la Sección de Asesoría Parlamentaria, del Departamento de Estudios de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Actualmente, realiza labores académicas en el Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

certeza del derecho que emana de la propia deliberación en el ámbito parlamentario, y que tiene que ver con el potencial efecto de la aplicación de una determinada ley. Esto, a su vez, dice relación, necesariamente, con aquel componente futuro o potencial, pudiéndose sostener que con una mayor certeza legislativa se contribuiría a tener leyes más efectivas una vez que entran en vigor.

Así, la certeza legislativa se compondría, por una parte, de todo aquello considerado propiamente como los aspectos legal-procedimentales de este proceso; y, por otro lado, lo relacionado con la expertise que apoya de forma especializada y multidisciplinaria a este proceso, entregándole aquel grado de previsibilidad extrajurídica respecto de los efectos de una norma. Dicho de otra manera, ambas dimensiones, generadas gracias al conocimiento humano disponible, podrían propiciar efectos deseados para todos los ciudadanos¹⁶³, así como también evitar aquellas potenciales consecuencias sociales no deseadas: desviaciones sociales, anomia, entre otras.

En particular, una de las dimensiones de la certeza legislativa corresponde a lo que se denominará acá como el 'análisis experto' que apoya al proceso legislativo, y que consiste, grosso modo, en el uso de juicios constatativos o verdad pública de la ciencia en sentido amplio¹⁶⁴, para apoyar la construcción de normas más efectivas¹⁶⁵.

Es por este motivo que se sostiene que todo apoyo a la labor legislativa, tanto jurídico como no jurídico, debiera considerar alguna concepción sobre el impacto de su actividad y sobre cómo éste puede ser medido. Ello implica distinguir analíticamente las diversas maneras en que los análisis expertos, que proporcionan las asesorías parlamentarias, pueden aportar durante el proceso de construcción de la ley¹⁶⁶.

Es pertinente destacar, de todos modos, que la distinción entre análisis jurídico y análisis no jurídico es una abstracción analítica, porque en la práctica difícilmente puede darse un análisis experto en alguna de estas etapas que no considere criterios jurídicos. Sin embargo, con la concepción de análisis experto se ha querido destacar aquello que incorpora la gran mayoría de los componentes principalmente no jurídicos, respecto de aquel análisis exclusivamente jurídico, asociado tanto con la técnica legislativa como con otros aspectos materiales del derecho.

En este punto, corresponde deslindar el concepto ya introducido de certeza legislativa, pero ahora a la luz de esta distinción analítica entre dimensión jurídica y no jurídica.

En primer término, cabe señalar que la toma de decisiones se da en contextos complejos, de modo que no responden a la propia voluntad del actor y su contingencia, sino que se encuentran inmersas en un espacio de doble contingencia, donde las voluntades se entrecruzan¹⁶⁷. Esto correspondería a la "toma de decisiones prudentes (...) en situaciones de toma de decisión estratégica"¹⁶⁸ o, dicho de otra forma, a "la posibilidad de la predicción de las consecuencias jurídicas conectables a las propias acciones"¹⁶⁹.

163 El definido bien público en palabras de Habermas. HABERMAS, Jürgen. "La esfera de lo público". Traducción de Francisco Galván Díaz. Tomado de Kultur und Kritik. Editorial Suhrkam: Frankfurt a. Main. 1973. Este artículo es parte de una antología preparada por F. Galván para una coedición de la UAM/A y UAP: La crítica social en Touraine y Frankfurt, en prensa.

164 APEL, Karl-Otto. 1991. Teoría de la verdad y ética del discurso. Barcelona: Paidós editorial, p. 12: "No es aceptable el recurso de la evidencia privada del conocimiento. De hecho, cualquier tipo de conocimiento es público a priori y esto significa que está impregnado lingüísticamente y que es, en principio, criticable".

165 Es decir, que tiene por objeto la elaboración de mejores juicios regulativos, como son aquéllos que encuentran su validez en la rectitud normativa y tienen que ver con un discurso práctico, por lo tanto, con la elaboración de normas éticas intersubjetivamente consensuadas. HABERMAS, Jürgen. 2002. Teoría de la Acción Comunicativa I. Madrid: Taurus, pp. 206-207.

166 Cabe indicar que el análisis experto se puede dar bajo dos formas esenciales, ya sea como evaluación ex-ante de la ley, o como 'apoyos' durante el proceso legislativo mismo. En el caso de estas últimas, se encuentran tanto las pruebas experimentales como los servicios de investigación y asesoría que apoyan con análisis expertos durante el mismo proceso de construcción de la ley.

167 GOMETZ, Gianmarco. 2012. La Certeza Jurídica como previsibilidad. Madrid: Marcial Pons, p. 12.

168 Op. cit. Moreno en Gometz, 2012, p. 12.

169 Ibidem. p. 13.

En segundo término, una noción de certeza como ésta podría llegar a estar exenta de toda consideración ética¹⁷⁰, en la medida que no se pronuncia respecto del mérito o demérito de las consecuencias de determinada norma, sino que incluso podría hablarse de “certeza sobre el derecho injusto”¹⁷¹.

Según estas dos consideraciones, la certeza jurídica se circunscribe a la ‘previsión’ del efecto futuro de una norma, que se establece en base a la información jurídica, la cual no necesariamente está inspirada por criterios éticos. No obstante, el enfoque propuesto por ciertos autores pretende abarcar no sólo la dimensión jurídica, sino que también la información extrajurídica o “fáctica”¹⁷², la cual, a juicio de esta investigación, puede considerar tanto los criterios relacionados con la verdad como aquellos relativos a ciertos consensos éticos¹⁷³. Es por esta razón que resulta más adecuado hablar de una ‘certeza sobre el derecho’ en vez de certeza jurídica:

“Se trata, es verdad, más que de una certeza del derecho, de una certeza de los individuos sobre el derecho, donde con el término «derecho» no se hace referencia tanto a las normas válidas, generales y abstractas, sino a los actos que individualizan a éstas en los casos concretos (sentencias, decisiones administrativas, etc.), o a las consecuencias (...) conectadas a determinados actos o hechos”¹⁷⁴.

De este modo, la información contenida en las normas jurídicas que establece el legislador, no prevén con total precisión cuáles serán las consecuencias jurídicas esperables, así como tampoco la idea de que sólo por medio de conocimiento extrajurídico se asegure una absoluta previsibilidad respecto del efecto de ciertas normas¹⁷⁵. No obstante, ambas dimensiones en su conjunto aportan en grado importante a la certeza sobre el derecho.

En consecuencia, la noción de certeza sobre el derecho amplía el campo de acción hacia aquellas cuestiones que se pueden definir más bien como externalidades jurídicas, lo cual permite postular que el apoyo de ciertas instancias propiamente no jurídicas es fundamental para aumentar la certeza legislativa, de modo de contribuir a que la norma que se promulgue posea un nivel de efectividad que sea más alto que en el caso de ausencia de este apoyo.

Así, adoptando esta noción amplia de certeza sobre el derecho, la certeza legislativa a la cual se hace referencia, dice relación también con aquella característica de mayor o menor previsibilidad que la ley adquiere durante el proceso de su formación dentro del poder Legislativo de un país. De modo que una operacionalización de la certeza legislativa considera, básicamente, dos dimensiones. Primero, la ya mencionada certeza legal-procedimental o los aspectos materiales del derecho; y segundo, el análisis experto, principalmente no jurídico. En esta última dimensión se pueden identificar dos tipos de fuentes que aumentarían el grado de certeza legislativa: las evaluaciones ex-ante de la ley, y los apoyos durante el proceso legislativo mismo, que pueden ser tanto la pruebas experimentales, como las asesorías parlamentarias. La Tabla 1 siguiente permite identificar de forma más clara esta clasificación.

Tabla 1. Operacionalización de la Certeza Legislativa

CONCEPTO	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIÓN I	SUBDIMENSIÓN II	
Certeza Legislativa	certeza legal-procedimental			
	análisis experto (tanto jurídico como no jurídico)	Evaluación ex-ante		
		Durante el proceso legislativo	Pruebas experimentales	
			Asesorías parlamentarias	

170 A diferencia de aquélla que puede emanar de los juicios regulativos en Habermas.

171 Ibidem. pp. 14-15.

172 Ibidem. p. 17.

173 Con ello hacemos referencias a consensos mínimos intersubjetivamente alcanzados como “la pobreza es algo que hay que superar” o bien “la delincuencia es un flagelo social”, etc.

174 Ibidem. p. 17.

175 Ibidem. p. 17.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE ASESORÍAS PARLAMENTARIAS

Como ya se ha señalado, la segunda dimensión de la denominada certeza legislativa es aquella que tiene que ver con la expertise técnica dirigida al apoyo de la labor del legislador. Dentro de esta dimensión se consideran todos los métodos, técnicas y servicios que, en general, contribuyen a una elaboración de leyes con mayor factibilidad de lograr su propósito.

Una asesoría parlamentaria se define como toda acción ejecutada por una o más personas que, mediante la entrega de información, opinión, consejo o recomendación sobre un asunto determinado, pretenda apoyar al Parlamento o Congreso, sus órganos o miembros, en el ejercicio de sus funciones públicas¹⁷⁶. Basados en esta definición, a continuación se presenta la clasificación de Moreno¹⁷⁷, complementada con la de Valdés y Soto¹⁷⁸, que propone una nueva categorización lo suficientemente comprehensiva para clasificar a la mayor cantidad de organismos asesores. La primera de las distinciones utilizadas para clasificar a las asesorías es la dicotomía interna/externa, en cuanto a pertenencia orgánica al Congreso, y en el caso de las internas, cabe sub-clasificarse entre institucional/no institucional. Otras clasificaciones dicotómicas son formal/informal y objetiva/subjetiva. En la Tabla 2 a continuación se describen estas clasificaciones¹⁷⁹.

176 MORENO, Carlos. 2005. Elementos de Asesoría Parlamentaria. Tesis Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile, p. 5.

177 Op. cit. Moreno, p. 5.

178 VALDÉS, Salvador, y Sebastián SOTO. 2009. ¿Cómo fortalecer la labor legislativa del Congreso? Propuesta para un nuevo sistema de asesoría parlamentaria. Estudios Públicos 114 (otoño 2009), pp. 53-88.

179 Valdés y Soto agregan otra categoría definida como 'asesoría personal'. Los autores la definen como aquella prestada por asesores designados personalmente por el propio parlamentario. En este caso, el parlamentario se asegura de que los asesores, al prestar el servicio, consideren sus principios y posición política, lo mantengan informado, mejoren y protejan su imagen pública, etc. En Chile, tanto diputados como senadores tienen presupuesto público, definido en la ley, para la contratación de estos asesores. Op. cit. Valdés y Soto, p. 58.

Tabla 2. Clasificación de las Asesorías Parlamentarias

DICOTOMÍA	TIPO DE ASESORÍA	DESCRIPCIÓN
Interna/ externa (institucional/ no institucional)	Interna institucional	Prestada al interior del Parlamento ¹⁸⁰ , por los integrantes del Servicio Parlamentario ¹⁸¹ . Los asesores proceden objetivamente, protegiendo los intereses de la institución parlamentaria a la que pertenecen. Es definida como neutral ¹⁸² , ya que los asesores deben servir a los parlamentarios en forma equitativa y sin diferencias arbitrarias ^{183 184} .
	Interna no institucional	La proveen profesionales que no son funcionarios parlamentarios ¹⁸⁵ , pero que se verifica al interior del Parlamento ¹⁸⁶ . A esta categoría, para el caso del Congreso chileno ¹⁸⁷ , es definida como precalificada por los partidos políticos. Debido a que está financiada por los comités o bancadas con recursos especiales que se destinan para contratar este servicio.
	Externa	Se origina fuera del Parlamento por una variedad de organismos públicos ¹⁸⁸ y no públicos ^{189 190} . Correspondería a la designada por los parlamentarios, la mesa de las cámaras y los comités, que es prestada por centros de estudios y otras personas jurídicas que tengan cercanía con un partido o coalición ¹⁹¹ .
Formal/ informal	Formal	Su existencia se encuentra reconocida y su ejercicio regulado jurídicamente en los procedimientos parlamentarios ¹⁹² .
	Informal	Son aquellas asesorías que se encuentran organizadas y ejercidas en términos extraoficiales o no convencionales, y que no se reconocen o regulan en los procedimientos parlamentarios. Su falta de reconocimiento no impide que sean ampliamente utilizadas ^{193 194} .
Objetiva/ subjetiva	Objetiva	Se limita a entregar información de carácter objetivo, sin calificación o valoración de parte del asesor, sino conducida, en términos ideales, por criterios científicos, con neutralidad política ¹⁹⁵ .
	Subjetiva o doctrinal	Es toda asesoría contiene juicios de valor, oportunidad, mérito o conveniencia, o desde una determinada postura doctrinal o ideológica previa ¹⁹⁶ .

180 Esta definición permite ciertas subclasificaciones dependiendo de quién sea el destinatario (Congreso Pleno, una Cámara, Comisiones, Mesas, Presidencias, Bancadas, Comités, a cada Parlamentario, etc.) y respecto de quiénes son asesores.

181 Op. cit. Moreno, pp. 11-12.

182 Op. cit. Valdés y Soto, pp. 58-61.

183 AMPUERO Villagrán, Hernán. 2005. "¿Cuánta información necesita un diputado?". La gestión de la información en la Cámara de Diputados, Revista Enfoques N° 4, Universidad Central, Chile. Citado en Op. cit. Valdés y Soto, p. 58.

184 Para el caso chileno, en esta categoría se consideran a los servicios prestados por la Biblioteca del Congreso Nacional, las Oficinas de Informaciones de las respectivas cámaras, la Comisión Especial Mixta de Presupuestos, y los Secretarios de Comisión.

185 De bloques, bancadas, partidos, comités o despachos de los parlamentarios.

186 Op. cit. Moreno, pp.11-12.

187 Op. cit. Moreno, pp.11-12.

188 Gobierno, Administración Pública, Banco Central, Contraloría, Poder Judicial, entre otros.

189 Ya sean universidades, y académicos, por institutos y centros políticos, por partidos o coaliciones, grupos de presión e interés, medios de comunicación social, por la ciudadanía, por Estados extranjeros, por organismos internacionales, agencias de cooperación internacional, etc.

190 Op. cit. Moreno, p. 12

191 Op. cit. Valdés y Soto, p. 62.

192 Acá no sólo cuenta la asesoría entregada por organismos como la Biblioteca del Congreso Nacional, también hay asesorías externas formales, como son las que solicitan especialmente las Comisiones parlamentarias, ya que su oportunidad y ejercicio se encuentran regulados.

193 Ejemplos de éstas son las asesorías producto de los usos y costumbres políticas y parlamentarias o que "forman parte de la realidad del proceso del poder". OELCKERS, Osvaldo. 1998. La técnica legislativa ante la elaboración de la ley. Valparaíso, Chile: Universidad Católica de Valparaíso, Centro de Estudios y Asistencia Legislativa.

194 Específicamente, se señala el lobbying, que desde Marzo de 2014 es regulado en nuestro país. Op. cit. Moreno, p. 13. Para mayor información véase: <http://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-del-lobby> (recuperado el 30 de abril, 2014).

195 *Ibidem* p. 15.

196 *Ibidem* p. 15.

En el siguiente apartado, el análisis internacional se centra en los tipos de asesorías institucionales, formales y objetivas o neutrales, ya sean internas al Poder Legislativo, o bien sean externas, es decir, que no dependan directamente de este poder del Estado.

2. ANÁLISIS DE LOS SERVICIOS DE ASESORÍA PARLAMENTARIA INSTITUCIONALES, FORMALES Y OBJETIVOS O NEUTRALES DE OTROS PARLAMENTOS

Como se ha indicado, los servicios de investigación y asesorías parlamentarias son primordiales para el aumento de la certeza legislativa. En este sentido, la manera en que este tipo de servicios conceptualizan una noción de impacto de su labor, y establecen criterios y métodos para su medición, no es un aspecto trivial. Asimismo, en este artículo se postula que el aspecto organizacional de estos servicios contribuye en cierta medida a las posibilidades de impacto de su labor y, en consecuencia, debiesen considerarse en los criterios de medición utilizados.

En efecto, esta investigación se basa en el supuesto de que el diseño organizacional que adoptan los servicios de investigación y asesoría parlamentaria condicionaría determinadas prácticas que harían más sustantivo su aporte al proceso legislativo, es decir, contribuirían a incrementar la certeza legislativa. A continuación se exponen tres hipótesis centrales a este respecto, que tienen que ver con tres dimensiones del análisis organizacional: los principios, la estructura y los procesos.

- ▶ Sobre los principios. Se estima que ciertas directrices, que los servicios de investigación y asesoría declaran -y por los cuales éstas se guían¹⁹⁷-, impactarían positivamente en el incremento de la certeza legislativa. Es decir, en la medida que estas directrices se orienten hacia el resguardo de la calidad, servirán para potenciar la asesoría legislativa. Lo que en el desarrollo de este texto se precisa son aquellos principios que de forma más consistentemente aportarían a ello.
- ▶ Sobre la estructura. Se sostiene que determinada estructura organizacional del servicio de asesoría puede impactar positivamente en la certeza legislativa, esto es, a través de la generación de mejores documentos y, en general, prestación de mejores servicios de asesoría. La cuestión central es conocer cuáles son los criterios con que se organizan los departamentos de asesoría, cuál es su distribución sub-departamental, ya sea por disciplina o por temática, entre otros criterios relacionados.
- ▶ Sobre el proceso. Con esto se hace referencia, principalmente, a los procesos de entrega de productos o servicios a los usuarios. Una pregunta crítica al respecto es ¿hacia qué usuario individual o colectivo se deben orientar prioritariamente los servicios? Esto, situado en el escenario de una demanda regularmente intensa y compleja y de recursos profesionales limitados. Una hipótesis básica es que existirá un mayor impacto en el proceso legislativo en tanto se priorice la asesoría en agregados de legisladores (cantidad superior a 1), conformado por parlamentarios de diferentes sectores políticos (neutralidad política), como son las comisiones legislativas de ambas cámaras, donde se da la discusión más sustantiva de los proyectos de ley, por ejemplo, en lugar de priorizar la asesoría personalizada a un legislador en particular. Si se vincula a este aspecto el carácter institucional (expresado como condición básica en la neutralidad política), que determinaría una orientación significativa a instancias colegiadas (como las mencionadas comisiones) la priorización se ve reforzada como asunto central.

Cabe destacar que, respecto de estas hipótesis, las fuentes de información que estuvieron disponibles no entregan antecedentes factibles de utilizar para desarrollar la variable denominada 'proceso de prestación de servicios'¹⁹⁸.

197 Se asume que los principios declarados son a su vez los que guían a la organización, dicho de otra forma, no se hace distinción entre ellos, es decir, entre principios declarados y principios latentes.

198 El motivo del porqué no se ha podido estudiar esta dimensión, dice relación con que la aplicación de un cuestionario dirigido a una serie de servicios de asesoría parlamentaria de otros países no ha sido respondido en la fecha proyectada por los entrevistados.

Entonces, básicamente, las primeras dos hipótesis se testearán en cuatro casos de servicios de asesoría parlamentaria interna, institucional y neutral, como son el Wissenschaftlichen Dienst (WD, de Alemania), Congressional Research Service (CRS, de EE.UU.), y el Servicio de Investigación y Análisis (SIA, de México).

En segundo lugar, y con el objetivo de abordar la búsqueda de nociones representativas de impacto para las asesorías parlamentarias, es necesario conocer los diversos métodos que otros servicios análogos, que prestan asesoría en otros poderes legislativos, han desarrollado. De modo que se presenta una comparación de estas mediciones en una serie de casos de servicios de asesoría parlamentaria externa institucional y neutral (Alemania, Reino Unido y Austria), los que corresponden, esencialmente, a instituciones de investigación en materia de tecnología, que asesoran a sus respectivos poderes legislativos nacionales.

2.1. DIMENSIONES ORGANIZACIONALES: DIRECTRICES Y ESTRUCTURA

Se ha realizado una selección de casos que busca una varianza significativa en lo relativo a las dimensiones contextuales de los servicios de asesoría parlamentaria. Así, considerando aquellos países que cuentan con servicios de asesoría parlamentaria consolidados, los casos del WD alemán y del CRS estadounidense resultan contextualmente disímiles, por cuanto el WD depende directamente del Parlamento mientras que el CRS depende de la Biblioteca del Congreso; el WD presta su servicio en el contexto de un sistema parlamentario de gobierno, mientras que el CRS lo hace en un sistema presidencialista, entre otros aspectos.

Por otro lado, también se ha considerado un caso latinoamericano, el SIA mexicano, que depende de la Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis –o Biblioteca–, la cual está alojada en la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión. Dentro de otra de las dimensiones contextuales, se puede decir que el sistema mexicano es presidencial¹⁹⁹.

2.1.1 Directrices de dos servicios de asesoría: WD (Alemania) y CRS (EE.UU.)

Al observar analíticamente los servicios de asesoría de los poderes legislativos de Alemania y EE.UU., se distingue que, en términos generales, sus directrices se pueden ordenar en torno a cinco ámbitos. El primero tiene que ver con el foco de su asesoría, es decir, 'para quién' está dirigido el servicio. El segundo, tiene relación con la orientación ética (o 'deber ser') de la producción a la hora de desarrollar la asesoría. En tercer lugar, se encuentran las consideraciones respecto de la elaboración de la producción. Cuarto, se consideran los canales de comunicación entre asesor y legislador. Finalmente, se enuncian los usos y los límites en la divulgación de la producción que generan los servicios de asesoría. La Tabla 3 siguiente muestra este panorama. Además, se ha querido contrastar estos dos servicios con los principios y valores que hasta el año 2012 declaraba como tales la Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP) de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile²⁰⁰.

199 Cabe señalar que el caso mexicano sólo se considera para la comparación en lo que respecta a la dimensión estructural.

200 Sin embargo, para el caso chileno no se profundiza en su análisis, ni tampoco es el objetivo de este documento.

Tabla 3. Servicios de Asesoría a los legisladores en EE.UU., Alemania, Chile

	Servicios de Asesoría		
	Congressional Research Service (EE.UU.)	Wissenschaftlichen Dienst (Alemania)	Sección Asesoría Técnica Parlamentaria (Chile)
Denominación de sus directrices	"Core values"	"Verbindlichen Grundlagen"	"Principios y valores" ("principios y políticas") ²⁰¹
1. Respeto del foco de su asesoría	-	"Parlamentsgerechte Darstellung"	"Pertinencia"
2. Orientación ética de la producción	"Objective" y "Nonpartisan"	"Politische Neutralität"	"Imparcialidad" ("neutralidad")
3. Respeto de la elaboración de la producción	"Authoritative"	"Interdisziplinarität"	"Estructura", "fundamentación" y "claridad" ("calidad")
4. Respeto de la comunicación con los legisladores	"Confidential"	"Vertraulichkeit"	- ("Confidencialidad" e "igualdad en el acceso")
5. Respeto del uso y divulgación de la producción	-	"Aktive Informationen"	-

Wissenschaftlichen Dienst (Alemania)²⁰²

El Wissenschaftlichen Dienst (WD), o Servicio de Investigación del Bundestag, tiene su antecedente en los años sesenta del siglo pasado, a partir del Servicio Científico Asesor del Parlamento Alemán. Actualmente, el WD es una subdivisión del Departamento de Ciencia y Asuntos Públicos del Bundestag. En este contexto, las directrices de la asesoría son definidas por el WD como verbindlichen Grundlagen o principios obligatorios.

Definen el foco de su asesoría bajo la directriz denominada *Parlamentsgerechte Darstellung*, que puede entenderse como "la justa interpretación del Parlamento". En ese espíritu, se debe verificar una comunicación eficaz con el parlamentario y los cuerpos colegiados que integran éstos, de modo de interpretar de forma adecuada su solicitud. Este último aspecto se expone posteriormente.

La orientación ético-política de los servicios prestados, entendida como los principios o nociones que podrían influir en el desempeño de un asesor, constituye un aspecto crítico en toda asesoría parlamentaria. Para el caso de WD se exige que la asesoría tenga "neutralidad política" (*politische Neutralität*). Para ello, el WD se asegura que "cada parlamentario y cada órgano parlamentario reciban la misma respuesta a idéntica petición"²⁰³.

La elaboración de los documentos y, en general, la asesoría prestada al poder legislativo se basa en el principio de la interdisciplinariedad (*Interdisziplinarität*). El motivo esgrimido por el WD tiene que ver con que gran parte de las solicitudes realizadas rebasan la experticia de alguna disciplina en particular, esto porque la misma realidad que se busca normar en los parlamentos es, esencialmente, compleja. Por el mismo motivo, es que el WD realiza su labor en estrecha vinculación con universidades e instituciones

201 La información señalada entre paréntesis corresponde a los principios definidos en el "Manual de Asesoría Técnica Parlamentaria", el cual no se encuentra en vigencia en la institución, siendo el que está en vigencia a la fecha el denominado "Políticas y procedimientos de Elaboración de productos de Análisis y Referencia de Asesoría Técnica Parlamentaria". Para este último, la información en la columna sobre el caso chileno se presenta entre comillas.

202 Deutscher Bundestag. "Die Wissenschaftlichen Dienste / die Hotline W". Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/20082000.pdf> (recuperado el 30 de abril, 2014).

203 Op. cit. "Die Wissenschaftlichen...". Traducción propia.

de investigación, siendo el caso paradigmático de articulación la relación con el Europäische Zentrum für Politische Wissenschaft und Dokumentation, el cual propicia un entrecruzamiento de información entre 47 Estados miembros del Consejo Europeo, más otros cuatro estados observadores, junto con otros organismos de investigación participantes.

La confidencialidad o *Vertraulichkeit* es otra de las directrices que el WD considera. Dice relación con que el resultado de las investigaciones llevadas a cabo por el WD sólo están disponibles para el solicitante. “Estas investigaciones, al igual que el solicitante y el tema investigado, son tratados de forma consistentemente confidencial”²⁰⁴. El proceso de establecimiento de lo solicitado “es siempre el mismo y consiste en consultarle al solicitante de manera de clarificar las necesidades específicas de investigación y el plazo”²⁰⁵.

Respecto del uso y divulgación de la producción del WD, queda establecido que luego de cuatro semanas a partir de la entrega de la investigación, “plazo durante el cual el usuario puede utilizar los resultados de forma exclusiva, éstos quedan disponibles para otros miembros interesados”²⁰⁶ dentro del Bundestag. Pero, además de esta práctica, una de las directrices que sigue el WD es el de la “aktive Informationen” o información “activa (liberada para uso)”. Estos últimos servicios de información, que recientemente han ampliado de forma considerable su oferta, se han centrado en la elaboración de informes relacionados con proyección y anticipación de la agenda política. Toda esta información que se encuentra disponible en la intranet del Bundestag, así como parcialmente en su sitio Web para todo lector interesado, especializándose en entregar información relativa a áreas temáticas como “Conceptos Actuales” (Aktuellen Begriffe) y “Conceptos Actuales–Europa” (Aktuellen Begriffe-Europa).

Congressional Research Service (EE.UU.)²⁰⁷

El CRS, dependiente de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU., asesora a los legisladores y comisiones del Congreso en cada una de las etapas del proceso legislativo, desde los comienzos en la redacción de algún proyecto de ley, en las audiencias de las comisiones, en el debate pleno, en el monitoreo de las leyes promulgadas, entre otras actividades.

Respecto de las directrices que guían su labor, ellos las definen como core values o “valores fundamentales”, sin mencionar entre éstos cuál es el principio que define el foco de su asesoría. Sin embargo, ello parece ser algo ya implícito en la misma definición de su labor, sin parecer necesaria la expresión manifiesta entre sus valores.

La orientación ética de la producción que genera el servicio de asesoría, debe tener las características de ser “objetiva” y “no partidista”. Así, el CRS menciona que “sus expertos están alertas a evaluar los diversos temas sin sesgos”²⁰⁸. Uno de los métodos que el CRS implementa para lograr ello es un proceso de edición de múltiples etapas (multi-layered) para evacuar productos que sean “justos, cuidadosos y confiables”²⁰⁹.

En cuanto a la elaboración misma del producto, la directriz principal es lo que el CRS define como authoritative. Así, para que la asesoría del CRS se posicione como “autoridad” en el tema, el analista debe demostrar “rigurosidad en los métodos de investigación y estar libre de sesgo”²¹⁰. Además, deberán “explicar y justificar sus postulados críticos; investigar y re-chequear datos anómalos; usar información primaria cuando esté disponible; (...) y someter a investigación todas las fuentes”²¹¹.

204 *Ibidem*. Traducción propia.

205 *Ibidem*. Traducción propia.

206 *Ibidem*. Traducción propia.

207 Congressional Research Service, EE.UU. Información disponible en: <http://www.loc.gov/crsinfo/> (recuperado el 30 de abril, 2014).

208 *Op. cit.* Congressional Research Service, EE.UU. Traducción propia.

209 *Ibidem*. Traducción propia.

210 *Ibidem*. Traducción propia.

211 *Ibidem*. Traducción propia.

En lo relacionado a la comunicación con los legisladores, el CRS mantiene estricta confidencialidad de las materias que se tratan entre asesor y legislador –y staff del Congreso–, pudiendo este último tener acceso tanto a los expertos del CRS para que lo asesoren, como a análisis ya elaborados. Cabe señalar que “los funcionarios del CRS no comentan con otros organismos del Congreso o con personas ajenas a la comisión, el trabajo realizado para un legislador o comisión del Congreso”²¹².

Finalmente, respecto del uso y la divulgación de los productos, el CRS no presenta dentro de sus directrices una relacionada particularmente con este aspecto.

2.1.2. ESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS DE ASESORÍA: WD, CRS Y SIA

En esta dimensión del análisis, el foco es indagar en el potencial efecto que pueden tener ciertos arreglos intra-institucionales, limitando o propiciando el impacto del servicio de investigación y asesoría parlamentaria.

En este sentido, es pertinente replantear la hipótesis sobre la relación que existiría, en última instancia, entre la estructura y el impacto que persiguen las asesorías parlamentarias:

- ▶ Una estructura organizacional interna de las asesorías parlamentarias basada en el diálogo entre disciplinas y, por tanto, sin un diseño de áreas estancas que no dialoguen entre sí, promoverá el trabajo multidisciplinar que posibilitaría en mayor medida la elaboración de documentos de asesorías que abordarían determinado fenómeno desde diversos ángulos, lo cual garantizaría un impacto cualitativamente mayor.
- ▶ También se prevé que ello contribuiría a procesos internos de mayor transversalidad y horizontalidad –por tanto, menos jerárquicos y burocráticos–, propiciando una mayor colaboración entre investigadores, lo cual redundaría en documentos más completos y elaborados desde diversas perspectivas, esto es, de mayor calidad, lo cual también ayudaría a garantizar un impacto cualitativamente mayor.

La plausibilidad de la primera hipótesis planteada se puede sostener en base al concepto de mesas separadas de Almond²¹³. En su libro *Una Disciplina Segmentada* este autor hace referencia a los distintos mundos disjuntos en que se desenvuelven los estudios de ciencia política, sin vasos comunicantes, sin trabajo intradisciplinario, y que existió, principalmente, a partir de los años ochenta en la disciplina. Asimismo, en cierta medida, las estructuras organizacionales que privilegian la agrupación por disciplinas provocan esta misma situación, tendiendo a provocar un trabajo de mesas separadas o, como se señaló, de áreas estancas, desincentivando el trabajo interdisciplinar.

El segundo punto, por su parte, dice relación con la premisa del poder cooperativo, sostenido por autores como Innerarty²¹⁴. Este académico sostiene que la reducción del campo de la política por la privatización de los años ochenta, supuso una idéntica reducción del Estado y desaparición de sus límites, lo cual fue gatillado por una forma de administración pública fundada en el management, o lo que se define como ‘endoprivatización’ del Estado²¹⁵. No obstante, los nuevos desarrollos de la administración pública propician “un nuevo tipo de estructuras y procesos para llevar a cabo la acción política en sociedades en las que hace tiempo que se han disuelto los límites del Estado (...) frente a la sociedad”²¹⁶. Es por ello que “las tareas públicas ya no se pueden segmentar en niveles competenciales (...) ni en una fragmentación taylorista de la administración, sobre todo porque han surgido nuevas limitaciones frente a las cuales

212 *Ibíd.* Traducción propia.

213 ALMOND, Gabriel. 1999. *Una disciplina fragmentada. Escuelas y Corrientes en las ciencias políticas*. México: FCE.

214 INNERARTY, Daniel. 2006. “El poder cooperativo: otra forma de gobernar”. ESADE, Cuadernos de Liderazgo N°2.

215 GUERRERO, Omar. 2004. “El mito del nuevo ‘Management’ público”. *Revista de Gerencia Venezolana*, 9(25): 9-52.

216 *Op. cit.* Innerarty.

no queda más remedio que buscar una solución cooperativa”²¹⁷. Estos procesos, internamente y en el caso particular de la asesoría parlamentaria, suponen el fomento de estructuras que propicien acciones administrativas de mayor transversalidad, horizontalidad y diálogo; en definitiva, mayor cooperación en el trabajo. Dicho de otra manera, según el autor, el funcionamiento de esa estructura debiera apuntar a una “organización de las interdependencias”²¹⁸.

Así, al margen de la dependencia administrativa de estos servicios de investigación y asesoría a los Congresos o Parlamentos –si están o no asociados a biblioteca de Congreso o Parlamento, por ejemplo–, lo que se quiere relevar es la organización interna de estos servicios, es decir, cómo se subdividen en sus diversas áreas, comparando los casos del CRS, el WD y el SIA.

Congressional Research Service (EE.UU.)²¹⁹

El CRS se divide en 5 áreas, las cuales siguen dos patrones, uno temático y otro disciplinar. El primero, sin embargo, es el dominante, toda vez que 4 de las 5 áreas son temáticas.

Por una parte están: Domestic Social Policy; Foreign Affairs, Defense and Trade; Government and Finance; y Resources, Science and Industry. Estas cuatro áreas, si bien son temáticas, se agrupan según aquellas materias que son, en cierta medida, afines. En efecto, por ejemplo, el área Foreign Affairs, Defense and Trade tiene un patrón de agrupación temática que tiene que ver con que su labor se dirige hacia aquellos asuntos externos del país.

En el caso de aquella área plenamente disciplinar, denominada American Law, es creada para ocuparse de diversos temas, pero desde una perspectiva eminentemente del derecho y de interés del Congreso del país del Norte: “The American Law Division’s work addresses all legal questions that arise in a legislative context or are otherwise of interest to Congress”.

Wissenschaftlichen Dienst (Alemania)²²⁰

El WD, a diferencia del CRS, tiene una organización puramente temática de sus áreas o divisiones. Dentro de las 11 áreas que componen el WD están: WD1: Historia, Historia Contemporánea y Política; WD2: Asuntos Exteriores, Derecho Internacional, Cooperación Económica y Desarrollo, Defensa, Derechos Humanos y Ayuda Humanitaria; WD3: Constitución y Administración; WD4: Presupuesto y Finanzas; WD5 Economía y Tecnología, Alimentación, Agricultura, Protección del Consumidor, Turismo; WD6: Trabajo y Temas Sociales; WD7 Derecho civil, penal, procesal y ambiental, Transporte, Construcción y Desarrollo Urbano; WD8: Medio Ambiente, Conservación de la Naturaleza, Seguridad Nuclear, Educación e Investigación; WD9: Salud, Asuntos de la Familia, Tercera Edad, Mujeres y Juventud; WD10: Cultura, Medios y Deporte; WD11: Europa.

Como se menciona: “Die Wissenschaftlichen Dienste sind in elf Fachbereiche gegliedert, die den 22 Ausschüssen des Parlaments entsprechen; ein Fachbereich ist jeweils für mehrere Ausschüsse tätig”. Esto es, en lo que respecta al trabajo con comisiones legislativas, las 11 secciones apoyan a las 22 comisiones, y, además, cada sección por su lado apoya a diferentes comisiones y, por supuesto, a más de una.

217 *Ibidem*.

218 *Ibidem*.

219 Op. cit. Congressional Research Service, EE.UU.

220 Op. cit. “Die Wissenschaftlichen...”.

Servicio de Investigación y Asesoría (México)²²¹

Al SIA “le corresponde proporcionar servicios especializados de información, investigación y análisis a los integrantes de la Cámara”, teniendo como objetivo “proporcionar asistencia profesional y especializada a los diputados mediante el suministro de información analítica, imparcial, objetiva y oportuna, en las materias de interés para su trabajo legislativo”. El Servicio cuenta con solo tres áreas especializadas que analizan una diversidad de temas. Así y todo, por el tenor de sus denominaciones, se puede sostener que éstas son propiamente grandes áreas temáticas –evidentemente no tan subdivididas como en el WD–, y no disciplinares. “En 1999 para iniciar el Sistema de Investigación y Análisis se conformaron” estas tres divisiones de investigación, que son: “Política Interior”, “Política Social”, y “Economía y Comercio”. A ello se le debe sumar un área de “referencia especializada”. Dentro de las principales temáticas que analizan estas tres áreas se encuentra: Derecho comparado; Antecedentes legales; Análisis de doctrina; Análisis de datos estadísticos; y Análisis económico.

2.1.3. LECCIONES SOBRE LAS DIMENSIONES ORGANIZACIONALES: DIRECTRICES Y ESTRUCTURA

Unas directrices lo suficientemente comprensivas, es decir, que abarquen un espectro amplio de aspectos relacionados con las prácticas deseadas a realizar por un determinado servicio de asesoría parlamentaria, contribuirían de mejor forma a no dejar posibles situaciones complejas, que lleguen incluso a cuestionar la existencia de la propia asesoría, sin una posible herramienta o procedimiento para su solución. En este sentido, la existencia de declaraciones previas claras en una serie de parámetros como los acá tratados²²² y otros, contribuirían a un mayor impacto. Estas directrices, a su vez, son los principios transversales a una estrategia institucional, de la cual éstos se desprenden.

Sin embargo, una multiplicidad de directrices o principios no necesariamente supone una contribución al impacto, en términos del aporte a una mayor certeza legislativa. Como se ha señalado, para ello se debiese poseer una clara convicción en que la contribución se dirija al apoyo del proceso legislativo en particular: priorización en el trabajo legislativo –lo que en el WD se define como *Parlamentsgerechte Darstellung*. También, además de la neutralidad política –o la confidencialidad en ciertos casos especiales, y la transparencia de las asesorías en la mayoría de las situaciones–, otro principio que se requiere ocupe un lugar central es el de la ‘interdisciplinariedad’. Esto ya ha sido tratado en este informe; sólo cabe agregar acá que, para abordar el análisis de los complejos, multicausales y multidimensionales fenómenos actuales, y que la legislación pretende normar, es necesario que la interdisciplinariedad ocupe un lugar de relevancia dentro de las directrices institucionales. Sin embargo, en gran medida el éxito de este principio –así como el relacionado con la priorización en el trabajo legislativo–, tendrán relación con el modo en que se implementen dichos principios en la estructura organizacional.

En efecto, a nivel de la estructura, si bien es posible asumir el supuesto de que cada uno de los servicios de investigación se adecúa a su propia realidad social y política, se distingue, de todas formas, ciertos patrones comunes en los casos.

El WD alemán es claramente el más extensivo y desagrupado: 11 áreas, todas ellas claramente temáticas; es decir, se agrupan según temas investigativos afines. Mientras que el CRS se ubica en una posición intermedia, es decir, su organización no es plenamente temática, ni tampoco tan extensa en su subdivisión de áreas, ya que al menos una de éstas es puramente disciplinar (“American Law”), y el resto de sus áreas sí son temáticas. A diferencia de los dos anteriores, el SIA, tiene tan sólo tres áreas, siendo el menos desagregado de los tres servicios analizados, agrupándose en tres grandes temas. Por su parte, se puede afirmar que las áreas del SIA son propiamente temáticas.

221 SIA, H. Congreso de la Unión, México. Información disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia.htm> (recuperado el 30 de abril, 2014).

222 Foco de la asesoría, orientación ética del servicio, sobre la elaboración de los servicios, respecto de la comunicación con los parlamentarios, y respecto del uso y la divulgación de la producción.

En conclusión, el postulado es que mientras ‘más temática’ sea la organización de las áreas de un servicio de investigación y asesoría, mayor será la potencialidad del trabajo interdisciplinario –pues las áreas tenderán a estar compuestas por profesionales de diversas disciplinas–, y en consecuencia, se puede esperar un impacto cualitativamente superior de estas asesorías, gracias a que se desarrollarían documentos y asesorías más completos, en cuanto a los enfoques investigativos aportados, reflejando de forma más adecuada la realidad y disminuyendo sustancialmente la cantidad de puntos ciegos que un análisis puramente disciplinar contendría. Ello, a su vez, evitaría el diseño de áreas estancas, en que la producción intelectual se torne endogámica a una sola disciplina. Sin embargo, esto no se puede relevar con plena claridad empírica, debido a que no se observan criterios de medición del impacto de los servicios de asesoría parlamentaria analizados en esta parte de la investigación, cuestión que se aborda a continuación.

2.2. CRITERIOS Y MEDICIÓN DEL IMPACTO EN SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ASESORÍA

El criterio de selección analítico de este tipo de servicios se basó en que las instituciones debían considerar algún tipo de medición del impacto de su labor. Así, de un grupo de 17 instituciones que pertenecen a lo que se conoce como EPTA (European Parliamentary Technology Assessment), las que son de origen europeo²²³ y de los EE.UU., se seleccionaron tres casos que desarrollaban más en extenso su medición del impacto. Estos son la Oficina para Evaluación Tecnológica (Büro für Technikfolgen-Abschätzung) del Bundestag²²⁴, la Oficina Parlamentaria de Ciencia y Tecnología (The Parliamentary Office of Science and Technology) del Reino Unido²²⁵, y el Instituto para la Investigación Tecnológica (Institut für Technikfolgen-Abschätzung) de la Academia de Ciencias de Austria²²⁶.

2.2.1. Büro für Technikfolgen-Abschätzung beim Deutschen Bundestag (Alemania)²²⁷

Esta oficina asesora al Bundestag desde 1990 en temas relacionados con el cambio tecnológico y social. Su primer objetivo es entregar información con bases científicas para los debates, y la toma de decisiones al interior del Bundestag. Más específicamente, busca analizar el potencial de nuevos desarrollos científicos y tecnológicos, examinando el marco para implementar estos adelantos, y analizando sus impactos, junto con prever y reducir los riesgos asociados.

Esta entidad es gestionada por el Instituto Karlsruhe de Tecnología, bajo contrato con el Bundestag. Por lo tanto, es una unidad científica independiente que aborda diversos tópicos en la actualidad, como son, por ejemplo, “Medicinas para África”, “Geo-ingeniería”, “Dopaje genético”, “Semillas transgénicas en países en vías de desarrollo”, “Tecnologías de conservación de energía”, y “Captura y almacenamiento de monóxido de carbono”, entre otros.

El impacto del Büro es observado a través de medios indirectos para evaluar el uso y la utilidad de los ‘productos’ de la evaluación tecnológica para los usuarios, particularmente los parlamentarios.

223 Principalmente a nivel nacional, pero también subnacional como aquella de la región de Cataluña, y supranacional como una institución asesora de la Comunidad Europea.

224 Büro für Technikfolgen-Abschätzung. Información disponible en: <http://www.tab-beim-bundestag.de/en/index.html> (recuperado el 30 de abril, 2014).

225 The Parliamentary Office of Science and Technology. Información disponible en: <http://www.parliament.uk/post> (recuperado el 30 de abril, 2014).

226 Institut für Technikfolgen-Abschätzung. Información disponible en: <http://www.oeaw.ac.at/ita/> (recuperado el 30 de abril, 2014).

227 GRÜNWALD, Reinhard, 2012. Parliamentary Technology Assessment in Europe. An overview of 17 institutions and how they work. EPTA (European Parliamentary Technology Assessment), pp. 43-49.

El primero de dichos medios consiste en recoger el nivel de satisfacción de los usuarios, el cual puede ser expresado abiertamente en los debates parlamentarios o de maneras más informales, incluidas conversaciones cara a cara. En este sentido, es habitual que parlamentarios del Bundestag destaquen la apreciación que tienen hacia el trabajo del Büro.

Una segunda forma de evaluación del impacto es considerar la frecuencia con que, en los debates en el plenario de los comités, se incluyen reportes del Büro, en especial en temas científicos y tecnológicos complejos.

Otro indicador puede ser la demanda para nuevos estudios del Büro, muchas veces sobrepasando la capacidad de la misma.

Por último, pero no menos importante, es la resonancia y la demanda en los medios de comunicación y en el público en general por productos del Büro. Es conocido en Alemania que los trabajos del Büro son bien acogidos en asociaciones comerciales, ONG's, instituciones educativas y científicas, y ministerios regionales de los Lands o federales.

2.2.2. The Parliamentary Office of Science and Technology (U.K.)²²⁸

POST es una institución destinada a prestar servicio a ambas cámaras del Parlamento, se compone de 10 miembros de la Cámara de los Comunes, tres Lores y, eventualmente, por cuatro expertos no parlamentarios (científicos o ingenieros líderes en algún área determinada). Junto a ellos, el staff puramente técnico está compuesto permanentemente por seis científicos o técnicos especialistas, un Director y dos asistentes de personal.

El trabajo del POST se centra en el área del 'análisis experto' conducido por su equipo, pero potenciado por un diálogo intenso con individuos y organizaciones relevantes en el tema. Todo el trabajo es hecho por el equipo y con colaboración de doctores (PhD) colaboradores; adicionalmente, hay un gran apoyo de fundaciones científicas, universidades y grupos de investigación. De esta forma se hacen reportes, se asisten a comités parlamentarios o a parlamentarios individuales, a departamentos gubernamentales, y a la comunidad científica y tecnológica del Reino Unido y de territorios de ultramar. Todas las publicaciones están disponibles para el público en general.

Se trabaja en seis tópicos: ciencias biológicas y salud; medioambiente y energía; ciencias físicas, ingeniería y tecnologías de la información; ciencia y tecnología para el desarrollo; políticas en ciencia; y trabajo planificado.

El impacto es medido de forma cualitativa y cuantitativa, a pesar de las dificultades que conlleva ser una entre varias organizaciones que presta asesoría científica a los parlamentarios. No obstante ello, el POST es una organización, por lo general, apreciada por los usuarios.

Cientos de parlamentarios, más docenas de asesores e investigadores utilizan reportes del POST. Se puede ver en las sesiones que los MPs (Members of Parliament) llevan consigo reportes para los debates. Éstos son considerados imparciales y plenamente científicos. En general, sobre 80% de los parlamentarios utilizan algún reporte del POST al menos una vez cada año.

También los reportes son utilizados para informar el trabajo de comités en temas científicos en específico, y también son incorporados en los "packs" de debate que son entregados a los MPs antes de un debate.

Por último, se puede apreciar que el POST tiene un impacto fuera del Parlamento. Viendo las estadísticas de descargas, se observa que los documentos del POST acumulan un tercio de las descargas al día que ocurren en la página del Parlamento. Su twitter tiene 1.200 seguidores y tiene 3.500 personas suscritas a su newsletter.

²²⁸ Op. cit. Grünwald, pp. 75-79.

2.2.3. Institut für Technikfolgen-Abschätzung der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (Austria)²²⁹

En 1985 un pequeño grupo de trabajo formó el “Institute for Socio-Economic Development Research” en la Academia de Ciencias de Austria (Österreichischen Akademie der Wissenschaften, ÖAW). Ernest Braun, antiguo jefe de la Unidad de Políticas Tecnológicas de la Universidad de Aston, fundó en 1988 la Technology Assessment Unit, la cual con el tiempo llegó a ser el Institut für Technikfolgen-Abschätzung (ITA).

En tanto instituto científico de evaluación de tecnologías, ha enfatizado su labor asesora en la provisión de orientaciones expertas. Los típicos métodos de trabajo incluyen entrevistas con expertos, búsquedas bibliográficas y de documentos. Además, han incrementado el valor agregado de sus proyectos de evaluación tecnológica a través del uso de métodos participativos, desde focus groups, escenario workshops hasta conferencias ciudadanas. Dentro de sus temas de investigación están: sociedad de la información, gobernanza de controversias tecnológicas, y tecnología y sustentabilidad.

Como el ITA es propiamente una institución académica de investigación, su impacto es medido a través de tres indicadores:

- ▶ el número y la calidad de publicaciones de sus investigadores en revistas académicas y libros, preferentemente aquellos que incluyen revisión de pares y en idioma inglés;
- ▶ presentaciones orales en conferencias, preferentemente aquellas en que se realicen ponencias en eventos internacionales;
- ▶ fondos concursables de otras instituciones, las que sean, preferentemente, subvenciones para investigación.

Estos criterios son considerados relevando la información para el reporte anual del Scientific Advisory Board, así como por sus equipos regulares de autoevaluación.

Ahora bien, la medición del impacto político del ITA resulta más compleja, ya que, como muchos estudios muestran –por ejemplo EUROPTA²³⁰–, la relación entre un proyecto o sus conclusiones y la decisión política que será tomada es más compleja de establecer. Sin embargo, el ITA se esfuerza en hacer un seguimiento de sus resultados, el cual no siempre es realizado de la forma más sistemática y activa deseable, a pesar de que sí tienen una “sección de mejoramiento” que se encarga de ello. Así, un indicador del éxito del ITA es su capacidad para integrar los resultados de sus investigaciones en los procesos de toma de decisiones, en las etapas iniciales del desarrollo de programas de investigación nacional y de la Unión Europea, como, por ejemplo, son: AAL-benefit, EU Environmental Technologies Action Plan, EU Security Research Programme, etc.

2.2.4. Lecciones sobre las formas de medición del impacto

En primer término, parece necesario plantear una distinción inicial para categorizar las formas de medición del impacto. Ésta tiene que ver con dónde se ubica dicho impacto, es decir, directamente en lo parlamentario o fuera de ese ámbito, aunque indirectamente sí pudiera, en un segundo momento, impactar en lo propiamente parlamentario. Así, en la Tabla 4, se ordenan las formas utilizadas para medir impacto.

229 *Ibidem.* pp. 80-83.

230 EUROPTA. Información disponible en: <http://www.tekno.dk/subpage.php3?article=345&language=uk&category=11&toppic=kategori11> (recuperado el 30 de abril, 2014).

Tabla 4: Formas de medición del impacto en tres instituciones de investigación que prestan asesoría a sus respectivos poderes legislativos.

Tipo de medición:		Alemania (BTA)	Reino Unido (POST)	Austria (ITA)
Parlamentario	Capacidad de integrar los resultados de sus investigaciones en la toma misma de decisiones parlamentarias.	-	-	Sí
	Inclusión de informes en el debate parlamentario (poner solamente a disposición)	Sí	Sí	-
	Demanda parlamentaria por nuevos estudios	Sí	-	-
	Satisfacción usuaria indirecta (observación de debates o en conversaciones informales).	Sí	-	-
Extraparlamentario	Publicaciones (ya sea número y calidad medida por los estándares hegemónicos: principalmente ISI).	-	-	Sí
	Presentaciones y ponencias en espacios académicos (congresos, encuentros, etc.).	-	-	Sí
	Obtención de fondos para desarrollar investigación.	-	-	Sí
	Demanda de sus informes desde fuera del Parlamento.	Sí	-	-
	Descarga digital de los informes disponibles en sitio Web.	-	Sí	-
	Seguidores en microblogs (Twitter, Facebook) o suscripción a newsletter.	-	Sí	-

Las formas de medición son diversas, aunque claramente destaca en los tres países, en el grupo de aquellas que impactan directamente sobre el parlamento, aportar con informes a los procesos de debate legislativo. Aunque, en el caso austríaco más que sólo incorporar un determinado informe o investigación, ellos buscan determinar en qué medida las investigaciones que realizan son consideradas para la construcción de la ley.

En el caso del impacto que se focaliza fuera del ámbito parlamentario, pero que indirectamente –ya sea porque aumentó el prestigio y la visibilidad de la asesoría–, podría llegar a contribuir al proceso legislativo, tanto en el servicio alemán como en el británico consideran a las solicitudes externas de investigaciones que se han realizado, o las descargas a través de Internet en caso de que las web de las instituciones las tengan disponibles, como indicadores de impacto. En el caso del servicio austríaco, los indicadores son un tanto más exigentes –publicaciones indexadas u obtención de fondos, por ejemplo–, toda vez que este servicio tiene un fuerte componente académico-institucional.

En este sentido, será siempre pertinente someter a consideración, para la formulación de indicadores del impacto, todas las dimensiones y funciones que se quieran potenciar en una determinada institución asesora.

También, entre las cosas que se distinguen al observar estas tres instituciones, está que las mediciones cuantitativas, por lo general, quedan supeditadas a consideraciones principalmente cualitativas, evidenciando las limitantes de la mera contabilidad de frecuencias, como son: número de documentos, número de servicios prestados, etc. Además, son las mediciones cualitativas las que más presencia tienen, sobre todo en los servicios alemán y austríaco.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

A continuación, se exponen algunos aprendizajes, luego de la observación comparada de los casos:

- ▶ En cuanto a los principios guías de los servicios de asesoría parlamentaria, se observa que en la medida en que se establezcan directrices claras que, a su vez, apunten a una priorización de los servicios hacia los cuerpos colegiados del parlamento, y que potencien el trabajo interdisciplinario, se podría lograr mayor efectividad del servicio asesor. Lo anterior, en tanto contribuya a comprender de mejor forma los complejos fenómenos sociales actuales, logrando así aportar a la certeza legislativa.
- ▶ Respecto de la estructura interna de la organización, se releva el tránsito hacia una organización temática de sus áreas. Efectivamente, este aspecto es especialmente importante en el caso de aquellos servicios de asesoría con una importante dotación de profesionales, debido a que un diálogo interdisciplinario más intenso entre los distintos investigadores se torna improbable por el gran número de contactos posibles. En cambio, en el caso de las unidades más pequeñas no resultaría necesario su ordenamiento en grupos, debido a que las comunicaciones profesionales aumentan evidentemente su frecuencia.
- ▶ En lo que respecta a la forma de medir el impacto de los servicios de asesoría parlamentaria, cabe considerar diversos mecanismos de medición e indicadores, teniendo en cuenta también la complejidad de la organización, su particular identidad, así como los diversos roles que juega la misma. De este modo, los indicadores para medir el impacto y que tengan en consideración el carácter de la institución, podrán apuntar a su carácter asesor en dirección a la certeza legislativa, a través de la incorporación de informes de asesoría en la discusión legislativa. Si se mira la dimensión más académica de la institución, se deberán considerar las publicaciones que ella realiza o que sus profesionales, en el marco institucional, autónomamente producen. Si lo que se quiere medir es su aspecto informativo y de vinculación con la ciudadanía, la cantidad y tipo de acceso a los documentos producidos por la institución, serán indicadores adecuados para dar cuenta de esta dimensión.

Dicho lo anterior, se propone el siguiente esquema, de carácter más bien prototípico, que incluye una serie de dimensiones a considerar con sus respectivos indicadores, las que se sugiere adecuar al carácter propio de la institución en cuestión.

Tabla 5. Protocolo para la medición con énfasis cualitativo del impacto de la asesoría

Variable	Dimensión	Indicadores
Impacto de la asesoría en el ámbito parlamentario	Inserción de acciones de asesoría en el proceso legislativo	Sí/no Cuántos De qué tipo (verbales, textos de diverso formato) En qué etapa legislativa
	Inserción de resultados de textos de asesoría y consideración en el proceso legislativo	Sí/no Cuántos De qué tipo (verbales, textos de diverso formato) En qué etapa legislativa
	Demanda de nuevos estudios por parte de legisladores	Cuánto solicita Qué solicita (estudios jurídicos, estudios no jurídicos, estudios mixtos)
	Satisfacción usuaria no directa	Número de menciones en los debates parlamentarios a acciones de asesoría Calificación de las menciones (positiva, negativa o neutra).
Impacto de la asesoría en el ámbito extraparlamentario	Publicaciones	Número Formato Estándares de la calidad (indexadas, prestigio editorial)
	Exposiciones	Número Tipo de exposición (ponencia, presentación, etc.) Contexto (a quién va dirigido, en qué tipo de evento, etc.)
	Demanda de textos de asesoría desde fuera del poder legislativo	Número de solicitudes Quién lo solicita (persona natural, organismo o institución, etc.)
	Descarga digital de textos de asesoría	Cantidad de textos descargados Recurrencia de textos descargados por temas
	Seguimiento a través de miniblogs	Número de seguidores en Twitter, Facebook u otro

Como se puede apreciar en la Tabla 5, en particular a lo que respecta a los indicadores de impacto dentro del ámbito parlamentario, se destaca la característica de ser mediciones indirectas, es decir, que no buscan observar la declaración consciente del parlamentario respecto de si éste cree o no que el servicio de asesoría aporta a las funciones del poder legislativo, sino más bien persiguen observar formas más concretas de cómo la labor de asesoría impacta en el parlamento. De modo similar, los indicadores de impacto fuera del ámbito parlamentario buscan también considerar este tipo de énfasis. Los dos primeros, publicaciones y exposiciones, pretenden medir formas sobre cómo se destaca profesionalmente un asesor fuera del ámbito parlamentario, pero dentro de su especialidad; mientras que los tres últimos pretenden medir la importancia que la labor de asesoría tiene para la sociedad en su conjunto, a través de la recurrencia de documentos de análisis, o bien el seguimiento de las actividades del servicio a través de las diversas redes de miniblogs existentes, o suscripciones de correo electrónico, entre otros.

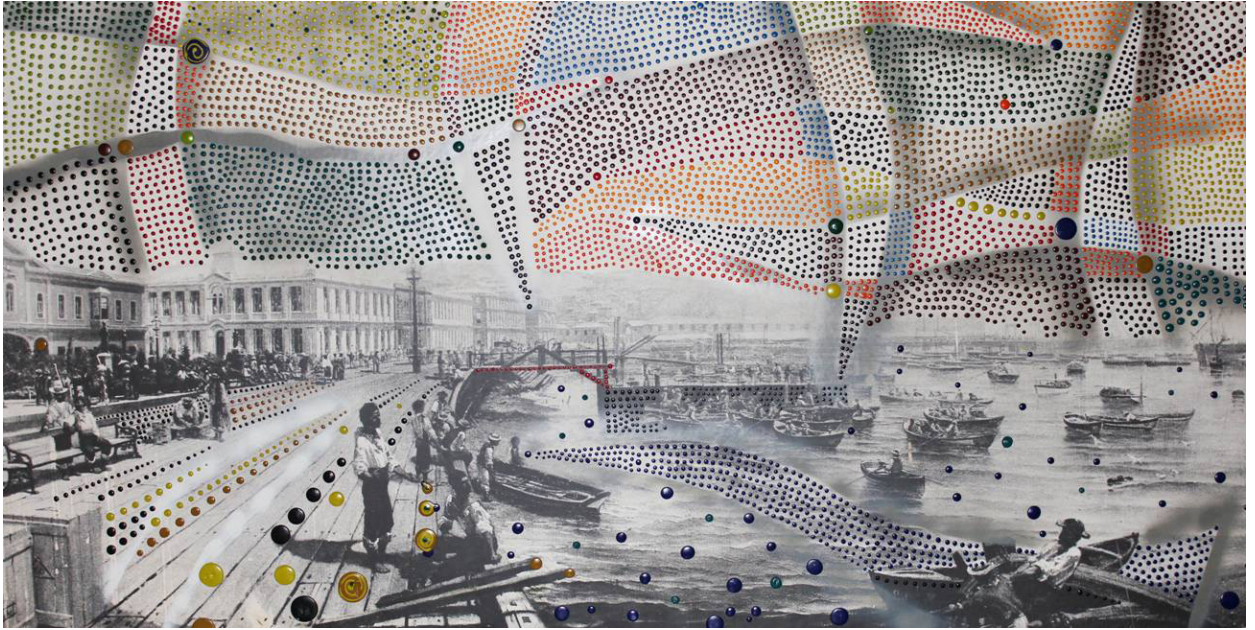
En definitiva, se sostiene que este tipo de indicadores con un énfasis cualitativo, no directo y que buscan alejarse de la valoración subjetiva de los parlamentarios –a diferencia de las encuestas de satisfacción usuaria–, permitirían medir, de forma más adecuada, las mejoras que supondrían los cambios organizacionales de los servicios de asesoría señalados en este artículo.

CONVOCATORIA

50+1, la Revista de la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación, es una publicación anual, que se propone fortalecer el quehacer parlamentario y el funcionamiento del régimen democrático, fomentando y difundiendo los estudios acerca del Parlamento y la Teoría de la Legislación.

Los artículos serán examinados, en cuanto a su pertinencia, por un Consejo Editorial, debiendo cumplir adicionalmente, con las siguientes exigencias formales:

1. El título debe ser descriptivo y no exceder, en lo posible, de quince palabras. Los subtítulos deben presentarse debidamente numerados. La extensión del original debe ser entre 4.000 y 7.000 palabras.
2. Los artículos deben incluir un resumen en castellano, que describa sus aspectos principales en 100 palabras, y una breve reseña del autor, que señale sus estudios y la institución en que los cursó, además de la actividad que desarrolla actualmente.
3. La bibliografía debe presentarse con el siguiente formato: Apellido, Nombre. Título. Editorial, ciudad, año, páginas.
4. La tipografía debe ser Arial, tamaño 12, con un interlineado de 1,5 y sin saltos de línea entre párrafos.
5. Las colaboraciones deben ser remitidas a la Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación, en soporte digital (formato Word) al correo electrónico. contacto@derechoparlamentario.cl
6. No se aceptarán artículos que hayan sido publicados o que se considere ofrecer a otra publicación. Los originales serán editados en cuanto a precisión, organización, claridad o consistencia con el estilo y formato de la revista.
7. El plazo de entrega vence el día 31 de abril de 2015.





50 +UNO

REVISTA CHILENA DE DERECHO PARLAMENTARIO

